

VI. BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE NNA MIGRANTES

1. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE NNA SOBRE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

Esta práctica se traduce en que en la política, los procedimientos y la normativa migratoria, el ser *niño, niña o adolescente* debe primar o prevalecer sobre el hecho de ser *migrante*.²⁵⁶ Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con NNA migrantes deberán determinar que la protección de sus derechos sea primordial. De este modo, este principio debería prevalecer sobre todos los demás, incluidas las disposiciones contrarias de la normativa sobre migración en caso de que se planteara un conflicto.²⁵⁷ Sin embargo, como apunta la UNICEF:

En la actualidad, nos encontramos ante un escenario preocupante: la situación de los NNA migrantes está determinada, casi únicamente, por su condición migratoria y, en consecuencia, por las políticas que adoptan los países en el ámbito de

²⁵⁶ Crawley, I., “Child First”, *Migrant Second: Ensuring that Every Child Matters*, Londres, ILPA, 2006.

²⁵⁷ ACNUDH, *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, A/HRC/15/29, 5 de julio 2010, párr. 24.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

la migración. Por lo general, en estos casos hay una muy limitada —sino nula— intervención de las autoridades que tienen algún mandato específico en materia de protección integral de la infancia. También es usual que los programas y dispositivos existentes para la infancia no contemplen debidamente a los NNA migrantes.²⁵⁸

Debemos recordar que el marco jurídico de los NNA surge de la necesidad de hacer visible la condición de los niños como sujetos de derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “los extranjeros disfrutan del derecho de reunión pacífica y del derecho a asociarse libremente. Pueden contraer matrimonio, si tienen edad para ello. *Sus hijos tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere*”.²⁵⁹

El Comité de Derechos del Niño es más claro al indicar que “se debe reconocer la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos (de los niños)”.²⁶⁰ La interdependencia implica la necesaria unidad de los derechos humanos, en este caso de los niños; es decir, que el Estado proteja de manera integral e interdependiente sus derechos por encima de su política migratoria y otros principios como la soberanía nacional. Como observa el Comité:

las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción

²⁵⁸ UNICEF, *Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, UNICEF, 2013.

²⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General 15, 1986, párr. 7.

²⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Observación General 5, 2003, párr. 18.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por lo tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apátrida, y situación en términos de inmigración.²⁶¹

Así también, la Comisión Africana de Derechos Humanos llama a los Estados parte a la protección de la niñez por encima de las políticas migratorias, al señalar que los Estados deben, entre otras cosas: “desarrollar enfoques alternativos a la detención de niños migrantes y asegurarse que en todas las acciones se tome en consideración su interés superior”.²⁶²

Sin embargo, como se vio en el apartado anterior, en la práctica estatal se identifica un problema común: existe una primacía de medidas basadas en el paradigma de la seguridad y el control migratorio, dejando en un segundo plano la obligación de protección a la infancia que corresponde a todo Estado, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. La falta de consideración del principio de interés superior del niño, consagrado en su artículo 3, y que debería guiar toda política y decisión que pudiera afectar los derechos de NNA, repercute directamente en los derechos de NNA migrantes.

Algunos obstáculos para el goce efectivo de derechos por parte de los NNA migrantes son:

²⁶¹ Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General 6, 2005, párr. 12.

²⁶² Comisión Africana de Derechos Humanos, *Situación de los migrantes en África*, Resolución 333, 25 de febrero de 2016.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

- a) La falta de armonización normativa tanto entre las leyes migratorias nacionales y los acuerdos multilaterales e internacionales como dentro de cada país, en relación con los estándares de protección de derechos de las personas migrantes en general y de NNA en particular;
- b) La ausencia del enfoque de derechos de la niñez en las leyes migratorias;²⁶³
- c) La ausencia de procedimientos adecuados de identificación de situaciones de vulneración de derechos de NNA;
- d) La falta de canales de coordinación entre los sistemas que regulan las migraciones y los sistemas de protección de derechos del NNA.

El enfoque de derechos del niño debe estar presente a la hora de regular las decisiones, las medidas y las prácticas que se adopten en relación con el ingreso, permanencia o salida del país de NNA y/o de sus padres.²⁶⁴ En este sentido, es preciso que:

- a) Todos los NNA migrantes sean protegidos a través de la plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y sin discriminación de ningún tipo. Así, uno

²⁶³ Argentina: Ley de Migraciones 25.871, sancionada el 17 de diciembre de 2003; Brasil: Lei que de ne a situação jurídica do estrangeiro no Brasil 6.815, del 19 de agosto de 1980; Bolivia: Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo 24.423, del 29 de noviembre de 1996; Chile: Decreto Ley 1094 (establece normas sobre extranjeros en Chile), del 19 de julio de 1975, *Diario Oficial* del 14 de julio de 1975; Paraguay: Ley de Migraciones 978, del 27 de junio de 1996; Uruguay: Ley de Migración 18.250, del 17 de enero de 2008.

