

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Facultad de Derecho

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

“Protección jurídica de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes en Centroamérica: menores no acompañados y separados”

Jacqueline Barrantes Morales

A70882

San José, CR, 2017

DEDICATORIA

A mi mamá por apoyarme en todo momento, por su paciencia, amor y dedicación.

A mi hermana y hermanos por motivarme a ser una mejor persona y por ayudarme siempre que los necesito.

Índice General	
Tabla de abreviaturas	iv
Resumen	v
Ficha Bibliográfica	vii
INTRODUCCIÓN	1
Justificación	1
Objetivo general	6
Objetivos específicos	6
Hipótesis	7
Metodología	8
CAPÍTULO I: Protección internacional de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes.	9
Sección Primera. La Migración de niños y niñas en la perspectiva del Derecho Internacional.	9
Sección Segunda. Normas, órganos e instituciones del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.	11
A. Normas	12
B. Órganos e instituciones	23
Sección Tercera: Normas, doctrina, jurisprudencia, órganos e instituciones, del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.	34
A. Normas	35
B. Doctrina	39
C. Jurisprudencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	60
D. Órganos e instituciones	70
CAPÍTULO II: El fenómeno de la migración de personas menores de edad en Centroamérica.	78

Sección Primera. Contexto económico, social, político y cultural en que se desarrolla la migración de menores en la región centroamericana.	78
Sección Segunda. Riesgos a los que se enfrentan los niños migrantes en su trayecto.	83
Sección Tercera. Principios rectores en materia de protección de los derechos de los niños y niñas migrantes.	88
A. Interés Superior del Niño	88
B. Principio de no Devolución	92
C. Igualdad y no Discriminación	97
D. Debido Proceso	103
E. Principio de Separación y Derecho a la Unidad Familiar	113
CAPÍTULO III: Protección nacional de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes en Centroamérica.	117
Sección Primera. Obligaciones de los Estados en cuanto a la protección y garantía de los derechos de los niños y niñas migrantes	117
Sección Segunda. Marco normativo de protección de los derechos de la niñez migrante en Centroamérica.	121
A. Principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular	128
B. Medidas Alternativas a la Privación de Libertad	132
C. Garantías de Debido Proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias	136
D. Principio de No Devolución	145
E. Asilo y condición de refugiado	147
F. Derecho a la vida familiar y reunificación familiar	150
CONCLUSIONES	155
BIBLIOGRAFÍA	162

Tabla de abreviaturas

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
OHCHR	Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Estados Americanos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DGME	Dirección General de Migración y Extranjería
UNICEF	Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia
IIN	Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PANI	Patronato Nacional de la Infancia
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Resumen

La presente investigación aborda la situación de los niños migrantes no acompañados y separados en Centroamérica y la manera en que sus derechos humanos son protegidos y garantizados por medio de los estándares internacionales establecidos en los Sistemas Internacionales de protección de los Derechos Humanos y en las legislaciones nacionales de cada país centroamericano.

Este análisis se realiza debido a la siguiente problemática planteada en un inicio de la investigación: el porcentaje de niños y niñas migrantes que se desplazan sin compañía o separados de sus familias incrementa cada año en la región centroamericana, lo cual representa un grave peligro para el bienestar de los niños y niñas que protagonizan este tipo de migración. Es por esto que es necesario evaluar la eficacia de las medidas jurídicas que han adoptado los Estados centroamericanos para hacer frente a este fenómeno.

Debido a esta problemática se estableció como objetivo general identificar los principios y alcances de la legislación internacional y nacional en cuanto a la protección y garantía de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes en Centroamérica, en especial aquellos que transitan sin compañía o separados de su núcleo familiar, a fin de evaluar la eficacia de las normativas e instituciones jurídicas actuales en la Región.

Para lograr este objetivo, la investigación se divide en tres capítulos correlacionados con un objetivo específico; se utiliza especialmente una metodología descriptiva, bibliográfica y comparativa.

En el primer capítulo se desarrollan las normas, doctrina, jurisprudencia, órganos e instituciones más relevantes, tanto del Sistema Universal como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El segundo capítulo aborda el contexto en que se desarrollan las migraciones en la región centroamericana, los riesgos a los que se enfrentan los menores migrantes durante su trayecto, así como los principios rectores en la materia de la niñez migrante.

El tercer y último capítulo contempla un análisis de los ordenamientos jurídicos

centroamericanos en relación con los estándares internacionales descritos en los capítulos anteriores.

Como resultado del desarrollo de los capítulos de la presente investigación se logró concluir que si bien tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se han desarrollado importantes estándares internacionales que buscan la protección y garantía efectiva de los derechos humanos de los menores migrantes no acompañados y separados, los países centroamericanos aún tienen mucho trabajo por realizar para lograr adaptar sus ordenamientos jurídicos a dichos estándares. Esto porque que en la actualidad ninguno de estos países cuenta con una ley que regule específicamente la situación de dichos menores, de manera que se rigen por lo estipulado en las leyes nacionales sobre niñez y migración. Como se ha demostrado en la investigación dichas leyes muestran contradicciones, ambigüedades y poca claridad en muchos aspectos, que podría conllevar que se realicen acciones o se tomen decisiones que vulneren sus derechos fundamentales, ante lo cual los Estados incurrirían en responsabilidad internacional.

Por lo tanto, la protección jurídica que brindan las legislaciones centroamericanas en la actualidad no es completamente efectiva pues no cumplen a cabalidad con los estándares internacionales sobre los derechos humanos de las niñas y los niños migrantes no acompañados y separados.

Ficha Bibliográfica:

Barrantes Morales, Jacqueline. (Protección jurídica de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes en Centroamérica: menores no acompañados y separados). Tesis de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José. 2017. vii y 174.

Director: Dr. José Thompson Jiménez

Palabras claves: Menores No Acompañados y Separados, Niñas y Niños Migrantes, Centroamérica, Opinión Consultiva 21 de la Corte Interamericana, Sistema Interamericano de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

Justificación

En cada etapa histórica, el fenómeno migratorio se ha percibido bajo diversos contextos, como invasiones, conquistas, desplazamientos forzados por conflictos armados, por desastres naturales, por motivos mercantiles, asentamientos coloniales, e incluso por motivos de esclavitud de personas¹.

En el siglo XIX se empezó a gestar la migración moderna, entendida como *“el movimiento de individuos o familias generalmente con propósitos económicos o sociales”*² de un lugar de origen a otro de destino que concluye con un cambio de residencia habitual. Uno de los acontecimientos históricos en que tuvo mayor auge esta concepción moderna de la migración fue la II Guerra Mundial, donde la devastación que azotó Europa durante este período implicó el desplazamiento de millones de personas alrededor del continente, muchas de las cuales migraban en condición de refugiados.

Después de estos hechos, el mundo empezó a moverse de una manera más acelerada, implicando grandes avances tecnológicos, sociales, económicos, políticos y culturales, y de un momento a otro las sociedades se vieron inmersas en un sistema de globalización, por medio del cual unas naciones tomaron ventaja sobre otras y se empezaron a crear brechas, especialmente en los ámbitos económico y social. Conforme fueron incrementando las desigualdades, la migración internacional se acentuó, pues las personas comenzaron a abandonar su lugar de origen en busca de mejores oportunidades de vida.

En el caso de Centroamérica, los finales de los años setentas e inicios de los ochentas significaron una época de crisis económica, social y política para la región, principalmente por los conflictos armados que se gestaron durante esta época; esta situación desencadenó un nuevo patrón de desplazamientos entre los países del área. Así por ejemplo, *“Nicaragua, El Salvador y Guatemala, países en conflicto durante*

¹ Organización Internacional para las Migraciones, “Fundamentos de Gestión de la Migración, para las personas encargadas de formular Políticas y Profesionales” (2006), pág. 7.

² Ídem, pág. 63.

la década de los ochenta, se convirtieron en los principales expulsores de emigrantes. Belice y Costa Rica fueron considerados países receptores; mientras que Honduras se volvió receptor de refugiados. Otros países, debido a su posición geográfica, fungieron como países de tránsito".³ Para la década de los noventa, los conflictos armados disminuyeron y se logró recuperar un poco de estabilidad política; las personas dejaron de emigrar en condición de refugiados y empezaron a hacerlo como migrantes económicos. Es decir, que en lugar de desplazarse para huir de los conflictos armados, las personas comenzaron a migrar con el fin de encontrar mejores condiciones de vida.

Las crisis económicas y políticas que se afrontaron durante las últimas tres décadas, dejaron a los países centroamericanos con altos índices de pobreza y en condiciones de desventaja frente al mercado mundial. Esto provocó que países más desarrollados y, por ende, con mayores oportunidades laborales, como Estados Unidos y Canadá, se llegaran a convertir en los principales países de destino de los migrantes centroamericanos.

El incremento del fenómeno migratorio ha tenido para los países receptores de inmigrantes implicaciones económicas, sociales y culturales. Esto ha conllevado a la creación de políticas migratorias más estrictas y restrictivas que buscan limitar la entrada de personas extranjeras en sus fronteras. La creación de estas políticas es potestad de los Estados, quienes tienen total soberanía sobre sus territorios. Sin embargo, es importante que los gobiernos nacionales no se valgan de sus atribuciones para realizar actos contrarios a los derechos humanos de las personas migrantes.

Si bien los Estados tienen libertad de definir los alcances de sus políticas migratorias, poseen la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas migrantes y, por lo tanto, deben adecuar sus ordenamientos jurídicos internos a estos objetivos; por ello de ninguna manera pueden abusar de sus potestades para realizar acciones que perjudiquen a los extranjeros que ingresen a su territorio. Asimismo, dichas políticas migratorias deben contener un apartado de protección especial de los niños y niñas migrantes, en especial aquellos que viajan sin compañía o

³ Paulina Alvarado Fernández, "La Migración Centroamericana Indocumentada en su paso hacia Estados Unidos: El papel de la Iglesia Católica y la política de Regulación Migratoria en México" (2006), pág. 74.

separados de sus padres, pues estos menores representan uno de los sectores más vulnerables dentro de la población de migrantes y son quienes afrontan mayores riesgos durante el proceso migratorio.

A diferencia de la evolución internacional que ha tenido el fenómeno migratorio, la doctrina enfocada en la protección de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes, es de reciente desarrollo. Así por ejemplo, en febrero del año 1997, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, con un enfoque en el principio del interés superior del menor, emitió el documento titulado *“Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo”*, con el fin de dar respuesta a la preocupación de los Estados americanos por el incremento de niños no acompañados solicitantes de asilo en sus fronteras y con el objetivo de promover una conciencia de las necesidades especiales de los niños no acompañados y de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Poco tiempo después, en Europa se emitió la *“Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros”* en la que se determina que los niños nacionales de países terceros, no acompañados, deben ser tratados como solicitantes de asilo, por lo que se les debe aplicar el sistema de protección correspondiente⁴.

Desde entonces, la Organización de las Naciones Unidas ha logrado importantes avances a través de la implementación de los preceptos de la Convención de los Derechos del Niño y del Comité de Derechos del Niño. Un ejemplo de ello es la Observación General No. 6 emitida en el 2005 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

Mientras tanto, en el ámbito regional, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a través de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha realizado importantes esfuerzos en sistematizar los estándares de

⁴ Organización de las Naciones Unidas. “Observación General N. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” (2005).

protección internacional de las personas migrantes y en específico, de los niños migrantes; el más reciente es la emisión de la Opinión Consultiva No. 21 titulada “*derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*”.

Por medio de estos esfuerzos internacionales en torno al tema se ha determinado que si bien el elemento común en la mayoría de casos de migraciones es que los niños y niñas se desplazan junto con sus padres o demás familiares, es cada vez mayor el número de menores que viajan por su cuenta y sin compañía. A estos niños se les conoce como niños migrantes no acompañados o separados, quienes además de enfrentar las adversidades que implica el fenómeno migratorio, son víctimas fáciles de la trata de personas con fines de explotación sexual, laboral o el tráfico de órganos.

Los factores que motivan a estos menores a migrar, son diversos, dentro de los cuales destacan la búsqueda de mejores oportunidades, la reunificación familiar o agrupación con familiares que ya migraron, los cambios del medio ambiente que afectan sus condiciones de vida, huir del crimen organizado, del abuso familiar, de la pobreza extrema, entre otros⁵.

De acuerdo con datos de las Naciones Unidas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2013 alrededor de 6.817.466 de las 61.617.229 personas migrantes en el continente americano, eran menores de 19 años. Mientras que en 77 países se presentaron más de 25.300 solicitudes de asilo individuales de niñas y niños no acompañados o separados⁶.

Como puede evidenciarse, la cantidad de menores que viajan separados de sus progenitores o sin ningún tipo de compañía es bastante elevado, lo cual nos lleva a preguntarnos, ¿qué acciones están tomando los Estados -especialmente los centroamericanos- para garantizar una protección jurídica eficaz de los derechos humanos de estos niños y niñas migrantes? Aún más importante, ¿qué tan eficaces son las políticas migratorias actuales en la región centroamericana, especialmente en cuanto

⁵ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014).

⁶ Ídem.

a la protección de los menores que se desplazan sin compañía o separados de sus padres?

Para responder a estas interrogantes, la presente investigación iniciará por un desarrollo del marco jurídico del Sistema Universal y Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos en torno al tema de la niñez migrante; para ello se analizan los principales órganos y normas de ambos sistemas. Posteriormente, se hace un análisis del fenómeno de la migración de personas menores de edad en Centroamérica; para ello se explica el contexto económico, social, político y cultural en que se desarrolla la migración de menores en esta región, los riesgos a los que se enfrentan y los principios rectores en materia de protección de los derechos de las niñas y los niños migrantes. Finalmente, se realiza un examen de las legislaciones internas de los siete países centroamericanos, con el fin de determinar si son acordes con los estándares internacionales de protección de los derechos fundamentales de los menores migrantes.

Objetivo general

Identificar los principios y alcances de la legislación internacional y nacional en cuanto a la protección y garantía de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes en Centroamérica, en especial aquellos que transitan sin compañía o separados de su núcleo familiar a fin de evaluar la eficacia de las normativas e instituciones jurídicas actuales en la Región.

Objetivos específicos

1. Analizar el marco de protección de los derechos de menores de edad migrantes centroamericanos en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, con un énfasis especial en la protección de los niños y niñas migrantes no acompañados y separados.
2. Determinar las causas, consecuencias y principios rectores de la migración de los niños y niñas migrantes en la región centroamericana.
3. Analizar la protección jurídica de las legislaciones nacionales de los países centroamericanos en relación con los estándares internacionales en materia de protección de los derechos de los niños y las niñas migrantes, especialmente de los no acompañados y separados.

Hipótesis

La migración de niños y niñas no acompañados y separados aumenta significativamente su condición de vulnerabilidad, lo cual exige una lectura integral de las normas internacionales y nacionales de derechos humanos que les brindan un marco de protección como sujetos de derecho internacional, con el fin de determinar los alcances y eficacia de dichas normas.

Metodología

La presente investigación es desarrollada con base en un enfoque cualitativo, bajo el paradigma de la no experimentación, al utilizar las técnicas propias de dicho procedimiento.

Mediante la consulta de textos y legislación nacional y extranjera se realiza un primer acercamiento al tema, de forma tal que se permita plantear y desarrollar el problema de la investigación, que constituirá la guía de actuación a lo largo de la investigación.

La metodología cualitativa, a diferencia de la cuantitativa, trabaja con elementos no exactos que se caracterizan por su variabilidad; por ello, generalmente es utilizada para el estudio de fenómenos sociales. Es por esta razón que se acude principalmente a la técnica deductiva, al analizar la información y desarrollar cada una de estas variables en los distintos apartados.

Los instrumentos que se utilizan en la investigación son principalmente recolección bibliográfica, análisis de normativo y de doctrina socio-jurídica a nivel nacional e internacional. Además, se realiza un análisis comparativo de la normativa migratoria y de niñez en los distintos países que integran la región centroamericana, para realizar un análisis normativo del marco de protección jurídica que rige en Centroamérica en materia de menores migrantes no acompañados y separados.

CAPÍTULO I: Protección internacional de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes.

La migración de niños y niñas que transitan sin compañía o separados de sus padres es un fenómeno que se ha desarrollado desde los primeros desplazamientos humanos. Sin embargo, es hasta hace pocos años que se ha convertido en un tema de análisis y discusión en la comunidad internacional, debido al incremento de menores que migran en estas condiciones. Por esta razón, es necesario que los Estados adapten sus sistemas jurídicos a las necesidades actuales de protección y garantía de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes no acompañados y separados. Para lograr este objetivo, los Estados deben considerar los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en general, así como las particularidades de los grupos sociales comprendidos en el tema, es decir, los migrantes y la niñez.

En el presente capítulo se explica la manera en que ha sido abordado el tema de la migración desde la perspectiva del Derecho Internacional. Se desarrolla un análisis las normas, órganos e instituciones internacionales más importantes, de los sistemas universal e Interamericano de derechos humanos, en relación con las niñas y los niños migrantes; con un énfasis especial en doctrina y jurisprudencia del Sistema Interamericano.

Sección Primera. La Migración de niños y niñas en la perspectiva del Derecho Internacional

Debido a la progresividad de los derechos humanos, el Derecho Internacional ha ido evolucionando y con ello los Estados se han visto en la obligación de realizar constantes esfuerzos para adaptar sus ordenamientos jurídicos internos a los diversos cambios y necesidades de la comunidad internacional en materia de derechos humanos. En la actualidad, principios como el de igualdad y no discriminación, pueden ser encontrados en la mayoría de los instrumentos jurídicos, tanto nacionales como internacionales y son fundamentales en la promoción de los derechos humanos. No obstante, esta perspectiva de igualdad y no discriminación que conocemos hoy, fue el resultado de un proceso

evolutivo, pues en un principio no todas las personas eran consideradas como sujetos de derecho⁷, tal es el caso de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual establecía los derechos fundamentales de los ciudadanos franceses y de *“todos los hombres sin excepción alguna”*; sin embargo, no consideraba que las mujeres, los niños y niñas, y los extranjeros fuesen acreedores de derechos.

Este panorama empezó a cambiar en junio de 1945 con la creación de la Carta de la Organización de Naciones Unidas (en adelante "ONU"), momento en el cual el principio de igualdad fue consagrado por primera vez en un instrumento internacional⁸, lo que dio lugar al inicio de la lucha internacional para erradicar las desigualdades en la aplicación de los derechos humanos. Como consecuencia de dicha lucha, se ha desarrollado la noción actual de que los derechos humanos son derechos universales, es decir que son inherentes a la condición humana y con ello grupos minoritarios - como la niñez y los migrantes - cuyos derechos no eran considerados, han pasado a ser sujetos de derecho.

En el caso de las personas migrantes, el reconocimiento de sus derechos fundamentales en el ámbito internacional tuvo auge luego de la Segunda Guerra Mundial, debido a que la guerra dio como resultado un incremento significativo de migraciones y con ello se hizo necesario tomar conciencia de la situación particular de las personas migrantes⁹. Como consecuencia, a través del tiempo han surgido diversos instrumentos internacionales que han contribuido a la creación de un marco normativo internacional de protección de los derechos humanos de las personas migrantes. Inicialmente dicha protección surgió por medio de instrumentos jurídicos que si bien no hacían referencia explícita de los migrantes, contemplaban principios que se han convertido en una base fundamental en la creación de estándares internacionales en el tema.

Por otro lado, los artículos 13, 14 y 15, establecen respectivamente i) el derecho de

⁷ Antonio Augusto Cançado Trindade, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI” (Revista IIDH, N.46, 2007), 276 a 280, y Juan Pablo Pérez León, “El individuo como sujeto de derecho internacional. análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo”, vol. VIII (Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2008), 600 a 602.

⁸ Carlos D. Espósito, “Soberanía e igualdad en el derecho internacional” (Revista Estudios Internacionales, N. 165, 2010), 176.

⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Migración internacional, derechos humanos y desarrollo” (ONU, 2006), 248 y 289 a 290.

circulación de las personas, así como el de elegir su residencia, salir de cualquier país y regresar al propio en cualquier momento; ii) el derecho a solicitar asilo y disfrutar de este, en caso de persecución, y iii) el derecho a la nacionalidad y la prohibición de privar arbitrariamente a una persona de su nacionalidad o de cambiar de nacionalidad.

De la lectura de los artículos anteriores se puede inferir que, si bien la DUDH no menciona específicamente a los migrantes y sus derechos, contiene derechos cuyo contenido, en la actualidad, es fundamental en el tema de las migraciones. Además, es a partir de esta Declaración, que se empiezan a ratificar una serie de instrumentos normativos que velan por la protección de los derechos humanos de grupos de personas o temas en específico, muchos de ellos orientados a los temas que competen a la presente investigación, a saber niñez y migración.

Sección Segunda. Normas, órganos e instituciones del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante “DIDH”) está compuesto por normas y principios jurídicos *“que rigen las relaciones entre los sujetos del Derecho Internacional y sirven para resolver conflictos entre ellos”*¹⁰, en el caso del Sistema Universal, después de la Segunda Guerra Mundial estos instrumentos jurídicos se empezaron a orientar a la noción de la existencia de derechos humanos universales que deben ser protegidos tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Es por ello, que a través del tiempo se han ido creando diversas normas universales destinadas a la protección de los derechos humanos de la niñez y de los migrantes. En el presente capítulo se analizan dichos instrumentos internacionales con el propósito de determinar cuál ha sido su aporte en el desarrollo de estos temas en el ámbito universal y sobre todo para determinar cuál es su eficacia en la protección y garantía de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes.

¹⁰ Luis A. Varela Quirós, “Las Fuentes del Derecho Internacional” (Editorial Temis S.A., 1996), pág. 4.

A. Normas

A continuación se enuncian los principales instrumentos internacionales que permiten crear un marco normativo internacional de protección de los derechos humanos de los menores migrantes. En primer lugar se analizan las normas generales sobre derechos humanos, para luego partir a las que tratan específicamente sobre los temas de migración y niñez.

1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante “DUDH”) fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 y constituye el primer instrumento de carácter internacional en enumerar en su texto los derechos y libertades de las personas. Desde el punto de vista legal, la Declaración carece de carácter vinculante ya que fue emitida como una *“resolución sin valor jurídico normativo”*¹¹. Esto quiere decir que *“no es jurídicamente obligatoria, pero sí desde el punto de vista moral, puesto que la Asamblea General de la ONU no tiene, en principio, competencia legislativa y solo puede hacer recomendaciones”*¹².

Si bien la Declaración no trata específicamente sobre los derechos de los migrantes, su texto incluye una serie de derechos fundamentales para la protección¹³ de los derechos de las personas migrantes, entre ellos, los artículos 1, 2 y 7, que establecen los derechos a la igualdad y a la no discriminación, pilares fundamentales de la protección de los migrantes. En específico, el artículo 2 establece que *“no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de*

¹¹ Soledad Villagra de Biedermann. “El Paraguay Frente al Sistema Internacional de los Derechos Humanos: El Sistema Universal de Derechos Humanos: Los Mecanismos Convencionales y los Mecanismos basados en la Carta”, (Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004), pág. 143.

¹² Alfred Verdross, “Derecho Internacional” (Madrid: Aguilar, 1963), págs. 542 y 545.

¹³ Manuel Ventura Robles, “Ensayos en honor de Thomas Buergenthal: El valor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos” (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996), págs. 255 y 265; Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón, y José A. Guevara B, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos (México: Universidad Iberoamericana, 2006), pág. 27, y Jaime Oraá, y Felipe Gómez Iza, “La Declaración Universal de los derechos Humanos”, (Bilbao: Universidad de Deusto, 1997), pág. 85.

*un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a -cualquier otra limitación de soberanía*¹⁴. Lo anterior implica que, sin importar su procedencia o nacionalidad, todas las personas gozan de los mismos derechos y libertades, por lo tanto, ningún Estado puede ejercer algún tipo de discriminación al respecto.

Por otro lado, los artículos 13, 14 y 15, establecen respectivamente i) el derecho de circulación de las personas, así como el de elegir su residencia, salir de cualquier país y regresar al propio en cualquier momento; ii) el derecho a solicitar asilo y disfrutar del mismo en caso de persecución, y iii) el derecho a la nacionalidad y la prohibición de privar arbitrariamente a una persona de su nacionalidad o de cambiar de nacionalidad.

De la lectura de los artículos anteriores se puede inferir que si bien la DUDH no menciona específicamente a los migrantes y sus derechos, contiene derechos cuyo contenido es fundamental hoy día en el tema de las migraciones. Además, es a partir de esta Declaración, que se empiezan a ratificar una serie de instrumentos normativos que velan por la protección de los derechos humanos de grupos de personas o temas en específico, muchos de ellos orientados a los temas que competen a la presente investigación, a saber niñez y migración.

2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”), también conocidos como “Pactos de Nueva York”, entraron en vigor de manera conjunta en 1966. Ambos Pactos, junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos conforman lo que se conoce como la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Estos instrumentos internacionales contemplan derechos que son fundamentales para la protección de grupos minoritarios tales como la población migrantes y los niños y niñas;

¹⁴ Organización de las Naciones Unidas, “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (1948), art. 2.

entre dichos derechos cabe mencionar los de igualdad y no discriminación regulados en los artículos 2 y 3 de ambos Protocolos. Por su parte el PIDESC en el inciso 3 de su artículo 10 amplía el principio de no discriminación a la protección de los derechos de la niñez al establecer que los Estados Parte deben:

“adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”¹⁵.