²⁶⁴ Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, La implementación de los acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes Migrantes. Estudios e investigaciones. Diagnóstico y lineamientos para la acción, Buenos Aires, IPPDH, 2012.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

de los primeros criterios de la CoIDH, el caso *Nadege Dorzema*,²⁶⁵ indica los derechos del niño a la nacionalidad, igualdad ante la ley, reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho al nombre, y la obligación del Estado de respetar estos derechos. En el contexto de la migración, el derecho a la nacionalidad es de vital importancia para los NNA, puesto que ser nacional de un Estado les garantiza sus demás derechos.²⁶⁶

- b) Todas las decisiones, medidas y prácticas que adopten los Estados en relación con su ingreso, permanencia o salida del país —y/o de sus padres— deben estar determinadas por el principio del interés superior del niño, como exige la CDN en cualquier otra situación.²⁶⁷ Así, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomienda respecto a los niños que son más vulnerables a la apatridia: “reducir la apatridia, en particular entre los niños, por ejemplo, alentando a sus padres a solicitar la nacionalidad

²⁶⁵ CoIDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. república dominicana*, fondo reparaciones y costas. sentencia del 24 de octubre de 2012.

²⁶⁶ CoIDH, caso de *las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia del 23 de noviembre de 2006, párr. 136 y 137.

²⁶⁷ Así señala el Tribunal Constitucional de Chile: “no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado... de manera que, de ejecutarse la medida, ciertamente se transgrede el interés superior de la menor, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y se afecta lo dispuesto en el artículo 10. de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta. Corte Suprema de Chile, *Fallo 2.309-2015*, 19 de febrero de 2015, Segunda Sala, considerando 7o.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

en su nombre y permitiendo que ambos progenitores transmitan la nacionalidad a sus hijos”.²⁶⁸

- c) Deben garantizarse plenamente los demás principios rectores de la CDN, a saber: no discriminación (artículo 2); participación y ser oído (artículo 12), y derecho al desarrollo, a la vida y la supervivencia (artículo 6).
- d) Respecto de NNA migrantes no acompañados en particular, debe existir un procedimiento de determinación del interés superior del niño que se aplique en cada caso.

2. PRINCIPIO DE NO DETENCIÓN DE NNA MIGRANTES

La entrada irregular al Estado no es más que una infracción administrativa que nunca debe ubicarse dentro del ámbito del derecho penal.²⁶⁹ Por lo tanto, el principio general es la libertad y no la detención. La criminalización de la entrada o permanencia irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración irregular, y puede dar lugar a detenciones innecesarias.²⁷⁰

En este sentido, la detención de NNA migrantes por su situación migratoria es uno de los temas más delicados que nos ocupan. Nunca debería detenerse a NNA, y menos aún si se trata de no acompañados o separados de su familia, por motivos relacionados exclusivamente con temas de inmigración.²⁷¹ Este

²⁶⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Discriminación contra los no ciudadanos*, Recomendación General 30, 2004, párr. 16.

²⁶⁹ Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, 2001.

²⁷⁰ CoIDH, *caso Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010.

²⁷¹ Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Derechos de los trabajadores migratorios en situación*

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

principio de no detención se entiende a favor tanto de los niños como de sus familias. En palabras del Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes:

Como norma general no debería privarse de libertad a los niños ni a las familias con hijos. En estos casos, los Estados partes deben siempre dar prioridad a medidas alternativas a la privación de libertad. Cuando la detención familiar sea inevitable, la detención de niños se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, de conformidad con el artículo 37, párrafo b), de la Convención sobre los Derechos del Niño.²⁷²

Y también respecto de niños con necesidades de protección internacional, de conformidad con el principio general estipulado en la directriz 2 y las Directrices del ACNUR sobre Niños Refugiados, los NNA solicitantes de asilo no deben ser detenidos. Siempre que sea posible deberían ser confiados al cuidado de miembros de la familia que ya tengan residencia dentro del país de asilo. De no serlo, las autoridades con competencia en asistencia a menores no acompañados deberían buscar soluciones alternativas para que reciban alojamiento adecuado y supervisión apropiada.²⁷³

irregular y de sus familiares, Observación General No. 2, 28 de agosto de 2013, párr. 33. También, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de diciembre de 1998, párr. 37.

²⁷² Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, párr. 44.

²⁷³ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, *Directrices sobre criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, 26 de febrero de 1999. Directriz 6. Detención de personas menores de dieciocho años.

En este sentido, podemos afirmar que el principio de no detención de NNA es ya un principio rector de los derechos de los niños: por regla general no debe haber detención por motivos migratorios.²⁷⁴

La Convención de Derechos del Niño establece que la detención debe considerarse como la *ultima ratio*: como una medida de último recurso y absolutamente excepcional.²⁷⁵ En este caso, además de las garantías sustantivas y procesales que exigen los estándares internacionales y nacionales para evitar una detención arbitraria,²⁷⁶ se deben contemplar mecanismos específicos de protección para adecuar dichas garantías a las que salvaguar-

²⁷⁴ En el caso mexicano, que la Ley General de Derechos de NNA establece el principio de excepcionalidad de la detención de niños, niñas y adolescentes migrantes en su artículo 111: “Son obligaciones de los titulares o responsables legales de los centros de asistencia social: VIII. Informar oportunamente a la autoridad competente, cuando el ingreso de una niña, niño o adolescente corresponda a una situación distinta de la derivación por parte de una autoridad o tenga conocimiento de que peligra su integridad física estando bajo su custodia, a fin de iniciar los procedimientos de protección especial de forma oportuna, identificar la mejor solución para el niño, niña o adolescente y, en su caso, evitar su permanencia en el centro de asistencia social, dado su carácter de último recurso y excepcional”.

²⁷⁵ Artículo 37 b, c y d de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁷⁶ Las normas internacionales que consagran el derecho a la libertad personal establecen una serie de condiciones que deben satisfacerse a fin de que una privación de la libertad sea legítima. Estos requisitos constituyen garantías procesales que buscan asegurar el derecho a no ser detenido arbitrariamente, y que conforman el “debido proceso legal”. Éste debe ser observado en todas las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Este derecho se encuentra consagrado, entre otros, en: 9 DUDH, 9 PIDCP, 16 CDTM, XXV DADDH, 7 CADH, 5 CEDH. Al respecto, véanse CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 123; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 115-136; caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 124; caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 102.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

dan los derechos de los NNA, en especial al principio de interés superior del niño, para garantizar el debido proceso en caso de privación de la libertad.

En principio, cualquier restricción al derecho a la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas o por las leyes dictadas por ellas (aspecto material), además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal).²⁷⁷

Para los NNA migrantes, y particularmente para aquellos no acompañados, el derecho a ser oído (9.2 CDN) tiene una especial relevancia. Asimismo, con el fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, se les debe brindar un acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, y nombrarles un tutor y representante legal a fin de defender sus intereses y asegurar su bienestar.²⁷⁸ La dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza a la seguridad de los NNA, dejándolos más expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos.²⁷⁹ Estas garantías deben ser tenidas en cuenta también en el marco de los procedimientos relativos a las medidas alternativas a la detención (o para determinar la opción más adecuada al caso).

Otra garantía importante es la prevista en el artículo 37 de la CDN, que establece el derecho de todo NNA a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pron-

²⁷⁷ CoIDH, *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, excepciones preliminares, párrs. 416 y 419.

²⁷⁸ Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párr. 63.

²⁷⁹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo*, 28 de abril de 2005.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

ta decisión sobre dicha acción. Esta garantía también incluye el derecho a contar con un recurso efectivo para evitar una detención arbitraria.²⁸⁰ La intervención judicial, ya sea como autoridad competente para disponer la eventual privación de la libertad, o para verificar de forma inmediata la legalidad y racionalidad de la medida dictada por un organismo administrativo, también supone una garantía esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, especialmente si la medida involucra a NNA.

El derecho de establecer contacto con un familiar, por su parte, puede ser esencial cuando se trata de detenciones de NNA. En esos casos, tanto la autoridad que practica la detención como la responsable del lugar en que se encuentra alojado el niño deben notificar inmediatamente a sus familiares o representantes, teniendo en cuenta el interés superior del niño. La finalidad de la notificación es que el niño pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona a quien se ha contactado.²⁸¹ Es importante recordar que los niños migrantes gozan también del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen.²⁸² La vigencia de este derecho implica, para la persona detenida, la posibilidad de comunicarse con un funcionario consular de su país, al tiempo que el Estado

²⁸⁰ Sobre el derecho a un recurso efectivo, véase la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre los artículos 25 y 13 de las convenciones americana y europea de derechos humanos, respectivamente. Por ejemplo: CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 126; CoEDH, *Conka v. Bélgica*, demanda 51564/1999, sentencia del 5 de febrero de 2002.

²⁸¹ CoIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, párr. 106; *Caso Bulacio v. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 130; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 93.

²⁸² Artículo 36, Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares; 16.7, CDTM.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre dicho derecho y asegurar los medios para su vigencia efectiva.²⁸³

3. DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS QUE AFECTEN A NNA MIGRANTES

Este procedimiento implica la evaluación de todos los aspectos relevantes de cada caso particular.²⁸⁴ De modo que, en las distintas etapas del procedimiento migratorio pueda tomarse una decisión que proteja de la mejor manera posible los derechos del NNA en cuestión. Será necesaria, por lo tanto, una valoración caso por caso, respetuosa de las garantías procesales, que permita determinar, por un lado, cuál es la solución que, tanto a corto y largo plazo, se adecua más al interés superior de cada niño o niña y, por otro, la forma de implementación de tal solución que mejor se concilie con el respeto de sus derechos.²⁸⁵

²⁸³ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este derecho, al igual que el derecho a contar con un traductor cuando la persona (el niño, en este caso) desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, se fundamenta en la necesidad de “reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”, para alcanzar los objetivos del proceso atendiendo el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y la prohibición de discriminación. CoIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párr. 119.