De la lectura del artículo anterior puede deducirse que la aplicación del principio de no discriminación debe ser aún más garantista en el caso de la niñez. Por otro lado, el artículo 10 incisos 2.b) y 3 del PIDCP señala que los menores de edad procesados penalmente deben ser separados de los adultos y se les debe dar un tratamiento conforme a su edad y condiciones jurídicas. Mientras que el artículo 24 de este mismo Pacto trata específicamente sobre los derechos de los niños a la no discriminación, a las medidas de protección necesarias para su condición de menor, a ser inscrito, a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad.

Por medio de estos artículos, tanto el PIDESC como el PIDCP regulan los derechos de las niñas y los niños a la igualdad y no discriminación en torno a la consideración de sus particularidades personales por motivos de edad y condición especial de vulnerabilidad.

3. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Para determinar cuándo y bajo qué condiciones se puede considerar a un individuo como refugiado, la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención sobre el Estatuto de

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales” (1966), art. 10 inciso 3.

los Refugiados el 28 de julio de 1951 en Ginebra; la cual tiene por objeto “asegurar la protección de los derechos específicos de los refugiados, alentar la cooperación internacional al respecto, incluso a través del ACNUR, y evitar que el problema del asilo se convierta en causa de tensiones entre Estados”.¹⁶ En principio, esta Convención fue creada con el propósito de proteger a los refugiados de Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el 4 de octubre de 1967 se emitió el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados por medio del cual se expandió el alcance de la Convención, y se modificaron sus restricciones geográficas y temporales.

En cuanto al contenido la Convención, en artículo primero inciso A.2 establece que hay tres presupuestos para poder recibir la condición de refugiado: 1) tener fundados temores de persecución; 2) encontrarse fuera del país de origen, 3) no querer o no poder acogerse a los mecanismos de protección del país. Por tanto, si una persona no cumpliera con estos tres requisitos, no podría adquirir la condición de refugiado¹⁷.

El principio por excelencia del derecho de refugiados en el principio de no devolución o *non refoulement* contemplado en el artículo 33 de esta Convención, el cual establece la prohibición de expulsar o devolver a un refugiado “a un territorio donde su vida o libertad estarían amenazadas por uno de los motivos de la Convención”¹⁸. De acuerdo con este principio, ninguna persona podrá ser devuelta a su país de origen si dicha devolución implicase un riesgo para su vida y en general, a sus derechos fundamentales.

Otros derechos por destacar son el artículo 3 sobre el principio a la no discriminación y el artículo 22 que reafirma este principio al establecer el derecho al acceso a la educación pública, indiferentemente de si se trata de menores nacionales o extranjeros.

¹⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados” (2001), pág. 2.

¹⁷ Artículo 1 inciso A.2: “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él”. Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados” (1951).

¹⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados” (2001), pág. 2.

4. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.*

Los altos índices de pobreza y la escasez de trabajo, que conducen a la búsqueda de mejores oportunidades de vida, son algunos de los principales factores que inducen a una gran cantidad de personas centroamericanas a buscar trabajo fuera de sus países. En respuesta a esta situación y con el fin de lograr una igualdad de condiciones laborales entre los trabajadores migrantes y nacionales, el 18 de diciembre de 1990 la ONU adoptó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Esta Convención establece un marco normativo básico relativo a las obligaciones de los países emisores, receptores y de tránsito de trabajadores migrantes, con lo que se pretende eliminar e impedir su explotación, tráfico y sobre todo su contratación ilegal. En sus artículos 1 y 7 se establecen los derechos a la igualdad y no discriminación del trabajador migrante y su familia. El trabajador migrante es definido en el artículo 2.1 como *“toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”*, mientras que sus familiares son definidos en el artículo 4 como *“las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate”*. Esta última definición es importante porque en ella se incluye a los niños y niñas que hayan tenido que migrar por motivos laborales propios o de sus familias.

En la Parte III, de la Convención se señalan los derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familias, dentro de los que se incluyen la libertad personal y de tránsito, el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la libertad de pensamiento, culto y de expresión, a un debido proceso y garantías judiciales, a la personalidad jurídica y al seguro social.

En lo concerniente a los derechos de los niños y niñas se puede rescatar el artículo 17 que indica en sus incisos 2 y 4 que en caso de delito, los menores de edad deben ser separados de los adultos y se les debe someter a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica. El inciso 6 del mismo artículo establece que *“cuando un trabajador migratorio sea privado de su libertad, las autoridades competentes del Estado de que se trate prestarán atención a los problemas que se planteen a sus familiares, en particular al cónyuge y los hijos menores”*¹⁹.

El inciso 4 del artículo 18 determina que *“en el procedimiento aplicable a los menores, se tendrá en cuenta su edad y la importancia de promover su readaptación social”*²⁰; con ello se reafirma la importancia de considerar las condiciones de vulnerabilidad de los niños en razón de su edad, y la importancia de velar por su reintegración a la sociedad, luego de haber cometido alguna falta o delito.

El artículo 29 establece que *“todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad”*. Este punto es importante pues se garantiza el derecho de los hijos de migrantes nacidos en el extranjero, de obtener los mismos derechos de aquellos cuyos padres son nacionales del país en que nacen.

Por otro lado, el derecho a la educación en igualdad de condiciones de los niños y niñas migrantes está garantizado en el artículo 30 de la Convención, el cual establece que sin importar la situación de irregularidad de los menores o sus padres, bajo ninguna circunstancia se les puede negar su derecho a la educación, la cual debe ser provista en las mismas condiciones que a los nacionales. Esta disposición se refuerza con el artículo 45, donde se incluye la igualdad en el acceso a instituciones y servicios de enseñanza, el acceso a instituciones y servicios de orientación y capacitación vocacional y, el acceso a servicios sociales y de salud.

Además, el artículo 45 en sus incisos 2 y 3 señala que *“los Estados de empleo, en colaboración con los Estados de origen cuando proceda, aplicarán una política*

¹⁹ Organización de las Naciones Unidas, “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” (1990), art.17.6.

²⁰ Ídem, art.18.4.

*encaminada a facilitar la integración de los hijos de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local, particularmente en lo tocante a la enseñanza del idioma local*²¹ y que *“los Estados de empleo procurarán facilitar a los hijos de los trabajadores migratorios la enseñanza de su lengua y cultura maternas y, cuando proceda, los Estados de origen colaborarán a esos efectos”*²².

Del texto de esta Convención se desprende que a pesar de su condición de migrantes, la comunidad internacional ha procurado asegurar que ciertos derechos fundamentales para el desarrollo de los niños y niñas sean garantizados en todo momento, independientemente de sus condiciones jurídicas de regularidad o irregularidad migratoria y la de sus familias, aunque en el caso de esta Convención se hable específicamente de los derechos de los hijos e hijas de trabajadores con un estatus migratorio regular.

5. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos

En diciembre del año 2000 la ONU adoptó en Palermo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con el propósito de *“promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”*.²³

Para efectos de la Convención, se habla de un grupo delictivo organizado cuando se cumplen los siguientes elementos:

*“a) La existencia de un grupo estructurado; b) que dicho grupo cuente con tres o más integrantes; c) la permanencia del grupo durante cierto tiempo; d) el acuerdo para actuar; e) que ese grupo tenga como propósito cometer uno o más delitos graves o tipificados por la Convención; y, f) que su finalidad sea obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material”*²⁴.

²¹ Ídem, art. 45.2.

²² Ídem, art 45.3.

²³ Organización de las Naciones Unidas, “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (2000), art. 1.

²⁴ Miriam Elsa Contreras López, “Análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia

Y es transnacional si:

“a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”²⁵.

En cuanto a la migración, esta Convención es importante pues al ser las personas migrantes víctimas fáciles del crimen organizado, en especial, en casos de trata de personas, tráfico de migrantes y narcotráfico, se crea un ámbito de protección especial, para evitar que sus derechos sean violentados. Para reforzar dicha protección, se han aprobado tres protocolos adicionales a esta Convención, a saber: i) el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; ii) el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y iii) el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. En los siguientes párrafos se desarrollará brevemente la importancia de los dos primeros, pues son los únicos que incluyen en sus textos garantías que inciden directamente a los niños y niñas migrantes.

i. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

El 29 de setiembre del año 2003 entró en vigor este Protocolo con la finalidad de *“prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico”²⁶.*

En el texto del Protocolo se define como tráfico ilícito *“la facilitación de la entrada ilegal*

Organizada Transnacional”. (Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V., 2006), pág. 146.

²⁵ Organización de las Naciones Unidas, “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (2000), art. 3.2.

²⁶ Organización de las Naciones Unidas, “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (1999), art. 2.

*de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*²⁷. El tráfico ilícito de personas constituye uno de los principales riesgos a los que se enfrentan los migrantes, en especial los menores de edad quienes son más propensos a caer en manos de grupos delictivos organizados. En su artículo 16.4 este Protocolo establece que al aplicar sus disposiciones *“los Estados Parte tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.”*²⁸.

La relevancia de este Protocolo en el tema de la niñez migrante radica en que por medio de él, la ONU establece los lineamientos que deben seguir los Estados para la prevención de este tipo de delito, así como los derechos y garantías que se le deben otorgar a las víctimas del tráfico ilícito, en especial a los niños y niñas, quienes por sus condiciones de vulnerabilidad son aún más susceptibles de caer en redes de tráfico ilícito de personas.

- ii. Protocolo prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños

También conocido como el “Protocolo contra la Trata de Personas”, entró en vigor el 25 de diciembre del 2003 con los fines de: *“a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines”*²⁹, siendo que desde el inicio, este Protocolo hace énfasis en que se debe brindar especial atención a los niños en la lucha contra la trata de personas, la cual es definida como *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para*

²⁷ Ídem, art. 3.

²⁸ Ídem, art. 16.4.

²⁹ Organización de las Naciones Unidas, “Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños” (1998), art. 2.

*obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación (...)*³⁰.

Como puede inferirse de su nombre, este instrumento le da un particular enfoque a la trata de niños, quienes de acuerdo con el inciso d) de su artículo 3 deben entenderse como tales toda persona menor de 18 años. Esta atención especial que requieren los niños y niñas se evidencia en el texto del artículo 6 inciso 1 en que se estipula que *“cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados”*. Lo anterior es importante porque en razón de sus condiciones de vulnerabilidad, los menores migrantes en especial aquellos que viajan sin compañía o separados de sus familias, requieren de atenciones y cuidados especiales por parte de los agentes estatales.

6. Convención sobre los Derechos del Niño.

El instrumento jurídico internacional de mayor importancia sobre la protección y garantía del goce pleno y efectivo de los derechos humanos de los niños y niñas es la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de la ONU y sus dos protocolos facultativos relativos “a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” y “a la participación de los niños en conflictos armados”. En esta Convención se resalta la condición especial de los menores de edad y con ello, la necesidad de proteger sus derechos fundamentales. Asimismo, se hace énfasis en que los niños y niñas poseen los mismos derechos que los adultos en igualdad de condiciones, pero que además requieren de una protección especial debido a sus características particulares, y que la familia y la cooperación internacional juegan un papel fundamental en la garantía de dicha protección.

Para efectos de esta Convención un niño es *“todo ser humano menor de dieciocho años*

³⁰ Idem, art. 3.

de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”, y dentro de los derechos generales que contempla, están; el derecho a la no discriminación, a la vida, a un nombre y una nacionalidad, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, a no ser separado de sus padres y a la reunificación familiar.

Los artículos 8, 9, 10, 11, 22 y 35 de la Convención regulan situaciones que pueden ser aplicadas a los niños migrantes, al establecer, entre otras cosas que:

- i. *Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres salvo que tal separación sea necesaria en el interés superior del niño*³¹.
- ii. *Que los Estados Parte deben atender toda solicitud de un niño o por sus padres para poder entrar en un Estado o salir de él para efectos de la reunión de la familia de manera positiva, humanitaria y expeditiva y que dicha petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni sus familiares*³².
- iii. *Que el niño cuyos padres habiten en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos padres, que los Estados parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero*³³.
- iv. *Que los Estados velarán por la adecuada protección y asistencia humanitaria al niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o sea considerado refugiado tanto si está solo o acompañado por sus padres o cualquier otra persona*³⁴.
- v. *Que los Estados cooperarán en todos los esfuerzos de Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres u otros miembros de su familia y, en los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo*³⁵.
- vi. *Que los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país y que este derecho estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por lo presente Convención*³⁶.
- vii. *Que los Estados Partes tomen medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que*

³¹ Idem, art. 8.

³² Idem, art. 10.

³³ Idem, art. 11.

³⁴ Idem, art. 22.1.

³⁵ Idem art.22.2.

³⁶ Idem, art.9, párr. 2.

*sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma*³⁷.

De lo anterior se infiere que el objetivo de esta Convención es promover que en los Estados Parte se crean mecanismos de cooperación internacional orientados a evitar que los niños y niñas migrantes sean víctimas del crimen organizado y en general, a la protección de sus derechos fundamentales, al tomar en consideración, en todo momento, el interés superior del menor.

Las anteriores son algunas de las normas más importantes del Sistema Universal de Derechos Humanos, que establecen estándares internacionales sobre el tema en estudio. A continuación se analizan los órganos más relevantes que permiten velar, garantizar y promover la protección de los derechos fundamentales de las niñas y niños migrantes.

B. Órganos e instituciones

En el seno de la Organización de las Naciones Unidas se ha creado una serie de órganos encargados de velar directa o indirectamente por la protección de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes. A continuación se detalla en qué consisten algunos de ellos y cuál ha sido su incidencia en el tema de la niñez migrante.

1. Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas

El Comité de los Derechos del Niño (en adelante “OHCHR”) se estableció en virtud del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se trata de un órgano compuesto por 18 expertos independientes encargados de supervisar que los Estados Parte apliquen de manera efectiva las disposiciones de la CDN y de sus dos protocolos facultativos; para ello, los Estados deben presentar informes periódicos de cumplimiento. Normalmente, el Comité celebra tres períodos de sesiones por año y emite observaciones generales referentes al tema de niñez e interpretaciones acerca del

³⁷ Ídem, art.35.

contenido de las normas sobre derechos humanos de las niñas y niños migrantes.

En cuanto al tema de los menores migrantes, en el año 2005 el Comité emitió la Observación General N.6 titulada *“Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”*, por medio de la cual se pretende evidenciar la situación de vulnerabilidad que poseen los niños y niñas no acompañados y separados de su familia, así como *“proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de los referidos menores a la luz de todo el contexto jurídico que representa la Convención de los Derechos del Niño (...), con particular referencia a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de éste a manifestar libremente sus opiniones”*³⁸.

Al respecto, el Comité evidenció que durante la época del 2005 existían bastantes lagunas jurídicas en cuanto a la protección de los niños y niñas migrantes no acompañados y separados, especialmente en temas referentes a: i) la exposición a la explotación y abusos sexuales, ii) reclutamiento en fuerzas armadas, iii) trabajo infantil y iv) privaciones de libertad³⁹. Asimismo, indicó en algunos casos los menores no acompañados y separados

“no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse, ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico. En muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración. En otros casos, son admitidos, pero se les deniega el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo o sus solicitudes no se tramitan de forma que se tenga en cuenta su edad y sexo. En algunos países se prohíbe a los menores separados que han sido reconocidos como refugiados solicitar la reunificación familiar; en otros se permite la reunificación, pero se imponen unas condiciones tan restrictivas que resulta

³⁸ 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” (ONU, 2005), pág. 5.

³⁹ Ídem.

*prácticamente imposible de conseguir*⁴⁰.

Es debido a estas situaciones que el OHCHR resalta la necesidad de orientar a los Estados acerca de las obligaciones que tienen en cuanto a estos menores. Por otro lado, la Observación General N.6 introduce el concepto de “niños no acompañados” e indica que son aquellos *“menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”*. Mientras que por “niños separados” entiende a aquellos *“menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia”*⁴¹.

Además de delimitar el concepto de niños menores no acompañados y separados, el Comité incluyó en el texto de esta Observación, las razones que influyen para que un menor viaje sin compañía o separado de su familia, los riesgos e inconvenientes a los que se ven enfrentados, sus derechos fundamentales y las obligaciones de los Estados de adoptar medidas orientadas a la protección y garantía de dichos derechos.

Al tratar estos temas, esta Observación General el OHCHR se convirtió en uno de los primeros organismos internacionales en desarrollar la situación de los menores migrantes no acompañados y separados y en definir cuáles son los riesgos a los que se enfrentan estos menores, así como las obligaciones de los Estados de erradicar y prevenir dichos riesgos.

2. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante “ACNUR”) fue creada el 14 de diciembre de 1950 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el mandato de *“de dirigir y coordinar la acción internacional para la protección de los refugiados a nivel mundial. Su objetivo principal es salvaguardar*

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem, pág. 6.

los derechos y el bienestar de los refugiados, garantizar que todos puedan ejercer el derecho a solicitar asilo en otro Estado y a disfrutar de él, identificar soluciones duraderas para los refugiados, tales como la repatriación voluntaria en condiciones dignas y seguras, la integración en la sociedad de acogida o el reasentamiento en un tercer país. El ACNUR también tiene el mandato de ayudar a las personas apátridas en todo el mundo⁴². En el año 2003 la Asamblea General extendió dicho mandato “hasta que se resuelva el problema de los refugiados”⁴³.

Dentro de las funciones del ACNUR se debe destacar “la protección de los derechos de los refugiados, su asistencia material y la búsqueda de soluciones duraderas al problema de los refugiados”⁴⁴. Esta función de protección de los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo la desempeña por medio de la colaboración con los Estados en la promoción de acuerdos internacionales.

En cuanto a la protección de los niños refugiados el ACNUR señala que existen cuatro áreas a las que se les debe dar una atención especial: i) a la reunificación de los jóvenes separados de sus familias; ii) a la prevención de la explotación sexual y el reclutamiento por unidades militares, así como la reintegración de los niños que padecen tales situaciones; iii) al acceso generalizado a la educación, y iv) al reconocimiento decidido de los derechos y necesidades de un grupo muchas veces olvidado, el de los refugiados adolescentes⁴⁵.

En relación con los menores migrantes, en febrero del 2015 el ACNUR publicó un documento denominado “Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos”, el cual aborda la creciente problemática de la migración de niños y niñas centroamericanos no acompañados y separados de su familia que viajan con destino a los Estados Unidos. De acuerdo con este documento “a partir de octubre de

⁴² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “El ACNUR”. Disponible en, <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/>

⁴³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Estructura y Organización”: <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/estructura-y-organizacion/>

⁴⁴ Daniel O'Donnell, “Derecho internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano” (Colombia: ACNUR, 2004), 42

⁴⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “ACNUR, ¿A Quién Ayuda?, Niños”: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/ninos/>

2011, el Gobierno de Estados Unidos registró un aumento especialmente drástico - conocido habitualmente como “la oleada”- en el número de niños no acompañados que llegaron a Estados Unidos procedentes de El Salvador, Guatemala y Honduras. En conjunto, el número total de niños no acompañados de estos tres países aprehendidos por las autoridades [...] pasó de 4.059 en el año fiscal 2011 a 10.433 en el año fiscal 2012, y se multiplicó a más del doble una vez más en el año fiscal 2013 para llegar a un total de 21.537⁴⁶. De estos datos, se puede inferir que en los últimos años la cantidad de niños que viajan solos o separados de sus progenitores desde países centroamericanos hacia los Estados Unidos, ha ido incrementado aceleradamente, motivo por el cual las investigaciones realizadas por organismos internacionales como el ACNUR, son importantes para demostrar a los Estados la necesidad de tomar acciones en sus legislaciones internas orientadas a la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas migrantes que viajan sin compañía o separados.

3. *Relatora Especial de la ONU sobre los derechos de los migrantes.*

En el año 1999 la ONU decidió crear un Relator Especial sobre los derechos de los migrantes, cuyo mandato incluye a todos sus países miembros. Una característica particular de este relator especial es que puede adoptar medidas sin necesidad de que se dé el agotamiento de recursos internos, contrario a los que sucede con otros organismos. Además, tiene la potestad de trabajar junto con otras relatorías temáticas o por país en el envío de comunicaciones o en la realización de misiones, cuando los casos entren en el ámbito de aplicación de más de un mandato.

Como parte de su mandato le compete, entre otras cosas: i) supervisar la situación actual los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, ii) recabar y analizar información referente a violaciones a estos derechos y iii) buscar los medios idóneos para la garantía y su promoción.

Dichas tareas debe realizarlas tomando en consideración las particularidades de los

⁴⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos”, (Center for Gender and Refugee Studies, 2015), 69.

grupos más vulnerables, así por ejemplo, por medio de la Resolución 9/5 emitida en el año 2008, el Consejo de Derechos Humanos le solicitó al Relator que “*preste especial atención a los casos de detención arbitraria de los migrantes, particularmente de los niños, niñas y adolescentes migrantes*”⁴⁷; con ello se evidencia la creciente preocupación por la población migrante infantil.

4. Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia

Después de la Segunda Guerra Mundial, la ONU creó en 1946 el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante “UNICEF”) con el fin de brindar ayuda a los niños europeos que sufrieron los efectos de la guerra. Debido al papel tan importante que desarrolló durante su mandato, en 1953 se decidió convertirlo en un organismo permanente de las Naciones Unidas por medio del cual se abarcara la protección de los derechos humanos de los niños y niñas en países en desarrollo.

El UNICEF se basa en los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño para realizar sus funciones de protección y promoción de los derechos humanos de los niños y niñas, que están orientadas con base en cinco objetivos de trabajo: i) la supervivencia y el desarrollo de los niños y niñas de corta edad, ii) la promoción de actividades relacionadas con el fomento de la educación básica e igualdad de género, iii) brindar apoyo a la comunidad infantil portadora del VIH/SIDA y respaldar campañas orientadas a prevenir la transmisión de esta enfermedad, iv) ayudar a prevenir y dar respuesta a la violencia, la explotación, el abuso y la discriminación, así como la protección de los niños y niñas que han quedado en estado de vulnerabilidad, debido a las situaciones de emergencia, y v) la promoción de políticas y alianzas a favor de los derechos del niño⁴⁸. Asimismo el UNICEF responde en situaciones de emergencia relacionadas con menores de edad y lleva a cabo sus funciones en conjunto con los gobiernos locales y organizaciones internacionales destinadas a la protección y garantía de los derechos

⁴⁷ Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Sus derechos humanos, Migrantes, Relator Especial sobre los derechos de los migrantes”: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/>

⁴⁸ Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, “La función del UNICEF”: http://www.unicef.org/spanish/mdg/28184_28229.htm

humanos de los niños y niñas.

En cuanto a los motivos que llevan a las personas a migrar este organismo ha expresado que *“una mayor inversión social focalizada en servicios sociales, educación, desarrollo y oportunidades laborales es la vía central a tomar por los Estados para mitigar las causas de la migración. Además, se requiere una acción legal firme contra la impunidad de la que gozan las redes criminales para frenar la violencia e inseguridad en las zonas expulsoras y de tránsito migratorio”*⁴⁹. De acuerdo con esta afirmación, si los Estados realizan mayores esfuerzos en invertir en programas que ofrezcan una mejor calidad de vida para sus habitantes y en reducir los riesgos sociales producto de la violencia e inseguridad generalizadas, los índices de personas migrantes se reducirían pues no tendría que desplazarse a otros lugares para obtener mejores condiciones de vida.

Como parte de las actividades que realiza el UNICEF en la región centroamericana para intentar disminuir las causas que motivan a los niños a viajar sin compañía o separados de su familia, así como los eventuales riesgos a los que se pueden ver enfrentados, pueden mencionarse las siguientes: i) colaborar con las autoridades locales para que las personas encargadas de velar por los derechos de los menores migrantes, conozcan las técnicas de comunicación apropiadas para hablar con los menores de manera que no se le cause un daño psicológico y que en todo caso hagan prevalecer el interés superior del menor⁵⁰; ii) trabajar junto con los Gobiernos para tratar de fortalecer los servicios que ayuden a reducir la vulnerabilidad de la infancia ante la violencia, criminalidad y otras amenazas; así como prestar apoyo en áreas como educación o salud, con especial enfoque en las comunidades más afectadas y vulnerables; iii) apoyar a los Gobiernos para recibir a los niños retornados a través de servicios móviles de protección instalados en los puntos de recepción en sus países para localizar a sus familiares, facilitar su registro y ofrecer asistencia médica y psicológica; así como para establecer albergues temporales; iv) poner en marcha importantes campañas de comunicación en países

⁴⁹ Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, “La crisis silenciosa de los niños migrantes no acompañados de Centroamérica” (2016):

http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/honduras_86561.html

⁵⁰ Mauricio Ramos “Niñez migrante: vidas en tránsito”, Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia: <http://www.unicef.org/mexico/spanish/17043.htm>

como Honduras y El Salvador para informar sobre los riesgos y peligros de la migración irregular, y v) colaborar con el cuerpo consular y demás autoridades involucradas en el proceso de deportación para que puedan ofrecer una atención especializada y los derechos de estos niños sean garantizados desde el mismo momento de su detención⁵¹.

Por medio de estas actividades y demás funciones que desempeña podría decirse que el UNICEF constituye uno de los organismos más importantes a nivel mundial en cuanto a la promoción, garantía y protección de los derechos humanos de los niños y niñas.

5. Organización Internacional para las Migraciones

En 1951 la ONU creó el Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos de Migrantes desde Europa como respuesta a los problemas migratorios originados tras la Segunda Guerra Mundial. A lo largo de los años dicho Comité fue denominado de diversas maneras, hasta que en 1989 se le dio el nombre de Organización Internacional para las Migraciones (en adelante “OIM”).

Actualmente se trata de la organización internacional más importante en cuanto a la promoción de los derechos de las personas migrantes; esto es destacable, pues a pesar de la relevancia de sus labores no posee un mandato jurídico de protección. Sus labores las realizan en colaboración con los órganos gubernamentales, no gubernamentales e intergubernamentales⁵², y cuenta con la participación de 157 Estados Partes de la ONU, sin embargo, no depende de esta.

Dentro de las funciones principales que desempeña la OIM deben destacarse las siguientes:

- i. Ayudar a encarar los crecientes desafíos que plantea la gestión de la migración a nivel operativo.*

⁵¹ Marcos Gonzalez, “La crisis silenciosa de los niños migrantes no acompañados de Centroamérica”, (Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016): http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/honduras_86561.html

⁵² Organización Internacional para las Migraciones. “A propósito de la OIM”: <http://www.iom.int/es/proposito-de-la-oim>

- ii. *Fomentar la comprensión de las cuestiones migratorias.*
- iii. *Alentar el desarrollo social y económico a través de la migración,*
- iv. *y velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes*⁵³.

En cuanto a los menores migrantes, la OIM creó en el 2014 un programa de asistencia integral a las familias retornadas y a niños y niñas migrantes no acompañados en México y el Triángulo Norte de Centroamérica⁵⁴ por medio del cual le brinda ayuda a las autoridades estatales de estos países para “asistir, cuidar y proteger” a los niños y niñas migrantes no acompañados y a las familias migrantes en general. El “*Triángulo Norte*” es la región centroamericana con mayores índices de personas que migran pues es en esta área donde se sufre mayor inseguridad social a causa de la pobreza extrema y de la violencia generalizada a manos del crimen organizado; por ello, el aporte de la OIM en estos países ha facilitado ciertos medios para la protección de los menores migrantes no acompañados o separados.

6. *Organización Internacional del Trabajo*

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante “OIT”) fue creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles, es un organismo de las Naciones Unidas con un gobierno tripartito formado por los representantes de los gobiernos, de los sindicatos y de los empleadores. Sus objetivos principales son “*promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo*”⁵⁵.

Su principal documento es la Constitución de la OIT por medio de la cual se establece el funcionamiento y su organización. Anexada a la Constitución se encuentra la Declaración de Filadelfia en la que se encuentran los fines y principios de la OIT. Como parte de sus funciones, la Organización emite convenios internacionales de carácter obligatorio para

⁵³ Organización Internacional para las Migraciones. “A propósito de la OIM. Enunciado de Misión”: <http://www.iom.int/es/enunciado-de-mision>

⁵⁴ El Triángulo Norte de Centroamérica está comprendido por Honduras, El Salvador y Guatemala.

⁵⁵ Organización Internacional del Trabajo, “Acerca de la OIT, Misión y objetivos”: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm>

los Estados Partes y recomendaciones que son sugerencias para que los países avancen en el respeto y protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En cuanto al tema de migrantes la OIT ha emitido diversos Convenios, a saber: i) el Convenio N. 21 de 1926 sobre la inspección de los inmigrantes, ii) el Convenio N. 66 de 1939 sobre los trabajadores migrantes, iii) el Convenio N. 97 de 1949 también sobre los trabajadores migrantes, y iv) el Convenio N. 143 de 1975 nuevamente sobre los trabajadores migrantes. En lo que respecta a los niños, en 1973 la OIT emitió el Convenio N.138 en el cual se insta a los Estados Miembros a *“seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores”*⁵⁶.

En 1999, creó el Convenio N.182 sobre las peores formas de trabajo infantil el cual estipula en su artículo primero que los Estados Miembros deberán *“adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia”*⁵⁷. En este Convenio se considera niño a *“toda persona menor de 18 años”*⁵⁸, mientras que por "las peores formas de trabajo infantil" se entienden:

a) *todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;*

b) *la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;*

c) *la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades*

⁵⁶ Organización Internacional del Trabajo, “Convenio N.138 sobre la edad mínima de admisión al empleo” (Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 1973), art. 1.

⁵⁷ Organización Internacional del Trabajo, “Convenio N. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación” (Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 1999), art. 1

⁵⁸ Ídem, art. 2

ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y

*d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños*⁵⁹.

En el año 2004, la OIT presentó un estudio titulado “*Niños, niñas y adolescentes migrantes trabajadores en zonas fronterizas en Centroamérica y Panamá*” cuyo objetivo principal es “*contribuir a la prevención y erradicación del trabajo infantil de niños, niñas y adolescentes migrantes y la garantía de los derechos y la protección de las personas adolescentes trabajadoras migrantes, específicamente las que trabajan y/o viven en las zonas fronterizas*”⁶⁰. Este estudio permitió tener un acercamiento al tema de los menores migrantes y su relación con el trabajo infantil en la región centroamericana; este tema reviste de importancia en la actualidad pues cada vez son más los niños y niñas que migran con fines laborales.

7. Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

El Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus Familiares se encarga de supervisar que los Estados Parte cumplan de manera efectiva las disposiciones de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores y de sus Familias. Para lograr este objetivo los Estados deben presentar ante el Comité, informes periódicos que reflejen los avances y objetivos alcanzados en la promoción, protección y garantía de derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familiares.

La primera sesión celebrada por este Comité fue en el año 2004, y desde entonces celebra sesiones cada año en Ginebra, Suiza. Parte de las funciones que desempeña está la de emitir Observaciones Generales sobre temas referentes a los derechos

⁵⁹ Ídem, art. 3

⁶⁰ Organización Internacional del Trabajo, “Niños, niñas y adolescentes migrantes trabajadores en zonas fronterizas en Centroamérica y Panamá” (2014), pág. 8.

humanos de los trabajadores migrantes y sus familias, y además en ciertas ocasiones puede examinar denuncias o peticiones presentadas por particulares que afirman que sus derechos consagrados en la Convención han sido violados. Este último punto es importante pues el Comité podría recibir denuncias acerca de violaciones a los derechos fundamentales de menores de edad que sean hijos de trabajadores migrantes, las cuales se hayan originado por sus condiciones migratorias.

Los órganos y normas del Sistema Universal descritos hasta el momento han permitido crear un sistema internacional de protección de los derechos humanos de las personas migrantes y en particular de la niñez migrante, por medio de los cuales los países del orbe han contraído obligaciones de crear mecanismos en sus legislaciones internas para evitar que estos derechos sean transgredidos. En el caso de los países centroamericanos, estas obligaciones y el ámbito de protección de los derechos fundamentales de las niñas y niños migrantes son aún mayores debido a las funciones que desempeñan los diversos órganos y normas del Sistema Interamericano del que forman parte, los cuales serán descritos en la siguiente sección.

Sección Tercera: Normas, doctrina, jurisprudencia, órganos e instituciones, del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Con la adopción de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”) en 1948 se reafirmaron las obligaciones de los Estados en la búsqueda de la paz y la seguridad en los países del continente americano, así como el fortalecimiento de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Con este acontecimiento se dio paso a la creación de nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos, ejemplo de ellos es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que fue aprobada en esta misma fecha durante la IX Conferencia Internacional Americana.

El Sistema Interamericano ha logrado importantes avances en el aseguramiento de los derechos humanos en el continente, y se caracteriza por su constante desarrollo de mecanismos que contribuyen a la protección de dichos derechos, entre ellos normas que

han contribuido en asegurar los derechos de los niños y niñas migrantes, las cuales se desarrollan a continuación.

A. Normas

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “DADDH”) fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos en el mundo, ya que incluso antecede a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que fue sancionada seis meses después. Esta Declaración no forma parte de la Carta de la OEA y tampoco ha sido considerada como un tratado internacional. Sin embargo, ha recibido amplio reconocimiento por parte de la comunidad interamericana, al punto que algunos países le han otorgado jerarquía constitucional.

Para efectos de la presente investigación, es importante hacer énfasis en los derechos contemplados en ella que más inciden en los niños y niñas migrantes, son: i) el derecho de igualdad ante la ley (artículo II), ii) el de la protección a la maternidad y la infancia (artículo VII), iii) el derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda a alguien y a cambiarla por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela si así lo desea la persona (artículo XIX), iv) el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero (artículo XXVII), y v) el deber de toda persona de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad (artículo XXX)⁶¹.

En el campo de los derechos humanos la DADDH *“ha sido el paso inicial dentro de la Organización de los Estados Americanos para el desarrollo progresivo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Declaración Americana ha inspirado a los instrumentos jurídicos posteriores del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como reconocen los preámbulos de los mismos al hacer referencia expresa a aquella. También, la Declaración Americana de Derechos y*

⁶¹ Organización de Estados Americanos, “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” (1948).

*Deberes del Hombre ha permitido a los Estados acordar cuáles eran los derechos a que hacía referencia la Carta de la OEA, y servir como base jurídica de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus diferentes funciones de protección dentro de los mecanismos del sistema*⁶². Por tanto, esta Declaración a pesar de no ser vinculante, permitió sentar las bases del Sistema Interamericano en cuanto al tema de derechos humanos, lo cual ha permitido una evolución significativa del Sistema en su promoción y garantía.

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

El día 22 de noviembre de 1969 se adoptó durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”), también conocida como “Pacto de San José”, y entró en vigor en 1978 y estableció el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

La CADH *“contiene un catálogo de derechos y obligaciones inviolables para la persona humana, a la vez que insta un sistema de protección regional de los derechos fundamentales de las personas, que comprende la Comisión IDH y la Corte IDH”*⁶³. Estas dos instituciones han sido fundamentales en la supervisión de garantía y protección de los derechos humanos por parte de los Estados Parte de la Convención.

El párrafo segundo del Preámbulo de la CADH, establece que los Estados firmantes reconocen *“que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los*

⁶² Fabián Omar Salvioli, “El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos en: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI” (San José, 2001) pág.4.

⁶³ Christian Steiner, y Patricia Uribe, “Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada” (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014), pág.11.

*Estados americanos*⁶⁴. Esta afirmación es importante en el ámbito de la migración pues, reconoce la necesidad de que los Estados velen por la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas independientemente de que sean nacionales o no, así como la necesidad de la cooperación internacional al respecto.

Dentro del catálogo de deberes y derechos que se encuentran en la Convención, los más relevantes en materia de protección a los niños migrantes son aquellos referentes a: i) el deber de respeto y garantía de los Derechos Humanos por parte de los Estados; ii) el derecho a la vida, iii) a la integridad personal; iv) de que los niños sean separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados; v) a la libertad personal; vi) a garantías judiciales; vii) a la protección de la familia; viii) a los derechos del niño; ix) a la nacionalidad; x) de circulación y de residencia; xi) de igualdad ante la ley, y xii) protección judicial⁶⁵.

Asimismo, en su artículo 26 la Convención hace referencia a los Derechos Económicos Sociales y Culturales, contemplados en uno de sus dos Protocolos adicionales y la necesidad de su desarrollo progresivo; parte de ellos incluyen la protección a la familia, a los niños y los adolescentes.

Otro punto relevante de la CADH es que fue ratificada por todos los estados centroamericanos, con excepción de Belice. Al ratificar este instrumento internacional la mayoría de los países de la región aceptaron que tanto la CIDH como la Corte IDH tengan jurisdicción para conocer sobre casos de violaciones a los derechos humanos garantizados en la Convención.

3. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"

4. El 17 de noviembre de 1988 durante el decimoctavo período ordinario de

⁶⁴ Organización de Estados Americanos, "Convención Americana de Derechos Humanos" (1969), párr. 2 del Preámbulo.

⁶⁵ Ídem, arts. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 17, 19, 20, 22, 24 y 25.

sesiones de la Asamblea General de la OEA, se suscribió el Protocolo de San Salvador, el cual constituyó el primer instrumento del Sistema Interamericano en referirse de manera directa al derecho a la educación (artículo 13) y a la orientación que esta debe tener. Otros contenidos de este Protocolo que se pueden resaltar, se encuentran en los artículos 3, 15 y 16, que incluyen: i) la obligación de no discriminación; ii) el derecho a la constitución; iii) la protección de la familia , y iv) los derechos de la niñez.

5. En cuanto a niñez, el artículo 16 indica que *“[todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”*. Por medio del artículo anterior, el Protocolo refuerza la importancia que tienen la familia, la sociedad y los Estados en garantizar la protección de los menores de edad, su educación y su interés superior.

6. *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*

Debido a la preocupación por el creciente aumento del tráfico internacional de menores, los Estados Americanos firmaron la presente Convención, que tiene como fin:

- a. Asegurar la protección del menor, considerando su interés superior, de instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte para consagrar esa prevención y sanción, y de adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia para prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores⁶⁶;
- b. Indicar los aspectos civiles de la sustracción de, traslado y retención ilícitos de

⁶⁶ Organización de Estados Americanos. “Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores” (1994), art 1.

los menores en el ámbito internacional, no previstos por otras convenciones internacionales sobre la materia⁶⁷, y

- c. promover la cooperación entre Estados para que se dé el intercambio de información en casos que guarden relación con el tráfico internacional de menores⁶⁸.

Estos aspectos son importantes en cuanto a los menores migrantes, pues tal como se ha venido indicando, los niños y niñas presentan condiciones especiales de vulnerabilidad, las cuales se incrementan cuando son migrantes -y aún más cuando viajen sin compañía o separados de sus progenitores- convirtiéndolos en blancos fáciles de los grupos de crimen organizado, entre ellos, los encargados del tráfico internacional de menores. Por ende, este tipo de regulación jurídica internacional, permite que haya mayores garantías internacionales orientadas a la protección de los derechos humanos de la niñez migrante.

B. Doctrina

1. Informes de las Relatorías Especiales de la CIDH

En materia de protección y promoción de los derechos de los niños y niñas migrante, existen dos informes emitidos por la Relatoría de los Derechos del Niño y otro de la Relatoría de los Derechos de los Migrantes, que han sido relevantes en el tema en los últimos años. A continuación se desarrolla el contenido de cada uno y su aporte a dicha protección.

i. Informe sobre Migración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso

Este informe fue emitido el 30 de diciembre del 2010 con la finalidad de efectuar una evaluación sobre la situación de los derechos humanos en relación con la detención y el debido proceso de las personas migrantes en Estados Unidos y a su vez, formular

⁶⁷ Ídem, art 3.

⁶⁸ Ídem, arts. 8 y 17.

recomendaciones para que las prácticas migratorias se adecúen a los estándares internacionales de derechos humanos. En él, se destaca la importancia de la familia en el desarrollo de los niños y niñas, así como la necesidad de los Estados a recibir ayuda, protección y cuidados especiales durante los procesos migratorios.

La CIDH determina que de conformidad con las normas internacionales, los menores que transiten sin compañía o separados de sus padres, no deben de ser detenidos y en caso de que su detención fuese necesaria debe evaluarse siempre cada caso en concreto. Además, debe respetarse atendiendo a los principios del interés superior del menor, el respeto a la vida privada y familiar, y al principio de la excepcionalidad de la detención.

ii. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México

El 30 de diciembre de 2013 la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH emitió el presente informe con el fin de evidenciar la realidad vivida en México a raíz de la migración, y su papel como país de origen, destino, tránsito y retorno de migrantes.

En este informe la CIDH determinó que la mayor parte de migrantes provienen de los países centroamericanos, específicamente del llamado “Triángulo del Norte”. Además, indicó cuáles son los principales riesgos a los que se enfrentan los migrantes en México, así como la situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes. En cuanto a estos últimos, señaló que las razones que motivan a los menores a migrar son variadas y que por lo general constituyen *“la búsqueda de mejores oportunidades de vida, la reunificación familiar, desastres naturales, el maltrato o abandono que sufren en sus países de origen, la persecución por parte de organizaciones del crimen organizado y la búsqueda de protección internacional frente a contextos en los que son víctimas de persecución, violencia y explotación”*⁶⁹. Además, determinó que durante su tránsito estos menores se enfrentan a peligros como la inseguridad de los trayectos en tren, el poder

⁶⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México” (2013), pág. 98, párr. 215.

ser víctimas de robos, violencia sexual, grupos organizados, a las condiciones climáticas extremas y a demás riesgos asociados a su edad y nivel de desarrollo físico y mental.

De acuerdo con información recopilada en el informe al menos un “47 % de los [menores] migrantes reportan haber experimentado algún tipo de abuso desde que dejaron su hogar hasta que fueron repatriados. Los abusos más frecuentes a los que son sometidos [...] son aquellos de tipo verbal y físico, pero también son víctimas de robo, extorsión e intimidación. Si bien la mayoría de los abusos que experimentan [...] ocurren durante su tránsito a través de México, el Relator también fue informado de que son sometidos a situaciones de riesgo durante el arresto y detención por parte de las autoridades migratorias. A pesar de que las autoridades migratorias fueron señaladas como las principales responsables de estos abusos, también se reportaron, en menor medida, abusos por parte de autoridades de policía. Los jóvenes guatemaltecos son especialmente vulnerables a verse expuestos a este tipo de situaciones, seguidos por los hondureños y salvadoreños”⁷⁰.

En el caso de los niños y niñas migrantes no acompañados o separados, el informe señaló que existe una grave preocupación por el incremento del número de menores que migran bajo estas condiciones hacia o a través de México y por la inexistencia de datos sistemáticos sobre delitos y violaciones a los derechos humanos de que hayan sido víctimas; esto dificulta la creación de mecanismos de protección efectivos para protegerlos de los peligros a que se enfrentan. Por ello, la CIDH instó al Estado mexicano, a que adopte medidas especiales de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes migrantes bajo su jurisdicción y tome en consideración la vulnerabilidad en la que se encuentran.

Parte de los problemas detectados en el informe en cuanto a la protección de estos menores, corresponden a los obstáculos que deben enfrentar los migrantes y sus familiares para acceder a la justicia, resultando en impunidad para los delitos y violaciones a los derechos humanos, cometidos en su contra. Otro problema es la separación familiar y el papel que juega al respecto el incremento en las deportaciones

⁷⁰ Ídem, pág. 99, párr. 217.

de los padres, lo cual violenta los principios de unidad familiar e interés superior del niño.

Al final, la CIDH concluyó que además de atender el interés estatal en materia migratoria, el Estado mexicano debe adoptar medidas especiales de protección respecto a los niños y niñas migrantes que tomen en consideración su situación de vulnerabilidad y que respeten los principios de unidad familiar, interés superior del niño y no discriminación.

iii. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados

La CIDH emitió este informe el 24 de julio de 2015 y aborda la situación de las familias y de los menores no acompañados migrantes y refugiados que llegan a la frontera sur de los Estados Unidos, principalmente a raíz de la crisis humanitaria que se vive en mayor medida en los países del Triángulo Norte de Centroamérica a causa de las diversas formas de violencia que presenta la región.

Según datos del informe en el año fiscal 2014, *“la Patrulla Fronteriza de los Estados Unidos aprehendió un total de 68.541 niños, niñas, y adolescentes no acompañados (...) lo que representó un aumento del 77% en el número de llegadas de niños, niñas, y adolescentes no acompañados, (...) en comparación con el año fiscal 2013”*⁷¹. Respecto a esta alza significativa en el número de llegadas de menores no acompañados es resultado del *“empeoramiento de la situación de derechos humanos en los principales países de origen”* que son El Salvador, Guatemala, Honduras y México.

En un principio este Informe desarrolla los diferentes estándares internacionales en materia de los derechos humanos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, haciendo especial énfasis en las particularidades de los niños y niñas que viajan sin compañía y reconocimiento sus necesidades especiales de protección en materia de derechos humanos.

En el caso de los niños y niñas migrantes no acompañados, estos menores reciben en los Estados Unidos una serie de garantías y protecciones adicionales a las que reciben

⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados” (2014), págs. 10 y 11, párr.3.

los adultos, esto como consecuencia de lo convenido en el “Acuerdo de Solución de Flores” de 1997. De acuerdo con este Informe, dicho Acuerdo estableció una política nacional para el tratamiento, detención, y liberación de los niños no acompañados. Con respecto a la detención, el Acuerdo determinó que los menores *“debían ser mantenidos en el entorno menos restrictivo, y apropiado a su edad y necesidades especiales para garantizar su protección y bienestar”*⁷² y que durante el periodo de detención los funcionarios deben proporcionar a los niños no acompañados *“alimentos y agua potable, asistencia médica en caso de emergencia, inodoros y lavamanos, control de temperatura y ventilación adecuadas, supervisión adecuada para proteger a los niños de otras personas, y separación de los adultos sin parentesco, siempre que sea posible”*⁷³ -. Además, señaló que la liberación de los menores debe darse sin ningún tipo de demoras innecesarias.

Sin embargo, la Comisión notó que a pesar de estos importantes avances en materia de niños migrantes, los Estados Unidos no cuentan en su legislación con un marco normativo que inste a los jueces de inmigración a considerar el principio del interés superior del niño en la toma de decisiones, por lo tanto en lugar de convertirse en un estándar judicial este principio es aplicado a discrecionalidad de los jueces.

En general, la CIDH concluyó que las familias migrantes son aprendidas en centros de detención migratoria y son privadas de libertad de manera automática y arbitraria durante el trámite migratorio, incluso en casos en que los progenitores han superado la evaluación preliminar de asilo. Asimismo, evidenció que existe una falta de garantías de debido proceso y de falta de acceso a mecanismos de protección internacional para los niños y niñas no acompañados en el marco de sus procedimientos migratorios. Así por ejemplo, hay casos en que los menores mexicanos son devueltos antes de ingresar al territorio estadounidense, mientras que en otros casos los funcionarios estadounidenses no logran identificar correctamente a aquellos menores que puedan tener necesidades especiales de protección internacional.

Por otro lado, la Comisión expresó su preocupación acerca de *“las denuncias de abuso*

⁷² Ídem, pág. 104, párr.187

⁷³ Ídem págs. 104 y 105, párr.188.

*sexual, físico y verbal cometido por parte de agentes fronterizos estadounidenses mientras que los niños, niñas, y familias migrantes y refugiadas se encuentran bajo custodia del Estado, así como las condiciones de detención inadecuadas en estaciones de la frontera, puertos de entrada, y centros de detención migratoria para familias*⁷⁴. Otro problema que identificó la CIDH es que los procedimientos migratorios suelen llevarse a cabo de manera acelerada y existe un escaso acceso a asistencia legal.

Finalmente, la CIDH emitió diversas recomendaciones, al considerar las particularidades de las familias, de los menores no acompañados provenientes de México y de aquellos que vienen de países no limítrofes de los Estados Unidos. Además, para la consideración de dichas particularidades, señaló que se debe realizar un enfoque integral de los factores que generan las crisis humanitarias en los principales países de origen, tales como la pobreza, las desigualdades económicas y de género, la discriminación multisectorial y los altos niveles de violencia.

Dentro de sus recomendaciones la Comisión Interamericana hace notar y valora los esfuerzos de los Estados Unidos que se señalan en el Informe *“para recibir y reubicar, año tras año, a miles de solicitantes de asilo y refugiados de todo el mundo”*, y a su vez insta al Estado a

“poner fin a su práctica de la detención migratoria automática y arbitraria de familias; a tratar a niños y niñas mexicanos no acompañados con las mismas salvaguardas y procedimientos aplicables a los niños y niñas no acompañados procedentes de países no limítrofes; a investigar las denuncias de abusos y malos tratos perpetrados por funcionarios estadounidenses ubicados en las fronteras, y a juzgar y sancionar a los agentes responsables cuando sea necesario; a asegurar que el principio del interés superior del niño se constituya como principio rector de todas las decisiones adoptadas respecto de niños y niñas, incluyendo las de los procedimientos migratorios; y, a garantizar que niños, niñas, y familias migrantes y refugiadas gocen de las garantías del debido proceso y cuenten con asistencia legal en casos en los que la necesitan, sin costo

⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados”. 24 de julio de 2014, pág. 11, párr.6

*en los casos donde no pueden cubrir los gastos por su cuenta; entre otras recomendaciones formuladas en el presente informe*⁷⁵.

De igual manera, recomendó la colaboración de los Estados para propiciar medios para que las personas puedan migrar a través de canales regulares y no en violación a las leyes migratorias estadounidenses, adoptar políticas y medidas necesarias para abordar los factores de riesgo y las dificultades que llevan a las personas a emigrar, a desarrollar mecanismos regionales para combatir las actividades delictivas de los grupos de la delincuencia organizada transnacional implicados en el secuestro de migrantes, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, y que en los casos en que se le atribuya a un menor la comisión de un delito, garantizar que sus condiciones de detención sean diferentes a las de los mayores de edad y conforme al principio del interés superior del niño.

2. Opiniones Consultivas

i. Opinión Consultiva 18: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados

El día 17 de setiembre del año 2003 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva (en adelante “OC”) N.18 referente a la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados como respuesta a la consulta realizada el 10 de mayo del 2002 por los Estados Unidos Mexicanos, en específico sobre la

“[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes,] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos,

⁷⁵ Ídem, págs. 11 y 12, párr. 9.

incluidas aquellas oponibles erga omnes, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano”. Así como del “carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”⁷⁶.

Al respecto la Corte indicó que los Estados Partes de la Convención Americana tienen la obligación de respetar y proteger los derechos humanos de las personas migrantes, y que para lograrlo deben adoptar las normas necesarias y suprimir aquellas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental. El incumplimiento de estas responsabilidades tiene como consecuencia la responsabilidad internacional.