²⁸⁴ En sus directrices para la determinación del interés superior del niños, el ACNUR señala que es un proceso formal, dotado de garantías procesales estrictas, especialmente en la adopción de las decisiones importantes que lo afectan. Debe asegurar la adecuada participación del niño sin discriminación, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes en la toma de decisiones y equilibrar todos los factores para valorar la mejor opción. ACNUR, *Directrices para la determinación del interés superior del menor*, Ginebra, ACNUR, 2008.

²⁸⁵ Celesia, Alberto, Morlachetti, Alejandro y Luna, Matilde, *Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes*, Buenos Aires, RELAF, Save the Children y UNICEF, 2014, p. 24.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la determinación del interés superior requiere una clara y detallada evaluación de la identidad –incluyendo nacionalidad, características de su crianza, etnia, contexto cultural y lingüístico–, además de la particular situación de vulnerabilidad y de las necesidades básicas de protección que los NNA migrantes pudieran tener.²⁸⁶

Las obligaciones en materia de niñez migrante que surgen a partir del respeto al principio medular de la Convención sobre los Derechos del Niño determinan la necesidad de que los Estados cuenten con un protocolo o reglamentación que establezca de forma clara y global qué aspectos deberán evaluarse en cada caso y que, a su vez, garantice la participación de los NNA durante el procedimiento. Puesto que el principio de interés superior del niño es también una norma de procedimiento, entonces en los procedimientos migratorios donde se ven involucrados NNA es que se debe incluir esta norma. Lo anterior, ya que al tomar una resolución que afecte a NNA ésta debe contemplar una estimación de las posibles repercusiones hacia su interés superior.²⁸⁷

A. *Derechos de los NNA migrantes a ser escuchados y de participación*

Para determinar el interés superior de los NNA en los procedimientos migratorios es necesario respetar su derecho a ser escu-

²⁸⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párr. 20.

²⁸⁷ La Directiva de Retorno de la Unión Europea retoma esta determinación en su texto al señalar que los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta, el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, artículo 5.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

chados y de participación para evaluar de mejor forma sus necesidades y expectativas. Cabe señalar que dentro de este derecho están el proporcionarles toda la información debida, asignarles un tutor o asesor gratuito y prestarles asistencia especial, tanto para NNA migrantes como para NNA con necesidades de protección internacional. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño abunda:

es urgente hacer respetar plenamente su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo. En el caso de la migración, hay que escuchar al niño en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud. En el caso de una demanda de asilo, el niño debe tener además la oportunidad de presentar sus motivos para la demanda de asilo.²⁸⁸

Así, debe darse a esos NNA toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos. Debe designarse a un tutor o asesor a título gratuito. Los NNA solicitantes de asilo también pueden necesitar datos sobre el paradero de su familia e información actualizada sobre la situación en su país de origen para determinar su interés superior. Puede ser necesario prestar asistencia especial a los NNA que hayan participado en un conflicto armado para permitirles expresar sus necesidades. Además, es necesario prestar atención a garantizar que se incluya a los NNA

²⁸⁸ Comité de Derechos del Niño, *El derecho del niño a ser escuchado*, Observación General 12, 2009, párrs. 123-124.

apátridas en los procesos de adopción de decisiones en los territorios en que residen.²⁸⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos va más allá, al ponderar que se procure el mayor acceso del niño al examen de su propio caso, ya sea vía administrativa o judicial. En este sentido, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.²⁹⁰

B. Garantías de procedimiento

El interés superior debe regir ciertas garantías en los procesos donde se vean implicados NNA. Así, los Estados están obligados a respetar e incluir este principio en procesos migratorios. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño recuerda esta obligación de los Estados de establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados, así como de establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, de los jueces o de las autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente al niño o los niños.²⁹¹

²⁸⁹ *Idem.*

²⁹⁰ ColDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva 17/02, 28 de agosto 2002, párr. 102.

²⁹¹ Comité de Derechos del Niño, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, Observación General 14, 2013.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

- a) Los Estados deben respetar las siguientes garantías de debido proceso en los procesos migratorios que involucran a NNA migrantes:
- b) Derecho a un traductor y/o intérprete gratuito.
- c) Derecho a la asistencia legal gratuita.
- d) Derecho a recurrir cualquier decisión ante autoridad o tribunal superior.
- e) Derecho a expresarse y a ser oído en el marco de mecanismos adecuados para la edad, evolución y desarrollo del NNA.
- f) Derecho a la asistencia consular.
- g) Designación de un tutor independiente para la protección de los intereses de cada NNA.²⁹²
- h) Derecho a reunirse libremente y en forma privada con su abogado, con su tutor y con su representante consular.
- i) Derecho a no ser expulsado de forma colectiva. Cualquier extranjero tiene derecho a que su proceso sea individual y se consideren las circunstancias particulares de su caso sin discriminación por ningún motivo, además de la debida fundamentación y motivación, asistencia legal y la posibilidad de recurrir como mínimos.