Esta Opinión Consultiva ha sido importante para el refuerzo de los principios de igualdad y no discriminación en la protección de los derechos humanos de los migrantes, pues indica que estos principios deben ser respetados en todo momento, tanto en el derecho interno como en el internacional, ya que son vinculantes para todos los Estados independientemente de los tratados internacionales que estos hubiesen ratificado. Asimismo, indica que el debido proceso legal debe ser garantizado siempre a toda persona independientemente de su estatus migratorio.

La OC recalca la importancia del derecho al trabajo que tienen los migrantes, al señalar que por el hecho de ser migrante no se justifica que una persona sea privada al goce y ejercicio de su derecho a laborar, ni de los demás derechos derivados de la relación laboral, con independencia de su condición de migrante regular o irregular. Es por ello, que los Estados tienen la obligación de tomar las medidas pertinentes para respetar y garantizar los derechos humanos de los trabajadores migrantes, así como evitar y sancionar cualquier conducta discriminatoria o que vulnere “*los estándares mínimos internacionales*” de protección y garantía de los derechos laborales.

En conclusión, además de las responsabilidades de promoción y garantía de los derechos humanos en general, los Estados deben asegurar que sus ordenamientos

⁷⁶ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 18: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (2003), Pág. 2.

jurídicos sean acordes con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las personas migrantes, entre ellos los derechos a un debido proceso legal, de igualdad, no discriminación, y laborales; en cuanto a estos últimos deben crear los medios adecuados para que puedan ser ejercidos de manera idónea y sin discriminaciones.

ii. Opinión Consultiva 17: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

El día 30 de marzo del 2001 la CIDH, sometió a la Corte Interamericana una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el fin de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación con los niños y niñas, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Las medidas especiales a las que se refirió la CIDH en la consulta son las siguientes: a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento; b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor; c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías; d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor, y e) la determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación⁷⁷.

De las particularidades de la presente OC se puede destacar que señala a la familia

⁷⁷ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 17: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” (2002), págs. 3 y 4.

como el elemento fundamental para el desarrollo de los niños y niñas, y para el ejercicio y defensa de sus derechos fundamentales. Por esta razón los Estados deben proteger y fortalecer a la familia, en especial la permanencia de los menores de edad en su núcleo familiar. Además, hace énfasis en que la separación de un niño o niña de sus familias debe ser una medida excepcional, preferiblemente temporal y solo como respuesta a su interés superior.

La OC indica que los Estados deben adoptar medidas específicas sobre la protección de los derechos e intereses de los niños y niñas quienes por sus condiciones particulares de vulnerabilidad requieren de una protección especial, y para ello deben contar con instituciones especializadas que posean “*personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas*”⁷⁸ y en general los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior de los niños y niñas.

En relación con el derecho a la vida, establece que además de las prohibiciones contempladas en el artículo 4 de la Convención, existe una obligación de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para asegurar que la vida de los menores de edad se desarrolle en condiciones dignas y que puedan disfrutar plenamente de sus derechos, incluyendo los económicos, sociales y culturales. Además, los Estados Parte deben asegurar que la relación de los niños y niñas con las autoridades públicas o con entes no estatales se desarrollen de conformidad con las disposiciones de los artículos 17 y 19 en relación con el artículo 1.1 de la Convención y evitar a toda costa que reciban malos tratos. Sobre este mismo punto la OC indica que en los procedimientos judiciales o administrativos relacionados con menores, se deben observar en todo momento los principios y las normas del debido proceso legal lo cual incluye la observancia de otros principios como los son el juez natural, la doble instancia, la presunción de inocencia, la publicidad, la contradicción y los derechos de audiencia y defensa; esto, sin dejar de lado en ningún momento las particularidades de su condición de vulnerabilidad como menores de edad⁷⁹.

⁷⁸ Ídem, pág. 58.

⁷⁹ Ibídem, pág. 76

iii. *Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.*

El 19 de agosto del 2014 la Corte Interamericana emitió la Opinión Consultiva 21 después de que fuera solicitada por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay con el propósito de que la Corte estableciera *“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 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”*⁸⁰.

Esta opinión consultiva es uno de los instrumentos jurídicos más importantes en materia de protección y garantía de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes no acompañados y separados pues, a través de ella se analizan los riesgos y las necesidades que afrontan los niños y niñas migrantes, así como los procedimientos especiales que deben adoptar los Estados para proteger los derechos fundamentales de la niñez migrante no acompañada o separada. La Corte realizó nueve planteamientos específicos en torno al tema, los cuales van a ser analizados a continuación.

iii.1. Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes, y en su caso, adoptar medidas de protección especial

De acuerdo con la Corte los niños y niñas son titulares de solicitar y recibir el derecho al asilo por lo tanto, pueden solicitar por sí mismos que se reconozca su condición de refugiados, ya sea que se encuentren acompañados o no, y es obligación de los Estados receptores de estas solicitudes considerar las condiciones especiales de vulnerabilidad

⁸⁰ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 3 párrafo 1.

de los menores. Dichas solicitudes de asilo por parte de menores de edad, implican que los Estados receptores deben asegurar que las autoridades nacionales realicen una evaluación adecuada de cada una y que tomen en cuenta el riesgo que los niños puedan sufrir en caso de que sean devueltos al país de origen.

Entre las obligaciones para cumplir con los objetivos señalados anteriormente, la Corte indica que los Estados receptores deben:

- a. Permitir que la niña o el niño pueda petitionar 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;
- b. 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
- c. 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.

La Corte hace la salvedad que, debido a las diversas situaciones que pueden motivar la migración de un niño o niña, es necesario diferenciar entre aquellos que migran con el fin de encontrar mejores condiciones de vida de los que lo hacen porque requieren de algún tipo de protección internacional como asilo o refugio. Dicha diferenciación la pueden lograr por medio de una evaluación inicial orientada a proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado, que sea necesario, mediante la adopción de medidas de protección especial. Además, la Corte hace la salvedad de que si los Estados no instituyen este tipo de medidas, incurrirán en una falta de debida diligencia.

Parte de las medidas de protección especial a las que se refiere la Opinión Consultiva son las siguientes:

- Las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de menores extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos. No deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a

personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. Además, es indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial, y que a su vez se cree una base de datos con el registro de estos menores.

- Asegurar, durante el procedimiento de evaluación, mecanismos efectivos, destinados a obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales correspondientes. La obtención de dicha información se debe realizar mediante un procedimiento que tome en cuenta la diferenciación de niñas y niños con adultos y el tratamiento debe ser acorde con la situación.

De acuerdo con la Corte IDH, al tratarse de una etapa inicial de identificación y evaluación, los Estados deben adoptar un procedimiento que ofrezca ciertas garantías mínimas y que a su vez esté orientado a los siguientes objetivos básicos:

1. Tratamiento acorde con su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación.
2. Determinar si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado: en cuanto a este punto, la Corte indica que dadas las condiciones de vulnerabilidad de estos menores, requieren de un carácter preferente, por lo que el Estado debe actuar con un mayor escrutinio y hacer constar las razones por las que el menor se encuentra separado de su familia o no acompañado.
3. Determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida.
4. 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.

5. Adopción, en caso de ser necesario y conforme con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información.

En relación con los menores no acompañados o separados de su familia, la Corte destaca la importancia de que los Estados procuren la localización de los miembros de su familia, y si fuese conforme al interés superior del niño, que procedan a su reunificación o reagrupación lo antes posible.

iii.2. Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niños y niñas.

De conformidad con la Corte, las garantías de debido proceso se deben aplicar a cualquier persona independientemente de su edad y de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que todo extranjero, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal.

Lo anterior aplica especialmente en el caso de los menores migrantes, pero en su caso las garantías de debido proceso y su participación en un proceso migratorio debe llevarse a cabo en condiciones distintas a la de los adultos, pues es necesario que se les apliquen medidas especiales que sean conformes al interés superior del menor. Es por ello que en todo proceso migratorio en que se vean involucrados menores migrantes, deben regir las siguientes garantías:

- a. El derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio.
- b. El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado.

- c. El derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales.
- d. El derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete.
- e. El acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular.
- f. El derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante.
- g. El deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados. Sobre este punto la OC señala que ningún proceso administrativo o judicial puede iniciar hasta que se le haya nombrado un tutor al menor no acompañado o separado; ello con el fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar.
- h. El derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada.
- i. El derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos.
- j. El plazo razonable de duración del proceso.

iii.3. Principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular

En el caso de los niños y niñas una pena privativa de libertad implica el hecho de que no puedan o no tengan la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentran o han sido alojados. De acuerdo con la Corte, la sanción penal para los menores debe ser una medida de último recurso y aplicarse cuando proceda y por el menor tiempo posible. Por lo tanto, la privación de libertad en el contexto de la justicia penal juvenil debe respetar los principios de legalidad, excepcionalidad y máxima brevedad.

La Corte establece que, en virtud del principio de unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad de los niños y niñas se extiende a sus progenitores y obliga a las

autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia. Asimismo, señala que, para determinar la validez de las detenciones de niñas y niños con fines migratorios, se debe evaluar:

1. Que la finalidad de las medidas sean compatibles con la Convención.
2. Que las medidas adoptadas sean idóneas para cumplir con el fin perseguido.
3. Que sean necesarias.
4. Que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

En conclusión, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de menores 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. Esto, en el hecho de que el menor 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, asegurar el interés superior del niño. En el caso de los menores migrantes no acompañados o separados de sus familias, la privación de libertad resulta improcedente en virtud de su interés superior.

iii.4. Características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes y garantías para su aplicación

Mientras se resuelve la situación migratoria o se procede a la repatriación voluntaria y segura de menores migrantes, las medidas a disponerse deben estar orientadas a la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, el cuidado emocional y la seguridad, en tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia.

Para la Corte, los menores migrantes requieren que los Estados receptores diseñen e incorporen en sus ordenamientos internos 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; se toma en cuenta si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad.

iii.5. Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niños y niñas migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratorias

En el caso de los niños y niñas involucrados en procedimientos migratorios, los Estados deben garantizar medidas destinadas a su cuidado con miras a su protección integral. Así por ejemplo, cuando se compruebe que en virtud de las garantías del debido proceso y del interés superior del menor no hay otra opción menos lesiva que la institucionalización, es posible que los Estados recurran a medidas tales como el alojamiento o albergue del menor, ya sea por un período breve o durante el tiempo que sea necesario para resolver su situación migratoria.

Dichos centros de acogida pueden ser establecimientos estatales o privados bajo la fiscalización del Estado, quien además tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias a efectos de regular y fiscalizar que dichos espacios de alojamiento cumplan criterios técnicos para su acreditación y habilitación en consonancia con las necesidades diferenciadas de los menores migrantes y de prever un método de su supervisión. De acuerdo con la Corte, los Estados deben considerar las siguientes condiciones básicas:

- a. Principio de separación y derecho a la unidad familiar. De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, cuando se trate de menores migrantes, el principio de separación adquiere, dos dimensiones:
 - los niños y niñas no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos, y

- los menores acompañados, deben alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior del niño.

En estos casos, los Estados están obligados a establecer y garantizar que el espacio de alojamiento de los menores no acompañados o separados esté dividido según las necesidades específicas de grupos etarios y diferenciados de los centros para familias, y así adecuar los recursos humanos y materiales de la manera que corresponda en cada situación.

- b. Centros de alojamiento abiertos: cualquier medida de alojamiento debe permitir la salida del establecimiento donde se encuentre el menor, es decir, debe desarrollarse en un ambiente no privativo de libertad. Por lo tanto, los centros cerrados no son adecuados para la extrema vulnerabilidad de los menores migrantes debido a que las instalaciones no responden a sus necesidades especiales.
- c. Condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos: los espacios de alojamiento de los menores migrantes, más allá de si se encuentran junto a su familia o no acompañados o separados deben:
 - asegurar condiciones materiales y un régimen adecuado, que resguarde en todo momento la protección de sus derechos y que tome en cuenta, en cada caso, la diversidad de las niñas y los niños en cuanto a su origen étnico, cultural, lingüístico y religioso.
 - garantizar el alojamiento, la manutención, el reconocimiento médico, el asesoramiento legal, el apoyo educativo y la atención integral a las niñas y a los niños.
 - disponer de una serie de servicios de atención especializada en razón de las necesidades particulares de cada niño o niña; se atienden, por ejemplo, a los menores con discapacidad, con VIH/SIDA, lactantes, que pertenecen a la primera infancia, víctimas de trata, entre otros.
 - asegurar no sea un escenario en el cual los menores puedan ser objeto de violencia, explotación o abuso.

Asimismo, la Corte establece que estos espacios de alojamiento deberán contar con una infraestructura física que permita: i) lograr que los menores tengan cierto nivel de privacidad para que su intimidad sea respetada; ii) proveer un lugar donde tener sus cosas de forma segura; iii) asegurar la alimentación completa y nutritiva durante el tiempo de estadía; iv) otorgar acceso a servicios de salud, ya sea física y/o psicosocial; v. proveer acceso continuo a la educación fuera del establecimiento; vi) contar con sitio para el esparcimiento y el juego, y los menores que quieran participar de actividades culturales, sociales y religiosas; vii) contar con un tutor que los acompañe, y vi) contar con personal especializado con formación en psicología infantil, protección de la infancia y derechos humanos de las niñas y niños.

iii.6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias

La Corte considera que frente a situaciones que impliquen restricciones o privaciones a la libertad personal de menores migrantes, se deben cumplir las siguientes garantías mínimas:

- a. Legalidad de la privación de libertad.
- b. Prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios.
- c. Derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda.
- d. Derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente.
- e. Derecho del niño o niña a notificar a un familiar, tutor o representante legal que está bajo custodia del Estado y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados.
- f. Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular.
- g. Derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de menores no acompañados o separados, a que se nombre un tutor.
- h. Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.

iii.7. Principio de no devolución

Este principio será analizado de manera integral más adelante, pero para efectos de esta Opinión Consultiva cabe destacar que la Corte señala que diversos instrumentos del derecho internacional contemplan una prohibición particular 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, 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.

La Corte reconoce la existencia de normas de protección complementaria, en las que la entidad autorizada en el país de acogida, otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado, toma medidas para no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas. Este tipo de protección complementaria configura un desarrollo normativo consecuente con el principio de no devolución; a través de este los Estados velan por los derechos de las personas que no califican como refugiados o en otra calidad migratoria, pero no pueden ser devueltas. No obstante, los Estados podrían limitar el ejercicio de ciertos derechos al otorgar esta protección, siempre que se basen en motivos objetivos y razonables, y no viole el principio de no discriminación.

En el caso de los menores no acompañados o separados, dicha protección complementaria debe garantizarse en la medida determinada por sus necesidades de protección y de manera que logren gozar del disfrute pleno de sus derechos humanos. En conclusión, cualquier decisión que implique la devolución de un menor de edad a su país de origen o a un tercer país solamente podrá basarse conforme a su interés superior, siempre deberá tomarse en cuenta qué riesgos y vulneraciones pueden derivar de dicha devolución, y en caso de que no califiquen para obtener la calidad de refugiados, se

deberán buscar medidas de protección complementaria acordes con sus derechos fundamentales.

iii.8. Procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo

Los Estados tienen la obligación de contar con procedimientos justos y eficientes destinados a determinar si el solicitante de asilo reúne los criterios para ejercer dicho derecho y solicitar el estatuto de refugiado. En el caso de los niños y niñas migrantes, dichos procedimientos deben asegurar su derecho a ser oídos con las debidas garantías, para evitar decisiones arbitrarias, bajo un ambiente que les genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo.

La Corte considera que los Estados tienen la obligación de adecuar sus procedimientos de asilo y de determinación de la condición de refugiado a las necesidades y el interés superior del menor. Dicha obligación conlleva:

1. 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.
2. Tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal.
3. Contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud.
4. Realizar un registro y entrevista, procurando no causar mayor trauma o revictimización; disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya.
5. Emitir un documento de identidad para evitar la devolución.
6. Estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba.

7. Asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados.
8. En caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar, si fuere necesario, de conformidad con el interés superior.
9. Buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo con la determinación del interés superior de la niña o del niño.

iii.9. Derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en el marco de los procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios

Las separaciones legales de menores de edad de sus familias proceden solamente si están debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales. En el caso de los migrantes, la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior del menor sino que lo afectaría; se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos. Corresponde 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 del menor.

C. Jurisprudencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La competencia contenciosa de la Corte Interamericana deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual le da la facultad de conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de sus disposiciones, siempre y cuando el Estado involucrado haya reconocido su competencia. En el caso de los niños y niñas, la Convención establece en su artículo 19 que *“[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad*

y del Estado”, es por medio de este artículo que la Corte adquiere competencia para declarar la violación a los derechos de la niñez.

La primera vez que la Corte declaró la violación a dicho artículo fue en el año 1999 en el caso “Niños de la Calle” vs. Guatemala (en adelante “Niños de la Calle”), en el cual señaló que dentro de las “medidas de protección” a las que alude el artículo 19 de la Convención se pueden destacar *“las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”*⁸¹. Estas medidas han funcionado como un referente mínimo y no taxativo de las garantías que deben propiciar los Estados a fin de proteger los derechos humanos de los niños y niñas, y a su vez han servido para inspirar futuras sentencias en las que se han declarado violaciones al referido artículo. Sin embargo, el que la Convención Americana prevea en su texto la protección de los derechos de la niñez, no significa que este sea un límite legal en los razonamientos de las sentencias de la Corte, pues como ya lo ha indicado este Tribunal en reiteradas ocasiones:

*“al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31) [...] El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Sobre el particular, esta Corte ha entendido que [t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969”*⁸².

Es por esta razón, que la Corte ha incorporado en su *copus juris*, normas y disposiciones del Sistema Universal, pues, además del artículo 9 de la Convención, el Sistema

⁸¹ Corte I.D.H., “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” (1999), párr. 196, y Corte I.D.H., “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, reparaciones (art.63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (2001), párr. 90.

⁸² Corte I.D.H., “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo” (1999) párrs. 192 y 193.

Interamericano no posee un instrumento normativo específico en materia de interpretación y protección de los derechos humanos de los niños y niñas.

La principal norma a la que ha hecho referencia la Corte en su jurisprudencia es la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto, el Tribunal ha señalado en diversas ocasiones que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que sirve a la Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana⁸³. Así por ejemplo en el caso “Niños de la Calle”, la Corte indicó que “[e]l artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como ‘niño’⁸⁴, por lo tanto, aludió a la definición contenida en el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño⁸⁵. Asimismo, la Corte ha recurrido a otras normas para dar sustento a dicho *corpus juris*, tales como el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁶.

Por otro lado, se han presentado casos en los que hubo niños involucrados y la Corte no ha declarado la violación directa del artículo 9 de la Convención, sino que lo ha hecho respecto a otros derechos, tal es el caso del “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, en el cual la Corte optó por declarar violaciones a los artículos 4, 5, 8 y 25 de dicha norma. En este caso específico, hizo la salvedad de que

“[e]n el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las

⁸³ Corte I.D.H., “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo” (1999) párr. 194; “Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala” (2012), párr. 142; “Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina” (2012), párr. 125, y “Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones” (2012), párr.238

⁸⁴ Corte I.D.H., “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo” (199), párr. 188.

⁸⁵ Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

⁸⁶ Corte I.D.H. “Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia” (2005), párr. 153; “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo” (1999), párr. 192, y “Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay” (2004), párr. 149.

*medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños*⁸⁷.

Sobre este último punto es importante aclarar que a pesar de que el Protocolo de San Salvador relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, en su artículo 16 se refiere a los derechos de la niñez⁸⁸, la Corte no tiene la potestad de declarar su violación pues no es uno de los derechos considerados justiciables dentro de esta norma.

Esta interdependencia de las normas del *corpus juris* internacional relativas a los derechos de los niños y niñas, es necesaria para garantizar un margen más amplio de interpretación y protección de estos derechos, pues dada la vulnerabilidad de la niñez se trata de una categoría especial que requiere mayores garantías. Considerando este último punto, debe retomarse lo establecido en artículo 19 convencional, donde se indica que la protección de los derechos de la niñez es una obligación que debe llevarse a cabo conjuntamente entre el Estado, la familia y la sociedad.

En el caso de los Estados, la Convención Americana en sus artículos 1.1 y 2 los obliga respectivamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y de adoptar las disposiciones de derecho interno, necesarias para garantizar dichos derechos y libertades, entre ellas, medidas de carácter positivo y negativo. Las medidas negativas, son aquellas que exigen a los Estados abstenerse de realizar acciones que puedan vulnerar los derechos de los niños y niñas, mientras que las medidas positivas son aquellas orientadas a *“asegurar la plena vigencia de los derechos del niño*⁸⁹, es decir, aquellas medidas dirigidas a realizar esfuerzos para garantizar y proteger dichos

⁸⁷ Corte I.D.H., “Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay” (2004), párr. 149.

⁸⁸ Artículo 16. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

⁸⁹ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 17: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” (2002), párr. 91.

derechos.

Dentro de las positivas se encuentran las medidas de prevención, es decir aquellas orientadas a evitar violaciones a los derechos de los niños y niñas. Al respecto, la Corte señaló en el caso de “Las masacres de Mapiripán” que “[l]a obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción presenta modalidades especiales en el caso de los niños y niñas, y se transforma en una obligación de ‘prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél’⁹⁰. En esta sentencia, la Corte refuerza que tratándose de los niños y niñas la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos posee un carácter especial y por ello debe asegurar las medidas pertinentes para evitar transgresiones a los derechos de la niñez.

Por otro lado, en el caso del “Campo Algodonero”, la Corte consideró que

“el Estado tenía la obligación de adoptar todas las medidas positivas que fueran necesarias para garantizar los derechos de las niñas desaparecidas. En concreto, el Estado tenía el deber de asegurar que fueran encontradas a la mayor brevedad, una vez [que] los familiares reportaron su ausencia, especialmente debido a que el Estado tenía conocimiento de la existencia de un contexto específico en el que niñas estaban siendo desaparecidas”⁹¹.

La Corte determinó que a pesar de que el Estado contaba con normas de protección de los derechos de la niñez, en el caso en concreto, el Estado *“no demostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las niñas”⁹²*, por lo tanto declaró la violación al artículo 19 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

En cuanto al rol de la familia, la Corte ha indicado que *“[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”⁹³.*

En el caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, la Corte señaló que debido a la

⁹⁰ Corte I.D.H., “Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia” (2005), párr. 162.

⁹¹ Corte I.D.H., “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México” (2009), párr.409.

⁹² Ídem, párr.410.

⁹³ Corte I.D.H., “Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas”, (2013), párr. 312.

importancia del derecho a la protección a la familia, el Estado tiene la obligación de *“satisfacer la necesidad de favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia”*⁹⁴. Por lo tanto, el Estado tiene la obligación positiva de protección del derecho de los niños de vivir con su familia para el pleno goce de sus necesidades y a su vez, de protegerlos contra *“injerencias arbitrarias o ilegales en su familia”*⁹⁵.

Esta dependencia que tienen los niños y niñas de crecer y desarrollarse junto a su familia nos lleva al vínculo existente entre el artículo 19 de la Convención y el artículo 17 de la misma, referente a la “protección a la familia”. En este último artículo se indica que *“[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”*. Con ello la Corte ha reafirmado los estándares internacionales que establecen que la familia desempeña un papel fundamental en cuanto al desarrollo y protección de la niñez y que a su vez los Estados tienen la obligación de garantizar las medidas necesarias para salvaguardar a las familias.

Bajo este mismo orden de ideas, el Tribunal Interamericano realizó una lectura armoniosa entre el papel de la familia, el artículo 19 de la Convención Americana y el artículo 6 de la CDN en relación con el artículo 4.1 de la CADH referente al derecho a la vida, en el tanto señaló que los Estados tienen el deber de garantizar la supervivencia y el desarrollo de los menores a través de la protección a la familia y de evitar la *“injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo”*⁹⁶. Sin embargo, en cuanto a las medidas que deben adoptar los Estados para proteger a la familia es importante señalar que la Corte no ha desarrollado de manera exhaustiva cuál es el contenido de dichas medidas por lo cual queda a criterio de cada Estado determinar el alcance de su protección, siempre y cuando sea conforme a las normas internacionales sobre el tema y a su propia normativa interna.

⁹⁴ Corte I.D.H., “Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala” (2010), párr. 157.

⁹⁵ Ídem

⁹⁶ Corte I.D.H., “Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones” (2011), párr.130

En cuanto al vínculo entre la familia y el desarrollo integral de los niños y niñas, en el caso *Gelman vs Uruguay* la Corte se refirió a la importancia de la familia en relación con el derecho a la libertad personal cuando se trata de menores de edad, en el tanto dicho derecho

“implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad”⁹⁷.

De acuerdo con este estándar la familia desempeña un rol fundamental en las primeras etapas de vida de los menores pues aporta las bases para que puedan ir desarrollando su propia autonomía personal, y por ende, el privar a los niños y niñas de su derecho a crecer con su familia implicaría también en una afectación a su derecho a la libertad personal.

Con respecto a los menores, víctimas de conflictos armados, la Corte Interamericana señaló en el caso de la “Masacre de Mapiripán” vs Colombia que “[l]a especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, (...) pues son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y, tristemente, son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada”⁹⁸. Asimismo, la Corte ha indicado en diversas ocasiones que los menores afectados por estos conflictos pueden padecer graves consecuencias tales como quedar huérfanos, ser víctimas de desplazamientos y desapariciones, así como sufrir violaciones a sus derechos a la vida, a la salud, y a la integridad física y psíquica. Por ello, los Estados tienen una responsabilidad “agravada” de crear medidas de protección respecto a los niños y niñas que sufren estas consecuencias y de tomar en cuenta en todo momento sus condiciones de

⁹⁷ Ídem, párr.129.

⁹⁸ Corte I.D.H., “Caso “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia” (2005), párr. 156

vulnerabilidad.

Finalmente, tratándose de niños y niñas migrantes la Corte IDH no se ha pronunciado sobre un caso que se refiera a ellos y su situación de manera directa, no obstante ha establecido ciertos estándares que les compete. Así por ejemplo, en el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana* este Tribunal señaló que “el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”⁹⁹. Con base en esta afirmación, la Corte se manifestó sobre la importancia y la necesidad del derecho a tener una nacionalidad, al respecto indicó que:

- “a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;*
- b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y*
- c) 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”¹⁰⁰.*

De lo anterior puede inferirse que el estatus migratorio de una persona no debe repercutir en su derecho a tener una nacionalidad ni mucho menos en el de sus descendientes, pues esto implicaría a la vez una privación al disfrute de otros derechos. Conforme a este orden de ideas y en cuanto al vínculo del derecho a la nacionalidad contemplado en el artículo 20 de la CADH con el artículo 19 del mismo cuerpo normativo, la Corte indicó en el caso *Gelman vs Uruguay* que

“el derecho a la nacionalidad conlleva el deber del Estado con el que se establece tal vinculación, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su

⁹⁹ Corte I.D.H., “Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana” (2005), párr. 118.

¹⁰⁰ Ídem, párr.156.

*nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en ésta. Igualmente, importa, cuando se trate de niños y niñas, tener en cuenta la protección específica que les corresponde, por ejemplo, que no se les prive arbitrariamente del medio familiar y que no sean retenidos y trasladados ilícitamente a otro Estado*¹⁰¹.

En otras palabras, la condición de apátrida posiciona a las personas en una situación de vulnerabilidad pues compromete “*el libre desarrollo de su personalidad*”, debido a que el acceso a sus derechos fundamentales y a la protección especial a la que son titulares las personas por su condición de nacional de un Estado, se ven imposibilitados; esto se agrava tratándose de niños y niñas quienes tienden a estar en una posición de mayor indefensión en este tipo de situaciones.

Otro derecho al que ha hecho referencia la Corte, que debe ser garantizado a los menores de edad, independientemente de su condición migratoria, es el derecho a la educación; sobre este indicó que “*el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual*”¹⁰²; se toman en consideración los estándares internacionales, contemplados tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos, como en la Convención de los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador.

La Corte también se ha referido a la antijuricidad de aplicar medidas privativas de libertad para controlar los flujos migratorios, especialmente los que se dan de manera irregular. Al respecto, en el caso *Vélez Loo vs. Panamá* estableció que “*la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, de modo tal que las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación y únicamente durante el menor tiempo posible*”¹⁰³. Es decir,

¹⁰¹ Corte I.D.H., “Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones” (2011), párr.128.

¹⁰² Corte I.D.H., “Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana” (2005), párr.185.

¹⁰³ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), párr.151. Citando: “Caso Vélez Loo Vs. Panamá (2010), párrs. 169 y 171.

que las políticas migratorias destinadas a detener a los migrantes irregulares sin que antes las autoridades competentes hayan verificado cada caso en concreto, son arbitrarias y contrarias a las normas internacionales sobre derechos humanos. Esto se agrava aún más cuando se trate de menores migrantes pues en todo momento deben considerarse sus condiciones de vulnerabilidad y se les debe aplicar una protección especial, de manera que su libertad no puede verse restringida bajo ninguna circunstancia.

De todo lo expuesto en esta sección, puede concluirse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una importante herramienta jurídica para la creación de estándares internacionales sobre derechos humanos. En el caso de los niños y niñas, han permitido que se fortalezca el reconocimiento de su condición jurídica, así como las obligaciones de los Estados de promover la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, hasta el momento la Corte no ha hecho mención en forma directa y detallada a estos temas en su jurisprudencia; así por ejemplo, no ha determinado al menos un margen mínimo de cómo los Estados deben llevar a cabo sus obligaciones de promoción y protección de los derechos de los niños y niñas, sobre todo tratándose de menores migrantes.

Es importante reconocer que hasta ahora la Corte no ha tenido la oportunidad de referirse directamente sobre la situación de los niños y niñas migrantes, más allá de su competencia consultiva. Sin embargo, ha creado estándares que pueden ser aplicables a situaciones en las que se vean involucrados estos menores. Dentro de dichos estándares se puede mencionar la necesidad de identificar sus condiciones especiales de vulnerabilidad por razón de su edad, en cada caso en concreto, especialmente en aquellos de conflicto armado o que tengan que ver con su estatus migratorio, o el reconocimiento del rol de la familia y de los Estados en su desarrollo integral, así como en el ejercicio de sus otros derechos como el derechos a la vida, a la libertad personal o a la educación.

D. Órganos e instituciones

1. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) fue creada en 1959 en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile, su régimen jurídico se encuentra en la Carta de la OEA, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Estatuto aprobado el 31 de octubre de 1979 y en su Reglamento suscrito en el año 2009.

La CIDH se encuentra integrada por siete miembros, representados por personas de “alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos”¹⁰⁴ electos por la Asamblea General de la OEA a título personal, por periodos de cuatro años con la posibilidad de ser reelegidos por una sola vez.

Además se compone de una Secretaría Ejecutiva encargada de preparar *“los proyectos de informe, resoluciones, estudios y otros trabajos que le encomienden la Comisión o el Presidente. Asimismo recibirá y dará trámite a la correspondencia y las peticiones y comunicaciones dirigidas a la Comisión. La Secretaría Ejecutiva podrá también solicitar a las partes interesadas la información que considere pertinente”*¹⁰⁵. La Secretaría está integrada por un Secretario Ejecutivo designado por el Secretario General de la OEA, un Secretario Ejecutivo Adjunto y por personal profesional, técnico y administrativo.

La Comisión tiene una doble naturaleza jurídica, de conformidad con la Carta de la OEA es uno de los órganos de la Organización, mientras que la Convención le da el carácter de órgano encargado de velar por el respeto de los derechos humanos y de vigilar que los Estados Partes cumplan con las obligaciones contraídas al momento de su ratificación.

Su competencia varía según el Estado de que se trate, pues si el Estado ha ratificado la

¹⁰⁴ Organización de Estados Americanos, “Convención Americana de Derechos Humanos” (1969), art. 34.

¹⁰⁵ Organización de Estados Americanos, “Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (2009), art. 13.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, su competencia se basará en sus disposiciones. De no ser así, su competencia se rige por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Dentro de las funciones de la CIDH se encuentran las del monitoreo de la situación de los derechos humanos en los países del continente, la formulación de recomendaciones a los gobiernos, la atención de consultas formulados por sus Estados miembros y el trámite de peticiones presentadas por cualquier persona o grupo de personas, o por comunicaciones estatales sobre la denuncia de presuntas violaciones a los derechos humanos por parte de un Estado Miembro ¹⁰⁶.

Como parte de sus funciones de monitoreo, el inciso g del artículo 18 del Reglamento de la Comisión le da la facultad de realizar visitas *in loco*, con el fin de realizar observaciones en los territorios de los Estados miembros de la OEA, las cuales tienen como objetivo evaluar si se está presentando alguna violación de derechos humanos y así poder formular “*recomendaciones que sirvan para el mejoramiento del goce efectivo de los derechos humanos*”¹⁰⁷ del país en que realice la visita.

El artículo 61 inciso 1 de la Convención le da la legitimación para someter casos contenciosos a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mientras que el inciso 1 del artículo 64 le da potestades para solicitar opiniones consultivas, el artículo 63.2 le permite solicitar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas en casos aún que aún no hayan sido sometidos a la decisión de la Corte. Asimismo, el artículo 57 le atribuye la posibilidad de comparecer en todos los casos ante la Corte, a manera de auxiliar de justicia.

La Secretaría de la CIDH cuenta con diversas relatorías especiales las cuales consisten en un grupo de miembros de la Comisión a los que se les asigna la “*ejecución de programas, estudios o hasta ahora proyectos especiales*”¹⁰⁸. De acuerdo con el artículo

¹⁰⁶ Javier Arias Ospina, y Juliana Galindo Villareal, “Protección Multinivel de Derechos Humanos: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013), pág. 135.

¹⁰⁷ Idem, pág.137.

¹⁰⁸ Organización de Estados Americanos, “Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (2009), art. 15.1.

15 del Reglamento de la Comisión estas relatorías pueden estar conformadas por relatores de región o por relatores con mandatos *“ligados al cumplimiento de sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos respecto de las áreas temáticas que resulten de especial interés a ese fin”*; estas últimas pueden funcionar, ya sea como relatorías temáticas a cargo de un miembro de la Comisión o como relatorías especiales a cargo de otras personas designadas por la CIDH.

De las relatorías actuales existen dos que son de especial importancia para el tema de niños migrantes: i) la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes y ii) la Relatoría sobre las Derechos de la Niñez.

- i. Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El mandato de las Relatorías de la CIDH está basado en el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 18 del Estatuto de la CIDH, los cuales establecen las funciones específicas en la esfera de la promoción de los derechos humanos. Asimismo, el artículo 15 del Reglamento de la CIDH estipula que la Comisión puede crear Relatorías para ayudarla a mejor cumplir con sus funciones y establece lineamientos sobre su funcionamiento.

En específico, el mandato de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está enfocado en promover el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana¹⁰⁹.

Una de las funciones de la Relatoría es emitir informes de país, informes anuales e informes temáticos; así por ejemplo, en el 2013 emitió el Informe Temático titulado *“Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”*, en el cual se dedica un apartado a las niñas, niños y adolescentes migrantes. En ese mismo año en su Informe Anual del 2013, dedicó un capítulo a los

¹⁰⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, Sobre la Relatoría, Mandato y Funciones”: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/mandato/mandato.asp>

derechos de los trabajadores migratorios y sus familias en Honduras.

Las funciones que desempeña la Relatoría van dirigidas a la promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes; una de las principales actividades que ejerce para lograr estos objetivos son las visitas *in loco*. Así por ejemplo, en el 2014 el Relator sobre los Derechos de los migrantes -Felipe González- en conjunto con la Relatora sobre los Derechos de la Niñez -Rosa María Ortiz- visitaron la frontera sur de los Estados Unidos con el fin de monitorear la situación de los niños y niñas no acompañados y separados de sus familias que han cruzado dicha frontera, en especial, para conocer mejor acerca de los mecanismos de aprehensión, la detención migratoria por largos períodos, los procedimientos migratorios, las deportaciones y las remociones¹¹⁰. Como resultado de esta visita, se emitió un comunicado de prensa, en que se manifiesta una preocupación por las graves denuncias de violaciones a los derechos a *“la libertad, seguridad personal; vida familiar y protección de la unidad familiar, protección del niño y la niña, protección contra el arresto arbitrario; a un juicio justo y debido proceso; igualdad ante la ley; derecho a procurar y recibir asilo, y al principio de non-refoulement y al derecho a no ser perseguido o torturado en el país de origen o en un tercer país”*¹¹¹.

De los diversos trabajos realizados por esta Relatoría, se ha logrado descubrir que los niños y niñas migrantes no acompañados o separados, sufren graves violaciones a sus derechos fundamentales; con ello resulta cada vez más necesario que los Estados se enfoquen en esta problemática, busquen soluciones oportunas y efectivas, y procuren mejorar las condiciones del sector en cuestión.

ii. Relatoría sobre los Derechos de la Niñez

Esta Relatoría se crea con el fin de fortalecer el respeto de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas el 24 de septiembre al 13 de octubre

¹¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, Actividades, Visitas a Países”, (2014).

¹¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “CIDH culmina su visita en los Estados Unidos de América” (2014).

de 1998 y su mandato principal es la promoción de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes dentro de la jurisdicción de los 35 Estados miembros de la OEA.

Parte de sus tareas consisten en colaborar con el análisis y evaluación de la situación de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas, asesorar a la CIDH en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en materia de niñez y adolescencia, realizar visitas a los Estados y elaborar estudios e informes al respecto¹¹².

En relación con los niños migrantes, la Relatoría emitió un Informe Temático llamado: “Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso”¹¹³, por medio del cual expone los estándares internacionales en materia de derechos humanos de los y las migrantes, dentro de los cuales se incluyen varios apartados relativos a la situación de los niños migrantes no acompañados, referentes a las condiciones en que son detenidos y el impacto del debido proceso en dichas detenciones.

Ambos informes emitidos por las relatorías de la CIDH se desarrollan más adelante, cuando se profundice en los aportes del sistema interamericano en el tema de los niños y niñas migrantes no acompañados o separados; para ello es necesario hacer referencia al organismo contencioso más importante del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al adoptarse la Convención Americana en 1969 se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) como órgano judicial encargado de velar que los Estados Parte de la Convención cumplan con las responsabilidades contraídas de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte está situada en San José, Costa Rica y se encuentra conformada por siete jueces nacionales de Estados miembros

¹¹² Ídem.

¹¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso” (2010).

de la OEA, elegidos por periodos de seis años con posibilidad de una reelección.

Su naturaleza jurídica es la de una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana, la cual junto con el Estatuto y el Reglamento de la Comisión establecen sus funciones y organización.

Al igual que la Comisión, la Corte posee una Secretaría, bajo la autoridad de un Secretario, quien ejerce sus funciones en conjunto con un Secretario Adjunto y demás personal designado por el mismo Secretario.

La Corte ejerce dos tipos de funciones, una jurisdiccional regida por lo dispuesto en los artículos 61, 62 y 63 de la Convención, y otra consultiva estipulada en el artículo 64. Por medio de la función jurisdiccional la Corte IDH determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al sistema interamericano. Asimismo, a través de esta vía, la Corte realiza la supervisión de cumplimiento de sentencias¹¹⁴.

Para que la Corte pueda realizar esta función debe tratarse de una denuncia contra un Estado parte de la Convención, que los procedimientos del derecho interno hayan sido agotados y que el procedimiento ante la Comisión haya concluido. Durante el proceso la Corte tiene la facultad de emitir medidas cautelares en caso de considerar que existan motivos que las justifiquen, al finalizar el proceso emite una sentencia en la que se establecen los derechos humanos violados, las reparaciones y costas procesales.

En cuanto a su función consultiva, la Corte está facultada a responder “*consultas que formulen los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma acerca de: i) la compatibilidad de las normas internas con la Convención y ii) la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos*”¹¹⁵. Así por ejemplo en los años 2001, 2003 y 2014 la Corte IDH emitió tres Opiniones Consultivas que tratan la situación de la niñez migrante en el

¹¹⁴ Corte I.D.H., “El ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El qué, cómo, dónde y por qué de la Corte Interamericana” (2013), pág. 10.

¹¹⁵ Ídem.

continente, en especial la del 2014 referente a los menores no acompañados y separados.

3. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (en adelante “IIN”) es un organismo especializado en materia de niñez y adolescencia, creado en 1924 e incorporado a la OEA en 1949.

Su objetivo principal es *“cooperar con los gobiernos de los Estados Miembros de la OEA para la promoción del desarrollo de actividades e instrumentos técnicos que contribuyan a la protección integral del niño, niña y adolescente, y al mejoramiento de la calidad de vida de ellos y de sus familias”*¹¹⁶.

Está integrado por la totalidad de los Estados Miembros de la OEA, a los cuales asisten en el *“desarrollo de políticas públicas, contribuyendo a su diseño e implementación en la perspectiva de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región. En este marco, el IIN destina especial atención a los requerimientos de los Estados Miembros del Sistema Interamericano y a las particularidades de los grupos regionales”*¹¹⁷. Además, se encarga de promover el estudio de temas y acciones relativas al tema de niñez y adolescencia en la región americana.

El IIN está compuesto por tres órganos principales, el Consejo Directivo, el Congreso Panamericano del niño, la niña y adolescentes, y la Secretaría del Instituto que está dirigida por el Director General. Además cuenta con una Secretaría que es el órgano permanente del Instituto.

En cuanto al tema de niños y niñas migrantes no acompañados y separados el IIN ha

¹¹⁶ Loreto Martínez Oyarce y Loreto Ditzel Lacoa, “Lineamientos para la implementación y gestión de políticas públicas de protección integral dirigidas a la primera infancia. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes” (2009), pág. 23.

¹¹⁷ Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, “Bienvenidos al IIN”: <http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml>

dirigido sus esfuerzos en los menores que transitan bajo esta situación *“dada la particular vulnerabilidad en la que se encuentran niños, niñas y adolescente, y la dificultad que se le presenta a los Estados para lograr que estos niños, en este contexto, puedan hacer pleno ejercicio de sus derechos. A través de su Consejo Directivo, el Instituto aspira a lograr un renovado compromiso de los Estados Miembros con el fin de superar los actuales obstáculos que se presentan en los procesos migratorios para los niños, niñas y adolescentes y sus familias”*¹¹⁸. De lo anterior, se observa que existe una importante consideración hacia los derechos fundamentales de la niñez migrante no acompañados y separados dentro de las actividades que desempeña el IIN y hay un esfuerzo por reducir los riesgos a los que se enfrentan estos menores.

Las normas, doctrina, jurisprudencia, órganos e instituciones analizados en este capítulo han contribuido en el desarrollo de estándares internacionales de protección de los derechos humanos en los de los niños migrantes no acompañados o separados que servirán referencia más adelante para poder analizar protección jurídica que ofrecen los ordenamientos jurídicos centroamericanos a estos menores.

¹¹⁸ Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, “Migración no acompañada de niñas, niños y adolescentes” (2011).

CAPÍTULO II: El fenómeno de la migración de personas menores de edad en Centroamérica.

Sección Primera. Contexto económico, social, político y cultural en que se desarrolla la migración de menores en la región centroamericana.

En la actualidad, Centroamérica se caracteriza por ser una región con altos flujos migratorios, porque sus Estados funcionan como países de tránsito, origen o destino. En un principio los países centroamericanos fueron los mayores receptores de migrantes del continente americano, así por ejemplo durante la época de la colonia estos países funcionaron como lugar de destino de migrantes africanos que eran traídos por los conquistadores para que les sirvieran de esclavos¹¹⁹. Otro momento en que América Central presenció una gran oleada de migrantes sucedió a principios del siglo XX con el auge de las compañías dedicadas a la exportación de frutas, construcción y minería, lo que produjo una alta demanda de mano de obra, dando como resultado que una gran cantidad de personas provenientes de África y Asia migrarán a la región¹²⁰. No obstante, en la época actual esta situación se ha invertido y en lugar de recibir un gran número de migrantes en su territorio, Centroamérica se convirtió en uno de los mayores emisores de migrantes del continente, así como una de las principales rutas de tránsito migratorio de personas provenientes de Sudamérica, Europa, Asia y África.

La mayor cantidad de migrantes centroamericanos proviene del llamado “Triángulo Norte”, compuesto por El Salvador, Honduras y Guatemala¹²¹, países que se caracterizan por tener los índices más altos de pobreza e inseguridad en la región. La principal zona de destino de estos migrantes es Norteamérica -especialmente Estados Unidos-; sin embargo, también hay una considerable cantidad de migrantes intrarregionales, pues, debido a las diferencias en los niveles de desarrollo entre cada

¹¹⁹ Alicia Bárcena, “América Latina y Europa: la migración internacional es oportunidad para la integración, el desarrollo y el fortalecimiento de los derechos humanos” (Biarritz: CEPAL, 2010), pág. 1, y Jorge Martínez Pizarro, “América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo” (Santiago: CEPAL, 2008), pág. 85.

¹²⁰ Miguel Villa, y Jorge Martínez P., “La Migración Internacional en América Latina y el Caribe: rasgos sociodemográficos y económicos” (Caracas: CEPAL, 2002), pág.5.

¹²¹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Prácticas relevantes de protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes sin compañía en el Triángulo Norte y México” (2016), pág. 11.

país, en unos las condiciones de vida son más favorables que en otros; los principales países de origen del área son los que componen el Triángulo Norte y Nicaragua, mientras que los de destino son Costa Rica, Panamá y Belice¹²².

En las últimas dos décadas, además de un aumento en el número de personas que transitan desde y hacia los países centroamericanos, ha incrementado la cantidad de niños y niñas que migran sin compañía o separados de sus progenitores. Esto ha resultado en la necesidad de que estos países refuercen y en su caso creen políticas de control migratorio orientadas a darle prioridad al interés superior de los niños y niñas migrantes; para ello, deben entender a su vez las razones que llevan a estos menores a abandonar sus países de origen.

Para poder entender las causas que motivan a los niños y niñas centroamericanos a migrar se debe empezar por comprender la situación económica, ambiental, política y de seguridad social de los países de la región. De acuerdo con la Corte Interamericana los principales motivos por los que estos menores deciden migrar son las siguientes: i) la búsqueda de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educativas; ii) con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; iii) por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; iv) por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; v) transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil, y vi) para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de

¹²² Miguel Villa, y Jorge Martínez P., “El mapa migratorio internacional de América Latina y el Caribe: patrones, perfiles, repercusiones e incertidumbres” (Santiago: CEPAL, 2002), págs. 5, 10 y 14, y Guillermo Acuña González, “Migración y trabajo infantil adolescente: una aproximación para la construcción de una agenda regional” (2006), págs. 17 a 19.

los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público¹²³.

Las desigualdades sociales y la extrema pobreza constituyen una parte considerable de los problemas que aquejan a los países centroamericanos, de acuerdo con la CIDH en *“materia de desigualdad, Centroamérica es, junto con América del Sur y África Subsahariana, una de las regiones con los niveles más altos en el mundo. Aunado a lo anterior, los niveles de pobreza en Centroamérica ascienden al 40.4 %; en lo que respecta a Honduras, el 60 % de la población vive bajo la línea de pobreza nacional; mientras que el porcentaje de población que vive en condiciones de pobreza en Guatemala, Nicaragua y El Salvador es de 51, 46.2 y 37.8 %, respectivamente”*¹²⁴. Debido a estos altos índices de pobreza los niños y niñas centroamericanos además de no poder satisfacer de manera plena sus necesidades básicas como una vivienda digna, salud, vestido y alimentación, deben afrontar otras problemáticas como analfabetismo y deserción escolar, acceso a servicios, separación de sus núcleos familiares pues muchas veces los padres deben migrar debido a los altos índices de desempleo, violencia e inseguridad social en general asociados a la proliferación de grupos dedicados al crimen organizado.

El aumento del crimen organizado y la inseguridad ciudadana están relacionados con las situación política de la región y las diversas guerras civiles que se desarrollaron en ella durante el siglo XX, tales como la desestabilización de la democracia guatemalteca tras el derrocamiento del gobierno de Arbenz, las actividades contrainsurgentes en Honduras y las luchas en contra del gobierno socialista sandinista en Nicaragua y contra los regímenes represivos en El Salvador. Como consecuencia de estos conflictos armados, muchas personas quedaron sin empleo y con un fácil acceso a armas, a raíz de lo cual se comenzaron a crear pandillas fuertemente armadas, que suelen dedicarse a *“la*

¹²³ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág.14, párr.35.

¹²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México” (2013), pág. 38. párr.74.

*extorsión, el asesinato, el tráfico de drogas, el robo de automóviles, la venta de armas ilegales, los secuestros y las guerras territoriales*¹²⁵.

Estas pandillas suelen amenazar a niños y niñas para que se integren a ellas, los persiguen, violan, golpean y asesinan. Estas situaciones suelen quedar en impunidad, pues los gobiernos han ido perdiendo el control sobre el actuar de los grupos de crimen organizado; esto ha dado como resultado que ejecuciones extrajudiciales de menores de edad sean cada vez más comunes¹²⁶.

Otro tipo de inseguridad, a la que se enfrentan los menores centroamericanos, es la violencia intrafamiliar. Muchas sociedades de la región aún suelen ser muy patriarcales y en ellas se considera que los niños y niñas tienen pocos derechos¹²⁷; por ello, frecuentemente suelen ser víctimas de abusos físicos y sexuales por parte de sus mismos familiares.

La pobreza también genera y es causada por desigualdades sociales. De un lado existen marcados desequilibrios en la distribución de la riqueza; la clase baja es la imperante en las sociedades de Centroamérica y por el otro existe una práctica sistemática de racismo y discriminación al brindarse oportunidades de empleo, educación y acceso a los servicios básicos. En Guatemala por ejemplo, los niños y niñas indígenas son las mayores víctimas de discriminación y exclusión social en el país, pues además de vivir en condiciones de pobreza extrema se les brinda menos oportunidades de acceso a la educación y eventualmente de empleo; se limita con ello su derecho a desarrollarse¹²⁸. Además de la discriminación étnica, muchos de los países centroamericanos se caracterizan por un contexto de violencia y discriminación de género generalizados, en

¹²⁵ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia “La crisis de los refugiados y migrantes. La infancia en peligro” (2016), pág. 4.

¹²⁶ Karen Musalo y Pablo Cariani Cernadas, “Niñez y Migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos” (2015), Págs. 9 y 10, y Rebeca García Bravo, “Maras en Centroamérica y México” (Madrid: Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2013), págs. 10, 50 y 51.