²⁹² El nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. Así, pues, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor se le nombrará un representante legal. Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen*, párr. 21.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

Como señala la CoIDH, un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual y la persona sometida a él debe contar con las siguientes garantías mínimas:

- a) Ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: a) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y b) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación;
- b) En caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y
- c) Ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.²⁹³

Lo dicho anteriormente es concerniente para cualquier extranjero sujeto a un proceso de expulsión. Además, cuando se trata de los NNA, la CADH señala en su artículo 19 las medidas especiales de protección que los Estados deben tomar hacia los niños. Es decir, los procedimientos migratorios deben tener componentes diferenciados cuando se trata de NNA, como señala la CoIDH:

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

²⁹³ CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva 21/14, 19 del agosto de 2014, párr. 356.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

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 adulto. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos.²⁹⁴

Ahora bien, cuando la resolución de los procedimientos migratorios implica la separación de los NNA de sus padres, se debe tener debidamente en cuenta el principio de unidad familiar. En este sentido, el Estado tiene que considerar las condiciones particulares de residencia y estancia de los padres y el tiempo de residencia o los derechos adquiridos para considerar, con base en el interés superior del NNA, las afectaciones de la posible separación familiar.

En este sentido, la CoIDH²⁹⁵ dispone que cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores, debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual, debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada. En la consecución de ese fin, el Estado deberá analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a:

- a) La historia inmigratoria, el lapso temporal de la estancia y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor;

²⁹⁴ CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 114.

²⁹⁵ *Ibidem*, párr. 357.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

- b) La consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar;
- 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 la niña o el niño 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 niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

De manera que la separación familiar por resolución de un procedimiento migratorio debe ser una medida de carácter excepcional y temporal, respetando la unidad familiar. Como señala la CoIDH, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, de acuerdo con el interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. Por consiguiente, las separaciones legales de la niña o el niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.²⁹⁶

En el caso del retorno o expulsión de menores no acompañados, también implica que el Estado observe interés superior, al garantizar que la acogida al país de retorno sea adecuada al ser recibido por las personas adecuadas. Así, en el ámbito europeo se establece:

²⁹⁶ *Ibidem*, párr. 416.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

- a) Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño.
- b) Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.²⁹⁷

Cuando se tome la decisión excepcional de detener a los NNA, en espera de una resolución, el Estado debe observar los siguientes mínimos de protección:

- a) Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso, y ello por el menor tiempo posible.
- b) A las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad.
- c) Se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación.
- d) A los menores no acompañados se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones

²⁹⁷ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (artículo 10).

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad.

- e) El interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión.²⁹⁸

En suma, y de manera general, siguiendo lo establecido por la ColDH,²⁹⁹ los NNA en todo procedimiento migratorio tienen derecho a:

- a) Ser notificado de un proceso migratorio.
- b) Que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado.
- c) A participar en el proceso.
- d) A contar con un traductor o intérprete, en su caso.
- e) Comunicación y asistencia consular.
- f) Contar con un representante legal.
- g) Asignar un tutor para niños no acompañados o separados.
- h) Respeto del interés superior y la debida fundamentación en la decisión.
- i) Derecho a recurrir.
- j) Que haya un plazo razonable de duración del proceso.

C. Medidas cautelares en el proceso migratorio con base en el principio de no detención

El principio de no detención debe regir la actuación del Estado en su política migratoria dado que no puede estar por encima de la protección de los niños y en el proceso migratorio debe poder

²⁹⁸ *Ibidem*, artículo 17.

²⁹⁹ ColDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párrs. 116 y ss.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

llevarse en libertad, siguiendo las garantías de debido proceso ya señaladas. De la misma manera, las medidas cautelares deben llevarse en libertad, tanto de niños como sus familias. Al respecto, señala la CoIDH:

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.³⁰⁰

Las medidas cautelares implican la observación de ciertas modalidades alternativas de cuidado, sobre todo en caso de NNA no acompañados. En este sentido, la ONU ha emitido unas directrices que reafirman la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, y que profundizan los alcances de esta última en lo concerniente a la protección de los derechos de NNA carentes de cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación. Las directrices tratan orientaciones para prevenir la separación; para los procedimientos de separación; la provisión de cuidado alternativo; el retorno a la familia y a la comunidad (u otras soluciones estables), y el cuidado alternativo en situaciones especiales (catástrofes, conflictos bélicos o NNA fuera de sus países de origen).³⁰¹

³⁰⁰ *Ibidem*, párr. 160.