¹²⁷ Ídem, págs. 11, 12, 167 y 213.

¹²⁸ Ídem, págs. 14 y 15.

el que, además de ser susceptibles a abusos sexuales y feminicidios, las mujeres y niñas suelen recibir menos oportunidades de empleo y educación¹²⁹.

Factores como la pobreza, violencia, inseguridad y falta de oportunidades motivan a las personas a emigrar de sus países, con el fin de obtener una mejor calidad de vida. En la mayoría de los casos, debido a las dificultades y riesgos que implican la migración, los padres dejan a sus hijos en el país de origen, usualmente bajo el cuidado de familiares o amigos. El mayor problema que genera este tipo de situaciones es que en ocasiones los menores no suelen recibir las atenciones y cuidados necesarios por parte de las personas con las que se quedan; además, se convierten en un blanco fácil de las organizaciones de crimen organizado y son susceptibles a ser víctimas de maltratos físicos y abusos sexuales¹³⁰. En ocasiones, las familias logran obtener los recursos necesarios para que los menores se reencuentren con sus padres en el país de destino por lo cual migran con otros familiares o amigos e incluso sin compañía.

Con base en lo anterior, puede inferirse que la pobreza, la falta de oportunidades, el analfabetismo producto de la falta de acceso a la educación y la deserción escolar, el desempleo, el crimen organizado, la violencia intrafamiliar, la impunidad ante los diferentes hechos de violencia, la reunificación familiar, la explotación y tráfico infantil, las desigualdades sociales y la discriminación, junto con otros motivos como desastres naturales, corrupción y problemas de ingobernabilidad, entre otros, han causado un incremento de las migraciones en la región. Cada vez hay más niños y niñas que se ven en la necesidad de migrar, ya sea separados de sus progenitores o incluso sin compañía, con el fin de obtener una mejor calidad de vida y de los peligros a los que se exponen en sus países de origen, inclusive si el trayecto implica una serie de riesgos.

¹²⁹ Organización de las Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y Consecuencias” (2014), págs. 4, 12 y 15.

¹³⁰ Karen Musalo y Pablo Cariani Cernadas, “Niñez y Migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos” (2015), Págs. 10 y 12.

Sección Segunda. Riesgos a los que se enfrentan los niños migrantes en su trayecto.

La migración por sí misma es un fenómeno que implica diversos riesgos para las personas, especialmente para aquellas que transitan de manera irregular. En el caso los niños y niñas migrantes no acompañados o separados, dichos riesgos son aún mayores pues, debido a sus condiciones especiales de vulnerabilidad son más susceptibles a ser víctimas del crimen organizado o de injusticias en la aplicación de políticas migratorias por parte de los Estados.

Estos riesgos a los que se enfrentan los menores migrantes pueden derivar en afectaciones a sus vidas, supervivencia y desarrollo. Entre ellos podemos destacar el ser víctima de las redes de tráfico y trata de personas¹³¹; ambos delitos se encuentran tipificados en dos protocolos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a saber, el “*Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*”, y el “*Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*”.

El tráfico ilícito de personas se define como “*la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado (...) del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*”¹³². Por su parte, la trata de personas se entiende como “*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación (...)*”¹³³. En otras palabras, el tráfico de personas se produce cuando entre la víctima y el victimario se pacta el transporte de un punto de origen a uno de destino a cambio de una cantidad determinada de dinero y el contrato termina una

¹³¹ Consejo Nacional de Migración de Costa Rica, “Política migratoria integral de Costa Rica” (San José, 2013), pág.40.

¹³² Organización de Estados Americanos, “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire” (2003), art. 3.a

¹³³ Organización de Estados Americanos, “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños” (2003), art. 3.a

vez que se llega al lugar de destino, mientras que la trata de personas sucede sin el consentimiento de la víctima quien es sometida de manera coercitiva por el victimario y se encuentra en condiciones de mayor vulnerabilidad y riesgo.

De acuerdo con la CEPAL, si bien en la práctica resulta difícil realizar una distinción entre tráfico y trata, es muy importante realizar una diferenciación entre ambos delitos¹³⁴, pues el no hacerlo podría significar que a la persona se le nieguen ciertos derechos, ya que las víctimas de tráfico de personas suelen ser migrantes indocumentados y sobre ellos rigen -dependiendo el caso en concreto- reglas migratorias más restrictivas, mientras que las víctimas de trata suelen tener mayores garantías jurídicas y procesales por parte del derecho internacional¹³⁵.

En cuanto a la trata de personas existen diversas modalidades en que se puede llevar a cabo, tales como: la explotación sexual, la explotación laboral o trabajos forzados, la esclavitud o sus prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos. De acuerdo con la Corte Interamericana los niños y niñas migrantes no acompañados o separados son

“particularmente vulnerables a la trata infantil, a la explotación y los malos tratos. [Además,] reconoce que las niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de trata, en especial para la explotación sexual y laboral. Por esta razón, resulta esencial que los Estados adopten todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir la trata de personas, entre las que destacan todas aquellas medidas de investigación, protección para las víctimas y campañas de información y difusión”¹³⁶.

Debido al riesgo que corren los menores de ser víctimas de la trata de personas, los Estados están obligados a adoptar medidas en sus fronteras para controlar, prevenir, detectar y atacar este tipo de delito; para ello, requiere capacitar funcionarios sobre el tema, sobre todo en materia de trata infantil, para que puedan brindar a los menores una

¹³⁴ Organización de las Naciones Unidas, “Derechos Humanos y Trata de Personas en las Américas. Resumen y aspectos destacados de la Conferencia Hemisférica sobre Migración Internacional” (Santiago: CEPAL, 2003), págs. 28, 29 y 64.

¹³⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas” (2009), págs. 31, 32 y 77.

¹³⁶ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), párr.91.

atención integral y acorde a su interés superior. Entre estas medidas se pueden mencionar la necesidad de que *“se tome la declaración de la víctima con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen, tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello”*¹³⁷.

Además de la trata con motivos de explotación sexual, los niños y niñas migrantes pueden ser víctimas de abusos sexuales, los cuales se producen cuando se le impone al menor comportamientos de carácter sexual bajo un contexto de desigualdad e imposición de poder; dichos comportamientos pueden incluir *“contacto sexual, aunque también actividades sin contacto directo como el exhibicionismo, la exposición de niños o niñas a material pornográfico, el grooming o la utilización o manipulación de niños o niñas para la producción de material visual de contenido sexual”*¹³⁸. A diferencia de la trata sexual infantil, en estos casos los actos de contenido sexual no suelen ocurrir a cambio de una contraprestación monetaria sino por el mero placer del victimario o victimarios. No obstante se trata de delitos distintos, ambos pueden causar graves repercusiones en la víctima como graves problemas en su salud sexual y reproductiva (contracción de enfermedades de transmisión sexual o embarazos), traumas físicos y psicológicos, entre otros¹³⁹.

La explotación infantil, con fines laborales, suele ser otro fenómeno al que se enfrentan los niños y niñas migrantes durante su trayecto; para las organizaciones criminales, estos menores son un blanco fácil para someterlos a trabajar en condiciones que muchas veces ponen en riesgo sus vidas, salud e integridad personal; para ello suelen recurrir a engaños, amenazas o coacciones, de manera que para los niños resulta difícil negarse a realizar dichos trabajos¹⁴⁰. Así por ejemplo, muchos carteles del narcotráfico, aprovechándose de la vulnerabilidad de los menores que transitan sin compañía, los reclutan para realizar tareas dentro de las organizaciones, a cambio de dinero, para que

¹³⁷ Ídem, párr.92.

¹³⁸ Save the Children, “Violencia sexual contra los niños y las niñas. Abuso y explotación sexual infantil” (España, 2012) pág. 7.

¹³⁹ Guillermo Acuña González, “Migración de niños, niñas y adolescentes, derechos humanos y trabajo infantil. Los nuevos actores en la migración y su incorporación al mercado de trabajo en la región: algunos elementos para su análisis” (Costa Rica: Defensa de Niñas y Niños Internacional, 2010), pág. 36.

¹⁴⁰ Guillermo Acuña González, “Migración y trabajo infantil adolescente: una aproximación para la construcción de una agenda regional” (2006), pág. 32, y Organización Internacional del Trabajo, “Combatir la trata infantil con fines de explotación laboral” (Ginebra, 2009), pág. 19.

puedan continuar con su trayecto o bajo la promesa de llevarlos a su lugar de destino. Sin embargo, estas tareas muchas veces presuponen mayores riesgos para la vida e integridad de los menores y, en ocasiones, pueden ser forzados a permanecer en la organización criminal o ser víctimas de secuestros y maltratos¹⁴¹.

Además de los ya mencionados, los niños y niñas migrantes no acompañados y separados se pueden enfrentar a otros riesgos como extorsiones, robos, secuestros¹⁴², desapariciones, asesinatos y tráfico de órganos¹⁴³. Asimismo, estos menores pueden llegar a sufrir de hambre, si se enferman o están heridos no pueden recibir atención médica apropiada, muchas veces deben dormir a la intemperie y afrontar las inclemencias del clima, pueden ser víctimas de las autoridades estatales por medio de abusos de poder durante las detenciones, ataques físicos y verbales, intimidaciones, extorsiones, robo de su propiedad personal y documentos de viaje y otros¹⁴⁴.

En el caso de las detenciones y deportaciones de niños y niñas migrantes irregulares, en los últimos años, se ha generado una problemática respecto a las condiciones en que se llevan a cabo. A pesar de que la mayoría de las legislaciones nacionales, establecen reglas y procedimientos migratorios por seguir, muchos de ellos no son acordes a los estándares internacionales en materia de migración, niñez y derechos humanos; en otras ocasiones en que los procedimientos sí se ajustan a dichos estándares, se presentan casos en que las autoridades migratorias no los siguen de manera adecuada¹⁴⁵.

En el tema de las deportaciones se presentan casos en que los niños deben comparecer ante los tribunales, sin ningún tipo de representación letrada por lo que deben defenderse por sí mismos. En otras ocasiones ni siquiera conocen el idioma y no se les facilita un traductor, por lo que no entienden lo que les están diciendo y se encuentran en un estado de mayor indefensión. Hay otros casos en que los menores migran con el fin de encontrarse con sus padres; sin embargo las autoridades migratorias ni siquiera escuchan sus motivos. Esto interfiere con la reunificación familiar y por ende se viola el

¹⁴¹ Organización Internacional del Trabajo, "Combatir la trata infantil con fines de explotación laboral" (Ginebra, 2009), págs. 21 y 22.

¹⁴² Ídem, págs. 16 y 17.

¹⁴³ José Reyez, "Víctimas de abusos niños migrantes de Centroamérica" (México, 2017): <http://www.voltairenet.org/article196930.html>

¹⁴⁴ Catholic Relief Services, "Niñez migrante. Detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados" (2010), págs. 5 y 6.

¹⁴⁵ Ídem, págs. 6 y 13.

principio de la unidad familiar. Esto suele suceder también con las personas que pueden obtener la condición de refugiados; en estos casos se infringen todas las normas sobre refugiados y en especial el principio de no devolución¹⁴⁶. También suelen haber deportaciones que se llevan a cabo sin que se garanticen las condiciones de seguridad apropiadas y sin que se brinde a los menores las garantías mínimas conforme a sus derechos fundamentales.

Finalmente, con respecto a las detenciones de migrantes, la UNICEF ha indicado que si bien a lo largo de los años los diferentes Estados latinoamericanos han reafirmado su compromiso de no criminalizar el tema de la migración, muchas de las leyes vigentes en estos países aún contienen leyes punitivas hacia los migrantes y otras carecen de mandatos de protección especial para los menores migrantes. Al respecto UNICEF señaló que

“aunque en algunos países se han instrumentado grandes cambios para mejorar la protección legal de los menores migrantes, en la mayoría de los países de la región aún no hay leyes especiales, políticas o medidas alternativas para proteger a los niños que son detenidos por razones de irregularidad en su situación migratoria. Ya que, en la práctica, no existen medidas alternativas de protección, las autoridades de migración, aunque conozcan las normas internacionales, tienden a ver la detención como la única opción. Por consecuencia, los menores generalmente son tratados de la misma manera que los adultos, y permanecen detenidos junto a los adultos, lo que acentúa su vulnerabilidad frente a diferentes tipos de violencia y explotación”¹⁴⁷.

De lo anterior, puede concluirse que a pesar de existir una buena fe por parte de los Estados de la región por tutelar los derechos de los menores migrantes, en la realidad aún existen muchos esfuerzos por realizar, al respecto, pues muchas legislaciones aún carecen de normas y procedimientos que tutelen la protección de los niños y niñas que son detenidos por razón de su situación de irregularidad migratoria. Por ello, los menores suelen ser detenidos como que si fuesen criminales y en muchos casos ni siquiera son separados de los adultos. Esto, aunado al hecho de que en muchas ocasiones los

¹⁴⁶ Guillermo Acuña González, “Migración y trabajo infantil adolescente: una aproximación para la construcción de una agenda regional” (2006), pág. 23.

¹⁴⁷ CEPAL, “Infancia y migración internacional en América Latina y el Caribe”. Revista Desafíos: Número 11), págs. 8 y 9.

funcionarios estatales encargados, no cuentan con la capacitación adecuada en temas de niñez, provoca que el interés superior del niño sea pasado por alto y sus condiciones de vulnerabilidad aumenten. Por lo tanto, podría decirse que en muchas de las legislaciones aún existen vacíos legales en cuanto al tema de migración, en el tanto no son conformes a los estándares internacionales en la materia.

Sección Tercera. Principios rectores en materia de protección de los derechos de los niños y niñas migrantes.

La protección y garantía de los derechos de los niños y niñas migrantes requiere un ámbito de regulación especial enfocado en las necesidades y particularidades de estos menores, para ello *“es fundamental la utilización de principios rectores e interpretativos propios que atienden a lograr siempre el “interés superior” del niño y la niña, así como la utilización de desarrollos normativos e institucionales referidos a la protección internacional de los derechos de la niñez y la adolescencia”*¹⁴⁸.

En la presente sección se desarrollan los principios fundamentales en la protección de los derechos humanos de los menores migrantes, en especial aquellos que viajan sin compañía o separados de sus familias, así como la manera en que han sido abordados en los diversos instrumentos internacionales sobre el tema.

A. Interés Superior del Niño

El interés superior del niño se ha convertido en uno de los principios de mayor reconocimiento y alcance en los sistemas normativos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos de los niños y niñas. Así por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño incorpora se refiere a este principio sus artículos 3, 9.1, 9.3, 18, 20, 21, 37, y 40. El artículo 3 de la CDN señala que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una*

¹⁴⁸ Gonzalo Monge Núñez, y Víctor Rodríguez Rescia, “Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad. Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014).

consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

De acuerdo con el artículo anterior, el interés superior del niño “es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia”¹⁴⁹.

Asimismo, el interés superior del niño y la niña debe entenderse como “un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”¹⁵⁰.

En otras palabras se trata de “un principio compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio, los padres, la sociedad y el Estado. Los elementos que considera el principio del interés superior del niño son diversos, a saber, la dignidad del ser humano; las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño; la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades; y la consideración de que este principio es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños”¹⁵¹.

De lo anterior, puede inferirse que todas las cuestiones que involucren niños y niñas deben ser resueltas y analizadas a la luz del interés superior de ellos, de manera que en

¹⁴⁹ Miguel Cillero Bruñol, “Justicia y derechos del niño. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” (Santiago: UNICEF, 2007), pág.141.

¹⁵⁰ Jean Zermatten, “El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico” (2003), pág. 15.

¹⁵¹ Gonzalo Aguilar Cavallo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. (Chile: Universidad de Talca, 2008), págs. 245 y 246.

cada caso en concreto se deben considerar las particularidades del menor, tales como su edad y el grado de madurez, con el fin de asegurarles el mayor grado de bienestar y su pleno desarrollo. Lo que se pretende con este principio es reconocer a los menores de edad como sujetos de derechos y reafirmar las responsabilidades de la familia, la sociedad y los Estados de garantizar que los niños y niñas puedan ejercer sus derechos de la mejor manera posible y conforme a sus necesidades.

Sobre este tema, el Comité de los Derechos del Niño especificó en su Observación General N. 6 que *“la determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”*¹⁵².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la importancia del interés superior del niño tanto en su jurisprudencia como en sus opiniones consultivas. Así por ejemplo en el caso *Bulacio vs. Argentina* la Corte indicó que *“cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda ‘en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”*¹⁵³.

En lo que respecta a su competencia consultiva, la Corte señaló en la OC N.17, que *“el interés superior del niño debe ser entendido respecto del niño, niña o adolescente mismo, en cuanto sujeto de derecho, de tal manera que este niño pueda gozar de todos sus derechos y así, permitirle el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades”*¹⁵⁴. Esto puede ser logrado con base en medidas especiales de protección que tomen en consideración la dignidad humana, las particularidades de los niños y niñas, así como las características específicas de las condiciones en que se encuentren.

¹⁵² 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” (2005), pág. 9, párr. 20.

¹⁵³ Corte I.D.H., “Caso Bulacio Vs. Argentina” (2003), pág. 55, párr. 134.

¹⁵⁴ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 17: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” (2002) pág. 62, párr. 59.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado en su jurisprudencia que “el reconocimiento del interés superior de los menores de edad, implica que, dependiendo del caso concreto, el derecho de un menor prevalecerá frente a otros derechos, aunque estos sean legítimos, siendo que se trata de una cualidad jurídica integral que hace que el interés jurídico del menor tenga supremacía y preponderancia sobre los intereses de los demás. Esta supremacía, supone la existencia de un interés objetivo que se encuentra por encima de los intereses subjetivos de los demás involucrados, ya sean instituciones estatales, progenitores e incluso, los propios menores afectados”¹⁵⁵.

En el contexto de la migración, el interés superior del niño “*debe estar en el fundamento de la toma de decisiones concernientes a los niños, las niñas y los adolescentes, de manera que todos sus derechos sean garantizados independientemente de su nacionalidad o el estatus migratorio propio o el de sus padres*”¹⁵⁶.

Respecto a los niños y niñas migrantes, la Corte utilizó el interés superior del niño como uno de los criterios más importantes para fundamentar su Opinión Consultiva No. 21, en la cual se destacó que:

*“es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño. En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado”*¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto N. 12458 de las quince horas treinta y siete minutos del trece de setiembre de 2011.

¹⁵⁶ UNICEF, “La travesía. Migración e Infancia” (México, 2011), pág. 12.

¹⁵⁷ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág.26, párr. 70.

En lo concerniente a los niños y niñas que transitan sin compañía o separados, la Corte señaló en la OC 21 que debido a la vulnerabilidad de estos menores hay criterios que deben ser especialmente considerados en todo momento para asegurar su interés superior, tales como: i) el acceso a la comunicación y a la asistencia consular; ii) el nombramiento de un tutor especializado en atención a la infancia; iii) el contacto constante con un familiar, tutor o representante legal, y iv) que toda decisión judicial o administrativa que se tome en torno a estos menores evalúe su interés superior y que sea debidamente fundamentada.

Dicha Opinión Consultiva considera que la privación de libertad de los niños y niñas en materia de migración atenta con su interés superior y es una medida arbitraria, pues los Estados tienen la obligación de incluir en sus ordenamientos jurídicos medidas menos graves y que sean conformes al interés superior del menor.

Puede concluirse entonces, que el interés superior del menor se trata de un principio fundamental en la protección y garantía de los derechos fundamentales del niño y niña, ya que además de considerar sus condiciones de vulnerabilidad, sus características y necesidades particulares, también busca su pleno desarrollo y satisfacción. Aquellos menores que viajen sin compañía o separados de sus progenitores, al ser más propensos a sufrir cualquier tipo de riesgo durante su trayecto, deben recibir una atención especial por parte de los Estados.

B. Principio de no Devolución

En materia de refugiados el principio más relevante es el de no devolución -también conocido como el principio de *non refoulement*- por medio del cual se prohíbe a los Estados devolver al país de origen o a un tercer país a los migrantes refugiados y asilados en su territorio, pues al hacerlo los pondría en una situación de riesgo y vulnerabilidad, atentando contra muchos de sus derechos fundamentales.

Este principio está contemplado en diversos instrumentos normativos de carácter internacional entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos cuyo artículo

22 inciso 6 establece que *“el extranjero que se halle en el territorio de un Estado parte de la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”*¹⁵⁸ mientras que el inciso 8 del mismo artículo indica que *“en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”*¹⁵⁹. De acuerdo con estos incisos, ningún extranjero puede ser devuelto a otro país si ello implica un riesgo para su vida o libertad personal y la única excepción para expulsarlo del territorio en que se encuentra es que dicha expulsión sea justificada por ley.

La Declaración de Cartagena sobre Refugiados en sus conclusiones y recomendaciones considera fundamental reiterar *“la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de jus cogens”*¹⁶⁰. Por medio de esta Declaración se le otorga al principio de *non refoulement* el carácter de norma imperativa del derecho internacional, en especial en cuanto al tema de refugiados, norma que debe ser respetada por todos los Estados, sin excepción alguna, en procura de los derechos humanos de las personas refugiadas.

Este principio, también ha sido analizado desde la perspectiva de otros temas, por ejemplo como complemento de la prohibición contra la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Al respecto el Comité de Derechos Humanos de la ONU indicó en su Observación General N. 20 que a su juicio *“los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la*

¹⁵⁸ Organización de Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (1969), art. 22.6.

¹⁵⁹ Ídem, artículo 22.8.

¹⁶⁰ Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, “Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Conclusiones y Recomendaciones”, (Cartagena, 1984), pág. 3.

*devolución*¹⁶¹. Sobre este criterio el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes estatuye que *“ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”*¹⁶². De ambas referencias podemos concluir dos situaciones, por un lado los Estados no pueden expulsar a una persona si dicha expulsión implica exponerla a situaciones de riesgo en que pudiese sufrir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes y por otro, de llevar a cabo la expulsión. Los Estados deben asegurarse que se realice con respeto y armonía de los derechos humanos de la persona que va a ser expulsada y deben asegurarse que al regreso al otro país no vayan a ser sometidas a dichos tratos.

Todas estas normas y disposiciones sobre el principio de *non refoulement* han sido sustentados en las disposiciones del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. El inciso primero de este articulado expresa que:

*“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”*¹⁶³.

Sobre este inciso es importante hacer la salvedad que, si bien el texto solamente habla de refugiados, la protección que se pretende, aplica para todos los refugiados, hayan sido declarados oficialmente como tales o no; al momento de análisis, se incluye además a los solicitantes de asilo. Es debido a esta interpretación extensiva de los alcances de la norma que las personas *“no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones”*¹⁶⁴.

¹⁶¹ Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, “Observación General N. 20” (1992), párr. 9.

¹⁶² Organización de las Naciones Unidas, “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (1984), art.3

¹⁶³ Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados” (1951), art. 33. Ver: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto N. 21024 de las catorce horas y treinta minutos del veintiuno de diciembre del dos mil diez.

¹⁶⁴ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), págs. 80 y 81, párr. 210.

La Convención Americana, amplía el ámbito de protección del principio de no devolución a toda persona extranjera, al establecer en el inciso 8 de su artículo 22 la prohibición de expulsar o devolver a cualquier “extranjero” a otro país, en que su vida o libertad personal se encuentre en *“riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”*¹⁶⁵. Esta interpretación la aplicó la Corte IDH en el caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia* al respecto indicó que *“es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre”*¹⁶⁶. Vemos entonces que por medio de la Convención Americana la protección de este principio se amplía a todas las personas extranjeras y no solo a solicitantes de refugio y asilo, como dispuso en un principio la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Otros aspectos importantes por considerar en cuanto al artículo 33.1 es la obligación de los Estados de analizar cada caso en concreto y considerar las circunstancias particulares de cada persona al momento de otorgar o no la protección del principio de *non refoulement*. Además *“prohíbe la devolución a cualquier territorio donde el refugiado o solicitante de asilo corra riesgo, incluyendo un territorio donde el refugiado o solicitante de asilo quizá no corra peligro directamente pero sí sufre el riesgo de ser posteriormente expulsado a un territorio donde correría peligro”*¹⁶⁷.

El inciso 2 del artículo 33 establece que no puede ser beneficiario de este principio el refugiado que sea considerado *“por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”*¹⁶⁸. Vemos entonces que este principio no es absoluto pues aplican ciertas

¹⁶⁵ Organización de Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (1969), art. 22.8.

¹⁶⁶ Corte I.D.H., “Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia” (2013), párr. 135.

¹⁶⁷ Erika Feller Volker Türk, y Francés Nicholson, “Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional. Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional” (ACNUR, 2010), pág. 143.

¹⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas, “Convención Estatuto Refugiados” (1951), art. 33.2.

excepciones, sin embargo, dichas excepciones deben ser interpretadas restrictivamente y con base en las disposiciones del debido proceso y como último recurso. Además, estas excepciones no son aplicables en casos de tortura.

En cuanto a la protección del principio de no devolución, cuando se trate de niños migrantes, la UNICEF ha indicado que, con base en el párrafo 27 de la CDN los Estados están impedidos de trasladar *“al niño, la niña o el adolescente a un país donde haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable que los afecte, como por ejemplo, tortura, tratos degradantes y privación de libertad”*¹⁶⁹. Sobre este mismo punto el Comité sobre los Derechos del Niño señaló 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”*¹⁷⁰. Dichas violaciones deben ser analizadas tomando en cuenta la edad y el género de los menores involucrados.

El artículo 22 de la CDN indica que *“los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”*¹⁷¹. Al respecto el Comité de los Derechos del Niño determinó que *“si no se cumplieran los requisitos para obtener la condición de refugiado al amparo de la Convención de 1951, los menores separados o no acompañados disfrutarán de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección [, incluyendo] la obligación [estatal] de*

¹⁶⁹ UNICEF, “La travesía. Migración e Infancia” (México, 2011), pág. 13.

¹⁷⁰ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), págs. 88 y 89, párr. 231.

¹⁷¹ Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre los Derechos del Niño”, (1989), art. 22.

*atender las necesidades específicas de protección del menor no acompañado y separado de su familia*¹⁷².

En su Opinión Consultiva N. 21 la Corte Interamericana indicó que en el caso de los niños y niñas migrantes *“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”*¹⁷³.

Con base en el principio de no devolución, los menores migrantes no pueden ser devueltos a su país de origen o a un tercer país bajo ninguna circunstancia, si dicha devolución implicase un peligro para su vida y su seguridad. Además, en todos los casos debe realizarse un estudio de la situación de cada menor y la única manera en que se justificaría que sea devuelto a su lugar de origen es si dicha devolución es conforme al interés superior del niño o la niña y a las disposiciones establecidas por ley.

C. Igualdad y no Discriminación

Centroamérica es una región marcada por desigualdades sociales, culturales y especialmente económicas. Estas desigualdades se manifiestan muchas veces a través de prácticas discriminatorias tanto a nivel estatal como social, las cuales perjudican principalmente a quienes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, como por ejemplo los afrodescendientes, los pueblos indígenas, los niños y niñas, las mujeres y las personas migrantes.

Con el fin de alcanzar sociedades más equitativas, la comunidad internacional le ha brindado especial atención al principio de igualdad y a su correlativo deber de no discriminación, y si bien en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es

¹⁷² 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” (2005), pág. 20, párr. 77.

¹⁷³ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 92, párr. 242.

posible encontrar una definición única sobre estos conceptos, es posible encontrarlos desarrollados en las diversas fuentes del derecho internacional.

Entre las fuentes más importantes podemos mencionar el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual menciona que *“toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*¹⁷⁴.

La Declaración Americana en su artículo II establece la igualdad ante la ley de todas las personas, a las cuales les otorga los mismos derechos y deberes *“sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”*¹⁷⁵. Mientras que el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos además de reafirmar la igualdad ante la ley, agrega el criterio de no discriminación al indicar que *“la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*¹⁷⁶ vemos también que el Pacto amplía los supuestos por los cuales no se puede ejercer discriminación alguna. Criterio similar se expone en la Convención Americana al señalar en su artículo 24 que *“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*¹⁷⁷.

La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados Partes a no ejercer distinción alguna *“independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”*¹⁷⁸. Asimismo establece la

¹⁷⁴ Organización de las Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derechos Humanos” (1948), art.2.

¹⁷⁵ Organización de Estados Americanos, “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (1948), art. II.

¹⁷⁶ Organización de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (1966), art. 26.

¹⁷⁷ Organización de Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (1969), art. 24.

¹⁷⁸ Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre los Derechos del Niño”, (1989), art.2.1.

responsabilidad de los Estados de tomar las medidas necesarias para proteger a los niños contra toda forma de discriminación *“por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”*¹⁷⁹.

En la OC N. 18 la Corte Interamericana desarrolló ampliamente el tema de la discriminación y determinó que *“no son admisibles los tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”*¹⁸⁰.

El hecho de que el principio de igualdad y la no discriminación ante la ley se encuentre contemplado en diversos instrumentos normativos internacionales evidencia que en la actualidad existe un gran interés por parte de la comunidad internacional de proteger y garantizar los derechos humanos en igualdad de condiciones.

Igualdad y no discriminación son dos nociones que no pueden ser desligadas una de la otra, sin embargo, se trata de términos diferentes. Por igualdad la Corte IDH ha considerado que este concepto *“se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad”*¹⁸¹.

Sobre el principio de igualdad la jurisprudencia constitucional costarricense ha establecido que este principio *“no pretende ser de carácter absoluto, pues no concede propiamente un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias o condiciones, por el contrario, éste exige que no se hagan diferencias entre dos o más individuos o grupos de éstos, que estén en condiciones ya sea idénticas*

¹⁷⁹ Ídem, art. 2.2.

¹⁸⁰ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 18: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (2003), párr. 101.

¹⁸¹ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N.17: Condición jurídica y derechos humanos del niño” (2002), pág. 58, párr. 45.

*o en una misma situación jurídica, por lo que no puede pretenderse un trato igual, cuando las condiciones o circunstancias son desiguales*¹⁸².

En cuanto a la definición del término discriminación el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas indicó que se trata de *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*¹⁸³. La Corte IDH ha manifestado que *“se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”*¹⁸⁴.

El principio de igualdad y el deber de no discriminación implican responsabilidades para los Estados, dentro de ellas la de adaptar sus ordenamientos internos de manera que ninguna ley cause efectos discriminatorios. Correlativo a esta obligación está el deber de no incluir en sus ordenamientos normas de carácter discriminatorio. El incumplimiento de algún Estado de esta obligación implicaría responsabilidad internacional.

Resulta importante aclarar que existen normas que requieren otorgar tratos diferenciados a los individuos, dependiendo de sus situaciones particulares. Al respecto la Corte IDH ha indicado que *“pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser reclusos conjuntamente con las personas mayores de edad que se*

¹⁸² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto 07681 de las once horas y dos minutos del veintitrés de mayo de dos mil diecisiete.

¹⁸³ Organización de las Naciones Unidas, “Observación General 18: No discriminación” (1989), párr. 7.

¹⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva N. 18: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (2003), párr.84.

*encuentran también detenidas*¹⁸⁵.

También ha señalado que,

*“no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”*¹⁸⁶.

La Sala Constitucional de Costa Rica ha indicado que *“la exigencia de igualdad no legitima cualquier desigualdad para autorizar un trato diferenciado, para determinar si realmente se justifica una discriminación, hay que analizar si el motivo que la produce es razonable, es decir, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso se justifica un tratamiento diverso”. Dicha igualdad, será violada cuando la desigualdad está privada de una justificación objetiva y razonable. Por lo cual, necesariamente debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. El principio de igualdad, en conjunto con el derecho a la seguridad social y demás derechos fundamentales, pretende satisfacerse únicamente con la participación de todos. Lo que se trata es que el bien jurídico tutelado se satisfaga mediante una responsabilidad compartida entre el individuo y la sociedad”*.¹⁸⁷

Sobre la aplicación de este principio a cuestiones que involucren a las personas migrantes, la Corte ha indicado que,

“los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en

¹⁸⁵ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 18: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (2003), pág. 105, párr.89.

¹⁸⁶ Ídem, pág. 106, párr. 91.

¹⁸⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto 07681 de las once horas y dos minutos del veintitrés de mayo de dos mil diecisiete.

perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”¹⁸⁸.

En el caso de los niños y niñas, debido a su condición de vulnerabilidad en el contexto de las migraciones, existe una obligación de los Estados de adecuar sus ordenamientos jurídicos internos, de manera que se evite la existencia de prácticas discriminatorias y para que los menores migrantes puedan disfrutar y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones. Un ejemplo de ello lo encontramos en el ámbito de la educación, pues todos los niños y niñas deben tener acceso a la educación en igualdad de condiciones. Para ello los Estados deben crear sistemas educativos que consideren las particularidades y necesidades de la población infantil, entre ellos la educación primaria gratuita y obligatoria y la enseñanza superior accesible para todos¹⁸⁹. Así lo señaló la Corte en el caso de las niñas Yean y Bosico al decir que *“el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”¹⁹⁰.*

Con respecto a este principio, puede concluirse que los Estados están en la obligación de evitar cualquier tipo de prácticas discriminatorias y que por el contrario deben adecuar sus ordenamientos jurídicos de manera que se garantice a todos sus habitantes igualdad de condiciones de acuerdo con sus características y necesidades particulares, en especial cuando se trate de niños y niñas migrantes que viajan sin compañía o separados de sus familias; deben considerarse sus condiciones de vulnerabilidad y brindarles una

¹⁸⁸ Ídem, pág. 133, párr. 119.

¹⁸⁹ Miguel Cillero Bruñol, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios” (Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, N. 234): <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>

¹⁹⁰ Corte I.D.H., “Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana” (2005), págs. 70 y 71, párr. 185.

protección especial.

D. Debido Proceso

El debido proceso es un principio complejo que además de su concepción general implica una serie de derechos que deben ser garantizados a fin de lograr los objetivos de este principio.

El debido proceso se encuentra regulado en los artículos XVII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre las garantías judiciales y la retroactividad de la ley; de acuerdo con la Corte Interamericana, la Convención contiene otras disposiciones referidas a las garantías del debido proceso, tales como los artículos 4, 5, 7, 9, 19, 25 y 27. En términos de procesos migratorios de niños y niñas las garantías aplicables más importantes son los artículos VII de la Declaración Americana, 19 de la Convención Americana y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a la definición del principio del debido proceso podemos indicar *que “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acción del Estado que pueda afectarlos”*¹⁹¹. Al respecto la Comisión Interamericana ha indicado que es *“un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”*.¹⁹²

La Corte Interamericana ha señalado que *“el derecho al debido proceso se refiere al*

¹⁹¹ UNICEF, “La travesía. Migración e Infancia” (México, 2011), pág. 15.

¹⁹² Corte I.D.H., “Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá” (2003), pág. 92, párr. 127.

*conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos*¹⁹³. Asimismo, ha indicado que *“cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*¹⁹⁴.

El debido proceso legal debe ser garantizado en cualquier momento, independientemente de la persona que se trate, su edad o su estatus migratorio, sobre esto la Corte IDH determinó en la Opinión Consultiva 18 que *“el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación*¹⁹⁵ además afirmó que *“el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo racione materiae sino también racione personae sin discriminación alguna*¹⁹⁶.

En el caso de las migraciones, hay una vulneración al derechos a las garantías y a la protección judicial cuando *“una persona corre el riesgo de ser deportada, expulsada o privada de su libertad por acudir a instancias administrativas o judiciales y cuando se le niega la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer sus derechos en juicio*¹⁹⁷.

Las disposiciones del debido proceso aplican tanto en los procesos ante órganos jurisdiccionales como ante órganos administrativos. Además, en el ámbito judicial aparte de los procesos penales es aplicable a otras materias como familia, civil, laboral, o fiscal. De manera que, en situaciones en que corran riesgos personas migrantes el Estado debe tomar en cuenta en todo momento las garantías mínimas del debido proceso.

¹⁹³ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 43, párr. 109.

¹⁹⁴ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 18: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (2003), pág. 115, párr. 123.

¹⁹⁵ Ídem, pág. 114, párr. 121.

¹⁹⁶ Ídem, pág. 115, párr. 122.

¹⁹⁷ Ídem, pág. 115, párr. 126.

Los Estados tienen la obligación de garantizar a toda persona migrante, inclusive a los que se encuentran en condiciones migratorias irregulares, la posibilidad de hacer valer sus derechos e intereses en igualdad de condiciones procesales. Sin embargo, en el caso de los niños y niñas, se requiere de una protección y garantía especiales y diferenciadas en ciertos aspectos a las que se brinda a los adultos, para lo cual se necesita la creación de mecanismos especializados que tomen en cuenta las condiciones de vulnerabilidad de los menores migrantes, su interés superior y que estén orientados a garantizar un acceso igualitario a la justicia y a las garantías del debido proceso.

Sobre esta protección especial que deben garantizar los Estados a los niños y niñas, la Convención sobre los Derechos del Niño, considera como una prioridad *“que los conflictos en los que haya niños involucrados se resuelvan, siempre que ello sea posible, sin acudir a la vía penal; en caso de recurrir a ésta, siempre se les deben reconocer las mismas garantías de que gozan los adultos, así como aquellas específicas propias de su condición de niños”*¹⁹⁸.

Para asegurar el cumplimiento efectivo del debido proceso, existen una serie de derechos¹⁹⁹ que deben ser garantizados en todo momento. En el caso de los menores migrantes, la aplicación de dichos derechos debe llevarse a cabo de conformidad con el principio del interés superior del menor y considerando sus condiciones particulares. Entre los principales derechos se encuentran los siguientes:

1. *Juez natural*

Este derecho implica que el órgano jurisdiccional que se encargue de resolver el caso, debe ser *“competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades*

¹⁹⁸ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N.17: Condición jurídica y derechos humanos del niño” (2002), pág. 12.

¹⁹⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Voto N. 15-90 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa.

*discrecionales*²⁰⁰. Tratándose de niñas y niños migrantes, estos órganos deben estar especializados en la materia, de manera que puedan identificar sus características y necesidades especiales de manera que puedan brindarles una protección efectiva.

2. Doble instancia y recurso efectivo

Los Estados tienen la obligación de establecer en sus ordenamientos jurídicos internos, mecanismos por medio de los cuales un tribunal superior pueda revisar las actuaciones del inferior. En el caso de los niños y niñas, este derecho debe garantizarse especialmente cuando exista una decisión judicial o administrativa que aplique medidas privativas de libertad²⁰¹. Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño señala que “si se considerare que [el niño] ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley [...]”²⁰². Con base en lo anterior, podría afirmarse que la privación de libertad de un menor migrante debe ser una medida excepcionalísima y por lo tanto, es necesario que toda medida de este tipo sea revisada por un tribunal superior con el fin de asegurar que en verdad es necesaria y que no atenta contra los derechos fundamentales del menor.

En cuanto al recurso efectivo el artículo 25 de la Convención Americana indica que *“toda persona debe tener acceso a un recurso rápido y sencillo. En este marco se sitúan el amparo y el hábeas corpus, que no pueden ser suspendidos ni siquiera en la situación de excepción”*²⁰³. Debido a su edad y grado de madurez es probable que a los niños y niñas migrantes se les dificulte el entendimiento de los procedimientos judiciales y administrativos; por ello es importante que los recursos que puedan presentar sean lo más sencillos, de manera que su situación se pueda solucionar lo más pronto posible.

²⁰⁰ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N.17: Condición jurídica y derechos humanos del niño” (2002), pág. 81, párr. 120.

²⁰¹ Ídem, pág. 24.

²⁰² Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre los Derechos del Niño”, (1989), art. 40.b.v.

²⁰³ Organización de Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (1969), art. 25.

3. Principio de presunción de inocencia

Por medio de este principio no se pretende afirmar que el imputado sea inocente, sino que lo que busca es que no sea considerado culpable hasta que exista una resolución final que ponga fin al procedimiento.

La presunción de inocencia admite prueba en contrario por lo que *“un juez no puede condenar cuando la culpabilidad no ha sido verificada más allá de toda duda razonable; esto es, “cuando los órganos de persecución penal no han podido destruir la situación de inocencia, construida de antemano por la ley”*²⁰⁴. Por lo tanto, si no existen pruebas fehacientes de que la persona es responsable judicialmente o si la prueba que existe es insuficiente o incompleta, no se le puede condenar.

El artículo 8.2.g de la Convención Americana indica que *“toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad (...)”*²⁰⁵. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

- a. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:
- b. Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (...)”²⁰⁶.

De conformidad con este principio, toda persona debe ser considerada inocente hasta que se lleve a cabo un proceso donde se pueda demostrar lo contrario. Por lo tanto

²⁰⁴ Julio B. J. Maier, “Derecho Procesal Penal. Fundamentos”, (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004), pág. 493.

²⁰⁵ Organización de Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (1969), art. 8.2.g.

²⁰⁶ Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre los Derechos del Niño”, (1989), art. 40.2.b.i.

tratándose de menores migrantes, los agentes estatales no deben llevar a cabo acciones en su contra, valiéndose de su condición migratoria irregular, pues primero es necesario determinar las condiciones particulares de la niña o niño y así poder tomar la decisión que mejor le convenga y que sea acorde con su interés superior.

4. Principio de contradictorio y representación legal

Las partes en el proceso tienen en igualdad de condiciones el derecho de hacerse oír y de presentar las pruebas pertinentes para defender sus derechos e intereses, así como de conocer las pruebas presentadas por la parte contraria²⁰⁷. A esto se le conoce como el principio contradictorio o de contradicción, el cual además implica *“reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario”*²⁰⁸.

En el caso de los menores de edad, se les debe brindar la oportunidad de intervenir por sí mismos o por medio de un representante legal en las distintas etapas procesales, como en la *“la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros”*²⁰⁹.

Para un ejercicio más efectivo de este derecho, también es importante que a los menores migrantes se les garantice el derecho a contar con un representante legal y a

²⁰⁷ Giammpol Taboada Pilco, “El principio de contradictorio”, Instituto de Ciencia Procesal Penal. Consultado el 25 de enero de 2017:

<http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/principiocontradictoriotaboada.pdf>

²⁰⁸ José Cafferata Nores, “Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas”, (Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación, 1998), pág. 57.

²⁰⁹ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N.17: Condición jurídica y derechos humanos del niño” (2002), págs. 73 y 74, párr. 132.

comunicarse libremente con él. De acuerdo con la Corte IDH “este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante, 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”²¹⁰.

De lo anterior, puede concluirse que los menores migrantes tienen derecho a intervenir en el proceso con el fin de dar a conocer su situación y puntos de vista respecto al asunto que se esté resolviendo, para ello es importante que cuenten con un representante legal especializado en los temas de niñez y migración que les asista.

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

Como corolario al derecho a la defensa, existe el derecho de las personas de ser notificadas cuando exista un proceso en su contra, de igual forma es importante la notificación de las decisiones que dicten, pues de esa manera la persona puede recurrir a la decisión si así lo deseara. Al respecto, al Corte señaló que *“para garantizar efectivamente el derecho a recurrir eventualmente una decisión desfavorable, las decisiones acerca del ingreso, permanencia o expulsión, deberán ser debidamente notificadas, lo que también refuerza el derecho a que la resolución sea debidamente motivada”*²¹¹.

En el caso de los niños y niñas migrantes, las notificaciones deben hacerse por medio de personal capacitado y conforme a sus capacidades cognitivas, de manera que el menor sea capaz de comprender lo que sucede, ya sea en instancia judicial o administrativa y que pueda expresar su opinión al respecto.

²¹⁰ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 49, párr. 131.

²¹¹ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 46, párr. 119.

6. *Derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales*

Cuando exista un proceso judicial o administrativo relacionado con un menor de edad, el mismo tiene derecho a participar en todas las etapas procesales y a ser oído por la autoridad competente. Además, es importante que en todo momento se respeten las garantías procesales y el interés superior del menor.

Las capacidades cognitivas de los niños y niñas son diferentes lo cual es fundamental que *“los Estados tomen las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”*²¹².

El derecho a ser escuchado requiere de mayor atención en el caso de los menores migrantes que viajan sin compañía, pues no cuentan con una persona que vele directamente por sus derechos. Es por ello que, cuando un menor vaya a rendir una declaración *“los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado, de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado”*²¹³.

De acuerdo con estos derechos, además de ser escuchados y poder participar durante todos los momentos procesales, se debe garantizar que el ambiente en que se desarrolle el proceso sea adecuado a las necesidades del menor y conforme a su interés superior.

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

²¹² Comité de los Derechos del Niño, “Observación General N. 12: El derecho del niño a ser escuchado”, párr. 21.

²¹³ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 47, párr.123

Para poder garantizar el derecho a ser oído del acápite anterior, es fundamental que si el menor hablase un idioma distinto al del órgano decisor, el Estado le provea un traductor o un intérprete. De acuerdo con la Corte Interamericana “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 primordial²¹⁴”. De no contar con este derecho, no podría ser posible la participación del menor durante el proceso y se atentaría contra las garantías procesales a las que tiene derecho.

8. Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular.

Una de las tareas más relevantes de los funcionarios consulares es brindar asistencia a los nacionales del Estado que representa para defender sus derechos en caso de que se abra un procedimiento penal o administrativo en su contra, de acuerdo con la Corte IDH esta asistencia debe ejercerse de manera eficaz y sin dilación.

Este derecho cobra mayor relevancia cuando la asistencia consular debe ser brindada a niños y niñas migrantes, en especial a los que viajan sin compañía o separados de sus familias, especialmente *“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”*²¹⁵. Asimismo, el cónsul debe asegurarse de nombrar un tutor adecuado para estos menores, que se encargue de velar por sus derechos e intereses.

9. Deber de designar a un tutor en caso de niñas y niños no acompañados o

²¹⁴ Ídem, párr. 124.

²¹⁵ Ídem, pág. 46, párr. 121.

separados.

Como se mencionó anteriormente, en el caso de los niños y niñas que migran sin compañía o separados de sus familias es necesario que se les nombre un tutor encargado de velar y asegurar su interés superior. De acuerdo con la Corte Interamericana, el mandato del tutor durará hasta que el menor alcance la mayoría de edad, cuando desaparezca la causa por la que fue nombrado o bien porque el menor haya abandonado permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado²¹⁶.

De igual manera, el tutor debe estar capacitado en materia de niñez, pues se debe asegurar que se satisfagan todas las necesidades fundamentales del menor²¹⁷. En el caso de los menores separados lo ideal es que se nombre como tutor a algún familiar adulto y que demuestre idoneidad para procurar el bienestar del niño o niña, mientras que con los menores no acompañados el principal requisito es que el tutor que se nombre no tenga intereses que puedan entrar en conflicto con los del menor²¹⁸.

Este derecho es importante pues no se podrá iniciar ningún proceso ya sea administrativo o judicial si el menor no cuenta con un tutor nombrado adecuadamente, ya que es necesario que la niña o el niño cuente con una persona que vele por sus intereses.

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

El principio del interés superior del menor desempeña un papel fundamental en la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas pues, exige que cualquier decisión que se tome en torno a un menor debe de llevarse a cabo tomando en cuenta sus particularidades y necesidades especiales. Es por ello que en todo proceso es esencial que las decisiones que se adopten deben estar debidamente fundamentadas con los hechos, motivos y normas sobre los que se basó el órgano decisor para tomar

²¹⁶ Ídem, pág. 49, párr. 133.

²¹⁷ Ídem, párr. 134.

²¹⁸ Ídem, págs. 49 y 50, párr. 135.

su resolución, pues de lo contrario las decisiones serían tomadas de manera indiscriminada y arbitrariamente²¹⁹. Especialmente en los casos en que se vean involucrados niños y niñas, la resolución debe detallar la manera en que se consideró el interés superior del menor y la manera en que se tuvieron en cuenta las opiniones del niño o niña.

E. Principio de Separación y Derecho a la Unidad Familiar

Por principio de separación se entiende la obligación que tienen los Estados de asegurarse que los menores de edad sean separados de los adultos durante las distintas etapas procesales y -de así determinarse- durante el tiempo que deban permanecer detenidos o confinados en centros penales o en albergues, pues de no hacerlo los menores migrantes estarían expuestos a abusos por parte de los adultos²²⁰. Por medio de la separación de los niños y niñas de los adultos, se busca asegurar su integridad y seguridad personales durante todo el tiempo que tarde en resolverse su situación migratoria.

En cuanto al derecho a la unidad familiar es importante destacar que la familia representa el primer y más importantes medio de protección de los derechos e intereses de los niños y niñas, pues es en ella que *“se sientan las bases para su pleno desarrollo emocional, físico, cognitivo y social; por ello, el Estado debe protegerla”*²²¹. Al respecto la Sala Constitucional de Costa Rica ha indicado que los Estados tienen la obligación de

“prestar particular protección a los derechos de los niños y las niñas; desde instrumentos declarativos como la misma Declaración Universal, y especialmente a partir de la aprobación y vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se ha dado un impulso determinante en la protección de este grupo especial, procurando que en todo momento se brinde la adecuada asistencia y respeto de los derechos a él

²¹⁹ Ídem, pág. 150, párrs. 137 a 139.

²²⁰ Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre los Derechos del Niño”, (1989), art. 37.c, y Organización de Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (1969), art. 5.5.

²²¹ UNICEF, “La travesía. Migración e Infancia” (México, 2011), pág. 13.

*reconocidos, dentro de los que sobresalen [...] , la promoción de las condiciones necesarias para la convivencia familiar, así como el derecho de los niños a permanecer junto a sus padres*²²².

Es por ello que los Estados deben procurar en todo momento que los menores permanezcan con sus padres, a menos que esa permanencia no sea conforme a su interés superior. Así por ejemplo, en el caso de los niños y niñas migrantes el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que se debe disponer *“lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado del de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior [de la niña o] del niño*”²²³.

Es decir, que en aquellos casos en que los menores se encuentran con sus familias lo preferible es que se mantengan con ellos con el fin de mantener la unidad familiar, siempre y cuando ello no implique un riesgo para el interés superior del menor, por ejemplo en aquellos 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*”²²⁴.

Dada la importancia de la unidad familiar, los Estados deben procurar que cualquier decisión que tomen respecto a los menores migrantes y sus familias sea con apego a este principio y al interés superior del niño, y por tanto evitar hechos que impliquen la separación familiar. Al respecto, La Corte IDH ha indicado que *“cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”*. Específicamente, ha entendido que la niña o *“el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia*”²²⁵.

Si el Estado determina que es necesario la separación del niño o niña de su familia, debe

²²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto N. 15461 de las quince horas y siete minutos del quince de octubre del dos mil ocho.

²²³ 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” (2005), pág. 17, párr. 63.

²²⁴ Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre los Derechos del Niño”, (1989), art. 9.1.