³⁰¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, Resolución 64/142, 18 de diciembre de 2009.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

En este sentido, en el caso extremo de detención y privación de la libertad en el proceso migratorio, las posibles medidas cautelares deben ser adecuadas para proteger las necesidades particulares de NNA, especialmente si no se encuentran acompañados. En consecuencia, el Estado tiene las siguientes obligaciones en caso de custodia de NNA migrantes:³⁰²

- a) Si se trata de NNA acompañados, debe respetar el principio de no separación y su derecho a la unidad familiar, y alojarlos con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño.
- b) *Si se trata de NNA no acompañados o separados, se les debe asignar un tutor y debe alojarlos de manera separada de adultos y otras personas privadas de su libertad, por ejemplo, por violaciones a la ley penal.*
- c) *El alojamiento debe ser en unidades familiares especiales con acceso adecuado a servicios e instalaciones de educación, juego y esparcimiento.*³⁰³ *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 lograr que los NNA 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*

³⁰² ColDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 175.

³⁰³ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, Observación General 2, párr. 44.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

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.³⁰⁴

- d) *Se deben contemplar medidas alternativas, como el alojamiento con familias temporales o en centros especializados de atención a niños.*³⁰⁵
- e) *El alojamiento se debe hacer en centros de alojamiento abiertos, o sea, cualquier medida de alojamiento debe permitir la salida del establecimiento donde se encuentre la niña o el niño, o sea debe desarrollarse en un ambiente no privativo de libertad. Los centros cerrados no son adecuados para la extrema vulnerabilidad de NNA migrantes no acompañados debido a que las instalaciones no responden a sus necesidades especiales. 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.*³⁰⁶

El Estado debe prever un método de supervisión de los espacios de alojamiento derivado de su obligación de armonización de la política migratoria con la protección de la infancia.³⁰⁷

³⁰⁴ *Ibidem*, párr. 183.

³⁰⁵ CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 173.

³⁰⁶ *Ibidem*, párr. 180.

³⁰⁷ *Ibidem*, párr. 174.

D. Debido proceso en caso de privación de la libertad

Los NNA migrantes privados de la libertad (por motivos migratorios o no) cuentan con las siguientes garantías de debido proceso, señaladas por la ColDH:

- i) Derecho a ser informados de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda;
- ii). Derecho a ser llevados, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente;
- iii) Derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados;
- iv) Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular;
- v) 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;
- vi) 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.³⁰⁸

4. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

El derecho a la vida familiar, que se les reconoce ampliamente a todos los seres humanos en los tratados internacionales de derechos humanos,³⁰⁹ puede verse severamente afectado por la

³⁰⁸ *Ibidem*, párr. 190.

³⁰⁹ Artículo 16 de la DUDH; artículos 8, 9, 10, 16, entre otros, de la CDN; artículos 11 y 17 de la CADH; artículo 16 del Protocolo de San Salvador en materia de DESC; artículos 17 y 23 del PIDCyP; y artículo 10 del PIDESC; artículo 16 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

migración. En muchos casos, ésta implica la separación temporal para las familias; por lo general, los padres —uno o ambos, o los adultos responsables en distintos tipos de arreglo familiar— migran solos, dejando a sus hijos en el país de origen. Del mismo modo, cada vez más, los NNA también migran sin compañía, dejando atrás a sus padres en el lugar de origen o en busca de uno o ambos en el país de destino.

Así, el derecho a la vida familiar garantiza la unidad de la familia como mejor medida de protección y desarrollo de los NNA. En este sentido, el debido respeto del derecho a la vida familiar en el contexto de las políticas migratorias es vital para la protección de los derechos de los NNA. La protección de la vida familiar supone una serie de obligaciones positivas y negativas por parte de los países. Por un lado, la adopción de medidas específicas para garantizar y promover este derecho, y por otro, la abstención de incurrir en actos y decisiones que obstaculicen e interfieran ilegalmente en la vida familiar. En el contexto de la migración, esto último implica que los países se abstengan de tomar medidas que violan los derechos reconocidos en la CDN. La CoIDH ha señalado que los Estados, dentro de su responsabilidad de asegurar la protección de los niños y niñas, tienen la obligación de favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, ya que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, y el derecho de ésta a la protección estatal, “constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.³¹⁰

Discriminación contra la Mujer; artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, entre otros.

³¹⁰ CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva 17/02, párr. 66.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

Las decisiones que adoptan los países en relación con el ingreso, la permanencia o la salida de migrantes pueden tener un impacto determinante en la unidad o separación de la familia. Así, la resolución de una solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la decisión sobre una eventual expulsión del territorio de un NNA, sus padres o adultos responsables del cuidado, pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar. De este modo, el derecho a la vida familiar debe influir en las decisiones de control migratorio del Estado y el ingreso o residencia de los extranjeros por vínculo de familiares y por reagrupación familiar. La CoIDH señala:

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.³¹¹

Ahora, este derecho no es absoluto. La CoIDH reconoce que el derecho a la vida familiar *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.³¹² De hecho, 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:

³¹¹ CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 274.

³¹² *Idem*.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

los Estados deben velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.³¹³

Siguiendo lo anterior, no sería admisible que un Estado separe a un niño de sus padres a raíz de la irregularidad migratoria de éstos. Esto en virtud de que no constituye la mejor medida para la protección del niño y su interés superior, y pone en duda criterios de acceso a la nacionalidad, como es el *ius soli* a partir de la posible residencia estable de los padres. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos (CoEDH) analizó la expulsión de una madre que la separaría de su hija por encontrarse al momento de su nacimiento en situación irregular. La CoEDH decidió que el interés económico del país y su política migratoria no deben estar por encima del interés superior de la niña.³¹⁴

Las políticas migratorias deben contener una visión de protección de la unidad familiar de manera que los NNA puedan mantener contacto con sus padres y con su familia, como un derecho del que deben gozar todos los NNA. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes señala la necesidad de proteger la unidad de la familia:

³¹³ Artículo 9 de la CDN.

³¹⁴ CoEDH, *Rodríguez da Silva vs. Holanda*, Demanda 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006.

Los Estados partes deben adoptar medidas apropiadas para proteger la unidad de la familia del trabajador doméstico migratorio que se encuentre en situación regular (artículo 44, párr. 1). En particular, los trabajadores domésticos migratorios deben tener oportunidades razonables de mantenerse en contacto con sus familias y gozar de la movilidad correspondiente, incluida la posibilidad de comunicarse con la familia que permanece en el país de origen, de viajar para participar en acontecimientos familiares ineludibles como son los entierros y, especialmente en el caso de los migrantes ausentes durante largos períodos, de visitar a sus cónyuges e hijos en otros países. Los Estados partes deben velar por que los niños separados de uno o ambos progenitores puedan mantener contactos directos con ellos de forma periódica.³¹⁵

En el ámbito europeo, la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar de 2003 señala que los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia del cónyuge del reagrupante y los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos.³¹⁶ Aún la criticada Directiva Retorno de migrantes irregulares de 2008 contempla el mantenimiento de la unidad familiar.³¹⁷ Y la Directiva de reconocimiento de extranjeros como beneficiarios de protección internacional de 2011 establece entre sus medidas alternativas y cautelares para NNA no acompañados que serán acomodados, preferentemente, con sus parientes adultos y que, en la medida de lo posible, se mantendrá juntos a los hermanos.³¹⁸

³¹⁵ Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, *Trabajadores domésticos migratorios*, Observación General 1, 23 de febrero de 2011, párr. 54.

³¹⁶ Directiva 2003/86/CE del Consejo, del 22 de septiembre de 2003, *Derecho a la reagrupación familiar*, artículo 4.

³¹⁷ Considerando 22 y artículo 5.

³¹⁸ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, *Normas relativas a los requisitos para el reconocimiento*

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

La necesidad de la reunificación familiar de los NNA no acompañados ha sido establecida por el Comité de Derechos del Niño:

El objetivo final de regular la situación de los menores no acompañados o separados de su familia es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del menor y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor no acompañado o separado de su familia. Los intentos de hallar soluciones duraderas para los menores no acompañados o separados comenzarán y se pondrán en práctica sin dilación y, de ser posible, inmediatamente después de que se determine que se trata de un menor no acompañado o separado de su familia. De acuerdo con un criterio basado en los derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar.³¹⁹

Ahora bien, en el quehacer de los tribunales constitucionales también se ha señalado la necesidad de que la separación de un niño de su grupo familiar sea una medida excepcional y que se respete el interés superior del niño, aun en caso de la falta de recursos materiales de los padres. En este sentido, el Tribunal Constitucional de Argentina, en el contexto de la falta de recursos de los padres, ha señalado que “en modo alguno, puede la separación del niño de su grupo familiar sustentarse o tener por causa la falta o carencia de recursos materiales de los padres.”³²⁰

de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, artículo 31.

³¹⁹ Comité de Derechos del Niño, *Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General No. 6, párr. 79.

³²⁰ Corte Suprema Argentina, *Antinao, Celia c/Di Cristóforo, Marcelo Ariel Dapueto, Gabriela Noemí s/incidente de restitución en autos: “Antinao, J. A. s/sumario”*, 501/2003.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

El Tribunal Constitucional de Chile reconoce que es obligación del Estado la protección de la unidad familiar y de los derechos del niño:

para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares de la amparada..., cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando a su pareja como a sus tres hijos, tanto por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a los niños de uno de sus progenitores con la consecuente merma de su pleno desarrollo emocional y social, como por la eventual interrupción de su etapa escolar, considerando que los dos mayores cursan sus estudios de enseñanza básica, y el menor se encuentra próximo a hacer su ingreso a la educación formal. Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de la familia en este país que torna la decisión de expulsión en desproporcionada y por ello arbitrario al afectar lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño que, entre otros, en su artículo 3 obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño, y en su artículo 9 compele a los Estados Partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.³²¹

³²¹ Corte Suprema de Chile, *Fallo: 5276-2015*, 23 de abril de 2015, Segunda Sala, considerando 4. En este sentido, véase también Corte de constitucionalidad de Guatemala, *Expediente 1601-2011*, 16 de enero de 2011, considerando II.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

5. NNA CON NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

A. Principio no devolución

Desde la adopción de la Convención de Ginebra en 1951, el principio de *non-refoulement* ha sido expresamente incorporado a diversos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³²² Específicamente, los Estados están obligados a no trasladar a ningún individuo a otro país si en esto existiera un riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos, en particular la violación del derecho a la vida, a la libertad y la integridad física.

El principio de no devolución, como garantía fundamental en el derecho internacional de los refugiados, es un punto de conjunción entre los derechos de NNA migrantes y de los refugiados. Esta conjunción se observa en la ampliación de la categoría de refugiado a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas, según la Declaración de Cartagena de 1984;³²³ en el desarrollo hecho por la CoIDH en el caso Pacheco Tineo respecto a considerar otorgar dicha condición a cualquier extranjero que alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución;³²⁴ y en su Opinión Consultiva 21/2014, que consolida el principio de no devolución a favor de NNA migrantes:

³²² CADH, 22.8, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 13.4; Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3; PIDCyP, artículos 6 y 7, y Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, artículos 2 y 3.

³²³ Conclusión tercera.

³²⁴ CoIDH, caso *familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párrs. 136-137.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

En conclusión, una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución... 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.³²⁵

De este modo, la obligación del Estado de no regresar al Estado de origen a aquella persona que sufre persecución y corre peligro en su vida atraviesa la situación de NNA migrantes, quienes pueden también tener necesidades de protección internacional. Así, los Estados tienen 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, su seguridad y su 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.³²⁶

Para el caso de NNA migrantes no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño ha efectuado un extenso análisis sobre la relevancia del respeto de tal principio en estas circunstancias. Sin duda, su vulneración no sólo acarrearía graves consecuencias, sino que también indicaría la ausencia de un procedimiento de la determinación del interés superior del niño en el país expulsor, o, en caso de existir, la presencia de serias deficiencias en

³²⁵ ColDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 242.

³²⁶ *Ibidem*, numeral 10.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

su formulación o aplicación. Así, el Comité ha destacado la relevancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el peligro que supone una medida de devolución, que no sólo valore el riesgo sobre su libertad, sobre su integridad física o sobre su vida, sino que además tenga en cuenta condiciones socioeconómicas tales como la edad, el género y las consecuencias graves que pueden tener para los NNA, y la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios en el país de origen.³²⁷

La forma de implementar el criterio definido por el Comité en cuanto al retorno al país de origen de NNA no acompañados sólo podrá decidirse una vez ponderado el interés superior: “los argumentos no fundados en derechos —por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración— no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”.³²⁸ Finalmente, los NNA han de ser plenamente informados y consultados. Sus opiniones, el tiempo que un NNA haya estado fuera de su país de origen y su edad son factores importantes en ese proceso.

B. NNA como refugiados

Los NNA son titulares del derecho de solicitar y recibir asilo y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no. Entre las causas por las que NNA pueden enfrentar persecución se encuentran el reclutamiento,

³²⁷ Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General 6, 2005, párrs. 27-84.

³²⁸ *Ibidem*, párr. 86.

la trata y la mutilación genital femenina, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones.³²⁹

El procedimiento de solicitud de protección internacional varía de Estado a Estado, pero la CoIDH ha establecido las obligaciones particulares del Estado receptor para con los NNA solicitantes de asilo.³³⁰

Permitir que los NNA puedan 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;

No devolver al NNA a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, su libertad, su seguridad o su integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo y

Otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar.

En el sistema europeo también se han señalado garantías y deberes de protección respecto de niños no acompañados y con necesidades de protección internacional. Entre ellas, asegurar su representación con un tutor o, en caso necesario, mediante una organización que garantice su bienestar y medidas adecuadas de alojamiento, siguiendo el interés superior del niño y el principio de unidad familiar.³³¹ Estas garantías se amplían con la

³²⁹ CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 80.

³³⁰ *Ibidem*, párr. 81.

³³¹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, *Normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas*

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

obligación de que el referido tutor esté presente durante la entrevista que sustancie su necesidad de protección internacional. Esto, con el fin de que informe al NNA no acompañado sobre el significado y las posibles consecuencias de la entrevista personal y, si procede, sobre la forma de prepararse para tal entrevista. Así, los Estados deben garantizar que un representante y/o un abogado u otro asesor jurídico facultado o autorizado para ejercer como tal conforme al derecho nacional esté presente en la entrevista y tenga la oportunidad de formular preguntas o alegaciones en el marco establecido por la persona que celebra la entrevista.³³²

con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, artículo 31.

³³² *Ibidem*, artículo 25.