²²⁵ Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 17: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” (2002), párr. 73.

tratarse de una medida excepcional y en la medida de lo posible temporal, además de que tiene que estar justificada en el interés superior del menor. Ejemplo de ello es cuando hay un procedimiento de expulsión de uno o ambos padres, pues el principio de unidad familiar entra en conflicto con las políticas migratorias de los Estados; en estos casos se debe analizar si la ley contempla la medida de expulsión para el caso en particular y si cumple con los requisitos de: i) idoneidad; ii) necesidad, y iii) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática²²⁶, de otra manera deberán considerar medidas alternativas a la expulsión y que sean más acordes con las reglas migratorias y a la unidad familiar.

Según la Corte, debido al conflicto de intereses entre la expulsión de uno o ambos progenitores y el interés superior del niño, resulta necesario hacer una ponderación entre la protección de la unidad de la familia y los intereses estatales en materia de migración, con el fin de determinar si la medida de expulsión no implique consecuencias en la vida familiar del menor y en su interés superior. Para ello el Estado debe estudiar las particularidades de cada familia en particular, entre ellas:

“(a) la historia inmigratoria, 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 nacionalidad, 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”²²⁷.

Por ende, las consideraciones del caso en concreto y la ponderación de intereses, es fundamental al momento de decidir sobre la expulsión de uno o ambos progenitores.

En la Opinión Consultiva N. 21 la Corte señala que la unidad familiar en virtud del interés superior del niño no justifica la privación de libertad de un niño o niña junto con sus

²²⁶ Corte I.D.H., Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 104, párr. 275.

²²⁷ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 105, párr. 279.

padres, pues ello implicaría riesgos físicos y emocionales para el menor. En estos casos, lo ideal es que el Estado debe buscar medidas alternativas a la detención de la familia y que atiendan las necesidades de los menores, para lograrlo los Estados deben *“diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia”*²²⁸.

El hecho de que un niño o niña viaje sin compañía o separado de su familia, no es justificación para recurrir a la privación de libertad del menor como medida para cumplir con los fines del debido proceso, por el contrario además de brindarle cuidados especiales y albergarlos en sitios especiales, el Estado debe procurar su reunificación con los padres con el fin de asegurar la unidad familiar y su interés superior.

²²⁸ Ídem, pág. 58 párr. 158.

CAPÍTULO III: Protección nacional de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes en Centroamérica

Sección Primera. Obligaciones de los Estados en cuanto a la protección y garantía de los derechos de los niños y niñas migrantes

El tema de la responsabilidad Estatal es importante para comprender el funcionamiento, naturaleza y limitaciones de los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos. En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los Estados Miembros de la OEA tienen la facultad de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al hacerlo *“se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*²²⁹.

A lo largo de su historia la Corte Interamericana ha recurrido al artículo 1.1 artículo de la Convención Americana para determinar si la violación de los derechos humanos contemplados en la misma puede ser atribuible a un Estado, para ello la Corte ha recurrido a dos obligaciones derivadas de dicho artículo: la obligación de respetar y la obligación de garantizar los derechos humanos derivados de la Convención Americana.

La obligación de respeto de los derechos humanos implica que los Estados y sus agentes deben cumplir con lo estipulado en las normas internas e internacionales, ya sea realizando algún tipo de acción o absteniéndose de actuar de determinada manera. En otras palabras, el *“incumplimiento de una obligación internacional, por acción u omisión del Estado genera la responsabilidad de éste, la que se traduce en la obligación de reparar íntegramente todo perjuicio, tanto material como moral, que el haya causado”*²³⁰.

²²⁹ Organización de Estados Americanos, “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (1969), Art. 1.1.

²³⁰ Cecilia Medina Quiroga, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004),

Esta obligación de respeto es imperativa a todos los Estados y no da cabida al principio de reciprocidad, en el tanto los Estados se obligan individualmente a respetar lo establecido en los tratados internacionales que ratifican, independientemente de que otro Estado Parte cumpla con sus obligaciones o no en el ejercicio de su jurisdicción. Es decir, que las obligaciones contraídas por un Estado a través de los instrumentos internacionales no deben ser asumidas respecto a los otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

La obligación de garantía derivada de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana implica que los Estados Parte se comprometen a adecuar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, con el fin de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en ella. Esto significa *“por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por el otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”*²³¹. Por lo tanto, la garantía de los derechos humanos no requiere solamente la existencia de una legislación destinada a hacer cumplir esta obligación, sino que además, implica que los Estados deben procurar todos los medios para que en la práctica no existan obstáculos al libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Como consecuencia de la obligación de garantía los Estados deben *“prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”*²³². A raíz de ello, la Corte Interamericana ha señalado en su jurisprudencia

párr. 34.

²³¹ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 105, párr. 65.

²³² Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Carlos María Pelayo Möller, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana” (Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012), pág. 154.

que de la obligación general de garantía se derivan otras obligaciones específicas, tales como:

1. La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos.
2. El deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos.
3. Adoptar medidas de prevención frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos.
4. Reparar a las víctimas.
5. Cooperar con los órganos internacionales para que puedan desarrollar sus actividades de control²³³.

En el caso de los migrantes, las obligaciones de respeto y garantía de los derechos, implican que independientemente de los motivos por los que la persona decide migrar o de si su ingreso en el territorio fue de manera regular o no, el Estado respectivo debe asegurarse de que sus derechos humanos no sean transgredidos. Para ello debe adecuar su legislación interna a los mandatos de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y más específicamente sobre el tema de migrantes. Respecto a lo anterior, cabe resaltar el principio de no discriminación inmerso en el artículo 1.1 de la Convención en cuanto dispone que las obligaciones de respeto y garantía de los derechos deben ejercerse sin “discriminación alguna” por motivos de “origen nacional”; es decir, que los Estados deben proteger y garantizar los derechos humanos de los individuos en condiciones de igualdad e independientemente de su origen o nacionalidad.

Tratándose de menores migrantes, estas obligaciones adquieren mayor relevancia en el tanto los Estados ya sean de origen, destino o tránsito deben, no solo adaptar sus políticas migratorias a las necesidades de protección internacional, sino que además deben enfocarse en las necesidades y particularidades de los niños y niñas. Sobre este tema reviste importancia el artículo 19 de la Convención Americana referente a la

²³³ Ídem. págs. 155 a 165.

obligación de los Estados 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”*²³⁴. Por ello, la Corte IDH ha considerado que las *“medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decreten para el resto de las personas, es decir, los adultos”*²³⁵. Se toma en cuenta que el artículo 19 se trata de un “derecho adicional” pues los menores de edad son acreedores de los mismos derechos que los adultos.

En conclusión, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales que hayan ratificado; estas obligaciones deben llevarlas a cabo independientemente de si los otros Estados Parte las cumplan o no y no deben incurrir en ningún tipo de discriminación, pues tienen que ser ejercidas en igualdad de condiciones respecto a todos los individuos bajo su jurisdicción, sean nacionales o no.

Asimismo, el cumplimiento de dichas obligaciones adquiere mayor importancia en el tema de la niñez migrante pues, los niños y niñas requieren de normas y tratamientos especiales conforme a sus características particulares y sus condiciones de vulnerabilidad como migrantes. De no cumplir con todas estas obligaciones o de hacerlo mediante tratamientos discriminatorios, se incurrirá en responsabilidad internacional por parte de los Estados.

El presente capítulo tiene como objetivo analizar las legislaciones nacionales de los países centroamericanos con el fin de determinar si cumplen de manera real y efectiva con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, en especial aquellos relacionados con los niños migrantes que viajan sin compañía o separados de sus progenitores y de no hacerlo determinar sus respectivas responsabilidades

²³⁴ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 24, párr. 66

²³⁵ Ídem.

internacionales. A continuación, se hará un análisis de los ordenamientos jurídicos de los diferentes países de la región centroamericana.

Sección Segunda. Marco normativo de protección de los derechos de la niñez migrante en Centroamérica.

Tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existen diversos instrumentos internacionales destinados a promover, garantizar y proteger los derechos humanos de la niñez migrante. Si bien la mayoría de ellos no tratan específicamente sobre el tema, su contenido sirve de referencia para que los Estados se encarguen de que sus derechos humanos sean reconocidos y respetados.

En el caso de las niñas y niños migrantes no acompañados y separados, el principal instrumento interamericano que trata específicamente sobre el tema es la Opinión Consultiva 21. Por lo tanto, para efectos de la presente investigación se toman como referencia los estándares internacionales establecidos en ella, con el objetivo de determinar si los Estados centroamericanos cuentan en sus jurisdicciones internas con las normas y procedimientos necesarios para asegurar una protección real y efectiva para estos menores. En este punto, es necesario hacer la salvedad de que Belice no es miembro de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que no se encuentra estrictamente obligado a cumplir con lo que estipule la Corte IDH, no obstante eso no le impide a cumplir con los estándares internacionales sobre el tema, por lo cual su legislación es incluida como parte del estudio del presente capítulo.

El análisis de los ordenamientos jurídicos centroamericanos se centra en las obligaciones que deben llevar a cabo los países como lugares de destino y tránsito. No obstante, cabe señalar que los Estados de origen también son sujetos de responsabilidad internacional y tal como lo indicó la Corte Interamericana tienen el deber de *“observar las obligaciones generales referentes a la materia y, en particular, su deber de prevención, lo cual requiere generar y asegurar las condiciones para que sus nacionales no se vean forzados a*

*migrar, así como subsanar las causas generadoras de los flujos migratorios*²³⁶. Además de estas obligaciones, los Estados de origen deben establecer lineamientos para la recepción de migrantes nacionales que son regresados a su territorio.

En cuanto a las obligaciones de los Estados de tránsito y destino, la Corte Interamericana ha señalado que las autoridades fronterizas de estos países deben abstenerse de impedir el ingreso de niños y niñas extranjeros al territorio nacional independientemente de si lo hacen de manera regular o no, en especial si los menores se encuentran solos pues, de esta manera son más vulnerables a sufrir algún riesgo a sus vidas e integridad personal. Este mandato está reflejado en el artículo 65 de la “Ley General de Migración y Extranjería” de Costa Rica en el cual se establece que bajo *“ningún supuesto podrán rechazarse personas menores de edad no acompañadas ni a las personas de las que no exista certeza de su mayoría de edad”*²³⁷. Asimismo, el nuevo “Código de Migración” de Guatemala indica que *“en ningún supuesto podrá rechazarse el ingreso en frontera a niños, niñas o adolescentes no acompañados o separados de su familia”*²³⁸.

Al tener conocimiento del ingreso de un menor de edad migrante en el territorio nacional, lo primero que deben hacer las autoridades estatales es colocarlo bajo custodia de personal calificado que sea capaz de evaluar sus necesidades y particularidades. La evaluación inicial que se lleve a cabo debe ser conforme al interés superior del menor y tiene como objetivo la identificación de la identidad del niño o niña, de sus familiares y los motivos por los que se encuentra en el país, en especial si transitan sin compañía o separados de sus padres.

Con base en lo anterior, los Estados tienen la obligación de establecer cuáles son las autoridades competentes para realizar la evaluación inicial y cuáles son los procedimientos que deben llevarse a cabo. Así por ejemplo, en el año 2012 Costa Rica creó el *“Protocolo para la atención y protección de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas o separadas, fuera de su país de origen”* el cual establece

²³⁶ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 23, párr. 64

²³⁷ Costa Rica, “Ley 8764. Ley General de Migración y Extranjería” (2009), Art. 65.

²³⁸ Guatemala, “Código de Migración” (2016), art. 11.

que cuando se tenga conocimiento de la presencia de un menor extranjero no acompañado o separado de sus padres, los funcionarios de la Dirección General de Migración y Extranjería (en adelante “DGME”) deben brindarle protección de manera inmediata y determinar las condiciones en que se encuentra el menor de edad; se resguardan, en todo momento, sus derechos fundamentales y el principio del interés superior del menor.

De acuerdo con dicho protocolo, la “Unidad Especializada de Protección de Personas Menores de Edad” de la DGME debe entrevistar a la niña o niño migrante con el fin de recabar su información personal. Durante dicha entrevista se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. El funcionario de la DGME quien en la medida posible debe ser del mismo sexo que el niño o niña, tiene el deber de asegurarse de que no estén presentes personas que podrían coaccionar al menor de edad.
2. Se debe determinar si el menor comprende el idioma español, o si tiene algún tipo de limitación para comunicarse. De ser así, deberá recurrirse a un intérprete idóneo.
3. Debe tenerse en cuenta que el menor puede encontrarse en una posible situación de riesgo y que la información que suministre puede brindar algún dato relevante que pueda llevar a la detección de anomalías en cuanto a su ingreso o egreso en el país.
4. En todo momento se tiene que escuchar la opinión de la niña o niño y se le debe mantener informado de los procedimientos que se van a realizar para su protección, tratando de emplear en todo momento un lenguaje que le facilite una mejor comprensión.
5. Hay que garantizar la seguridad de la persona menor de edad, separándola de la situación de riesgo y manteniéndola bajo su protección el tiempo que sea estrictamente necesario, a fin de determinar si se encuentra en condición de vulnerabilidad y cubrir además, sus necesidades básicas.

6. La autoridad migratoria tiene que comunicarse inmediatamente con el Patronato Nacional de la Infancia (en adelante “PANI”)²³⁹, con el fin de coordinar el traslado del menor, y permanecer con él hasta que quede oficialmente bajo la custodia del PANI, a quien tendrá que entregarle el informe correspondiente de la evaluación inicial²⁴⁰.

Una vez que la niña o el niño se encuentren en custodia del PANI, los funcionarios de la institución deberán brindarle la atención y protección integral requerida de acuerdo con sus necesidades particulares y su condición de vulnerabilidad. Las decisiones que se tomen respecto al menor, deberán hacerse considerando su edad, sexo y origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Asimismo, el PANI tiene la obligación de brindarle alojamiento, asegurarle el acceso permanente a la educación durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento y a la atención médica en igualdad de condiciones que reciben los niños y niñas nacionales. Y finalmente, una vez que se haya *“iniciado el proceso especial de protección, activado el sistema local de protección y se hayan realizado todas las gestiones necesarias para garantizar la protección integral”*²⁴¹ del menor, se debe proceder a definir si la niña o niño deberá ser repatriado o si deberá permanecer en el país.

Por medio de este Protocolo, Costa Rica se convirtió en el primer país de la región en definir normativamente cuáles son las instituciones encargadas de la custodia de los menores migrantes no acompañados y separados, que ingresan en su territorio, así como los lineamientos específicos que tienen que seguirse durante el proceso de evaluación inicial, además de la protección y cuidados que se le deben brindar a estos menores hasta el momento en que se resuelva su estatus migratorio.

²³⁹ Institución costarricense, rectora en la materia de la niñez y la adolescencia, encargada de promover y garantizar los derechos y el desarrollo integral de las personas menores de edad.

²⁴⁰ Costa Rica, Dirección General de Migración y Extranjería y Patronato Nacional de la Infancia, “Protocolo para la atención y protección de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas o separadas, fuera de su país de origen”. (2012), págs. 34 a 37.

²⁴¹ Ídem, pág.40.

Guatemala, en su “Código de Migración” dispone de una sección referente al *“Procedimiento para la protección de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de sus familias”* en la cual establece que estos menores deben ser atendidos por personal especializado y las autoridades competentes deben tomar las medidas de protección que se adecuen a su situación de vulnerabilidad. Asimismo, indica que la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, durante el trámite del estatus migratorio del menor deberá implementar programas de protección que tengan como prioridad: i) el acogimiento de la niña o niño con un pariente que se encuentre en el país que garantice su cuidado y sin considerar su situación migratoria, ii) el acogimiento familiar temporal; iii) otras formas de alojamiento de carácter abierto, orientadas a la protección de la niñez y la familia, y iv) en forma excepcional, y por el menor tiempo posible, podrá ser alojado bajo la modalidad de abrigo residencial²⁴².

Además, señala que en casos en que se identifique durante la evaluación inicial que al menor se le deba dar una medida de protección internacional como refugio, asilo o reunificación familiar, se le debe notificar a la *“Subdirección de Atención y Protección de Derechos Fundamentales de los Migrantes del Instituto Guatemalteco de Migración”*, con el fin de que lleve a cabo el siguiente procedimiento:

- a. De forma inmediata comunicar al Director General el caso para el otorgamiento de estatus de residencia temporal, para garantizar la protección de sus derechos fundamentales y establecer la no devolución al país de origen hasta que no se determine su situación.
- b. Realizar los procedimientos de identificación e información de sus derechos y garantizar que sean en su idioma y conforme a su madurez y edad.
- c. Comunicar a la Procuraduría General de la Nación los casos donde se detecte la necesidad de medidas de protección especial a la niñez y adolescencia, quién iniciará el procedimiento según su reglamentación.

²⁴² Guatemala, “Código de Migración” (2016), art. 173.

- d. Mantener estrecha relación con la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia y con el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su red consular²⁴³.

Durante todo este procedimiento se debe garantizar que la niña o el niño pueda comunicarse con su familia, y en caso de que desee regresar a su país de origen, se le debe brindar ayuda y garantizar que sus derechos humanos sean respetados en todo momento.

En el caso de Guatemala, la legislación se centra principalmente en definir las instituciones encargadas del resguardo y atención de las niñas y niños migrantes no acompañados y separados; prevé cuatro posibles lugares donde pueden albergarse los menores durante el trámite de su estatus legal, y además establece en términos generales el procedimiento que debe llevarse a cabo en caso de que en virtud de su interés superior no puedan ser devueltos a su país de origen.

En cuanto a los otros países centroamericanos, si bien aún existe un vacío normativo sobre el tema, muchas de sus legislaciones contienen disposiciones que pueden ser aplicadas en situaciones que involucren niñas y niños migrantes; tal es el caso de Panamá cuya Ley N. 36 sobre *“el tráfico ilícito de migrantes y actividades conexas”* establece en su artículo 30 inciso 4, que en el caso de menores de edad migrantes no acompañados se debe implementar como medida especial la gestión de *“todas las diligencias necesarias para establecer su nacionalidad e identidad y la localización de su familia cuando sea seguro o ello redunde en el interés del menor”*²⁴⁴. La identificación de los menores no acompañados y la de sus familias es uno de los primeros pasos que deben llevarse a cabo durante el proceso de la evaluación inicial, y si bien Panamá no cuenta con una legislación que lo regule, esta disposición puede ser un primer aproximado para su jurisdicción.

²⁴³ Ídem.

²⁴⁴ Panamá, “Ley N.36. Ley sobre el tráfico ilícito de migrantes y actividades conexas” (2013), art. 30.4.

Por su parte, la *“Ley de protección integral de la niñez y de la infancia”* de El Salvador indica que su finalidad es *“garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño y adolescente en El Salvador, (...) independientemente de su nacionalidad”*²⁴⁵. Asimismo, establece que en *“el marco del desarrollo de las políticas públicas de la niñez y adolescencia, el Estado deberá establecer y desarrollar acciones y medidas que permitan: la atención y protección de las niñas, niños y adolescentes migrantes y el desarrollo de planes de cooperación internacional para el retorno de personas”*²⁴⁶. Por ello es *“de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías”*²⁴⁷.

Por medio de esta ley, la legislación salvadoreña en primer lugar dispone que las niñas y niños extranjeros son acreedores de los mismos derechos y garantías que los nacionales, y por otro lado se compromete a adoptar políticas públicas y acuerdos de cooperación internacional basados en el principio del interés superior del niño y orientados a la protección y garantía de los derechos humanos de los menores migrantes.

Los ejemplos anteriores sirven para demostrar que si bien los países centroamericanos, a excepción de Costa Rica y Guatemala, no cuentan con un instrumento jurídico que establezca los procedimientos que deben llevar a cabo los agentes estatales en los casos en que un menor migrante no acompañado o separado se encuentre en su territorio, debe reconocerse que muchos de ellos se comprometen por medio de sus leyes a velar por el respeto y garantía de los derechos humanos de estos menores en este tipo de situaciones.

No obstante, dichos esfuerzos no son suficientes ya que, los vacíos legales provocan falta de claridad entre las autoridades estatales pues, al no haber un procedimiento específico por seguir, muchas veces los menores son detenidos o deportados bajo

²⁴⁵ El Salvador, *“Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Infancia”* (2009), art. 1.

²⁴⁶ Ídem, art. 4.

²⁴⁷ Ídem. Artículo 12.

procedimientos contrarios a los estándares internacionales sobre la materia y que menoscaban sus derechos fundamentales. A continuación, se analiza cuáles son esos estándares internacionales que deben seguir los Estados respecto a las niñas y niños migrantes no acompañados o separados, a la luz de las disposiciones de la Opinión Consultiva 21 y otros instrumentos internacionales sobre la materia, y a la vez se determina qué vacíos legales existen en las legislaciones de los países centroamericanos.

A. Principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular

Uno de los principales retos que tienen los Estados en materia de migraciones es evitar que sus legislaciones impongan penas privativas de libertad a las niñas y niños en virtud de su estatus migratorio. De acuerdo con la Corte IDH *“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”*²⁴⁸. Por lo tanto, la privación de libertad solamente puede aplicarse de manera excepcional, como último recurso, por razones de necesidad y durante el menor tiempo posible.

Es por ello y por la situación particular de vulnerabilidad de los menores migrantes no acompañados o separados que los Estados tienen la obligación de asegurarse de que la entrada irregular de una persona extranjera a su territorio no sea un delito penado con privación de libertad, tal como lo dispone Guatemala en su “Política de Desarrollo Social y Población” al establecer que *“la migración de personas indocumentadas, no es un delito y los extranjeros no deben ser penados o sancionados con la privación de su libertad por estar indocumentados”*²⁴⁹.

En la actualidad, las legislaciones centroamericanas son ambiguas en cuanto a este tema ya que, mientras en algunos países se prevé *“la detención de migrantes como*

²⁴⁸ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 56, párr.150.

²⁴⁹ Guatemala, “Política de Desarrollo Social y Población” (2002), pág. 16.

sanción penal por infringir la legislación migratoria, en otros se dispone la detención administrativa como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios, sin ofrecer medidas alternativas a la detención, las cuales deberían aplicarse prioritariamente²⁵⁰. Otra problemática es que en la mayoría de ordenamientos jurídicos centroamericanos no se dispone un trato diferenciado entre los adultos y los menores de edad.

Un ejemplo de legislación que dispone la detención como sanción penal es Belice quien por medio de su “Act of Immigration” (Acta de Inmigración) penaliza a cualquier persona que entre al país a través de puntos que no sea los autorizados, que desembarque sin el consentimiento de un oficial de inmigración o que no se presente a su llegada ante un oficial de inmigración²⁵¹. Además de aplicar penas privativas de libertad a los migrantes, Belice no establece ninguna norma que indique que los menores de edad deban ser separados de los adultos. Al respecto en el 2014 el “Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” reportó que en Belice menores de 18 años, entre ellos niñas y niños no acompañados, son retenidos en centros de detención por haber cometido infracciones bajo el “Act of Immigration” y por lo tanto recordó al país que los menores de edad nunca deben ser detenidos con base en su condición migratoria. Asimismo, lo instó a eliminar de su legislación toda norma que disponga una infracción penal basándose en la situación migratoria irregular de una persona y adoptar medidas alternativas a la detención, sobre todo tratándose de niñas y niños migrantes²⁵².

En el caso de Costa Rica, su legislación dispone la detención administrativa por medio del artículo 31.5 de la “Ley General de Migración y Extranjería” el cual señala que la privación de libertad solo puede ser dispuesta conforme a la ley, de manera excepcional,

²⁵⁰ UNICEF y Universidad Nacional de Lanús, “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación irregular y algunas líneas de acción para su protección” (2008), pág. 19.

²⁵¹ Global Detention Project, “Belize Immigration Detention Profile” (2016): https://www.globaldetentionproject.org/countries/americas/belize#_ftnref11

²⁵² Belice, Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, “International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. Concluding observations on Belize in the absence of a report” (2014).

cuando no exista otra medida menos gravosa y se deben cumplir los siguientes supuestos y condiciones:

- a. *“Aprehensión cautelar por un máximo de veinticuatro horas, para efectos de verificar su condición migratoria. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y bajo resolución justificada y emitida por el director general. Confirmada la infracción migratoria y al descartarse otra medida menos gravosa, la Dirección General deberá dictar el procedimiento de deportación.*
- b. *Una vez resuelta la identificación de la persona extranjera, por parte del consulado de su país de origen, la detención administrativa no podrá exceder el plazo máximo de treinta días naturales y en dicho término deberá ejecutarse la deportación dictada. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y justificadas por parte de la Dirección General.*
- c. *En caso de detención administrativa, la persona extranjera tendrá derecho a permanecer durante el período de aprehensión en un lugar que cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso, así como las especificidades de género, generacional o discapacidad”²⁵³.*

En este caso, Costa Rica aplica la detención como medida cautelar y excepcional, la cual no puede exceder el plazo de 30 días naturales y prevé además que el lugar donde se alojen los migrante durante este periodo cuente con ciertas condiciones, entre ellas la separación de personas de acuerdo con su edad. A pesar de especificar estas condiciones, la legislación costarricense no precisa ciertos aspectos como por ejemplo, cuáles son las condiciones que ameritan una prórroga del plazo de 30 días y cuánto es el máximo del tiempo por el que se puede ampliar; tampoco explica qué tipo de “lugar” se supone que deben permanecer las personas migrantes durante el periodo de la detención y mucho menos dispone de albergues destinados a estos efectos.

En el año 2008 Panamá reformó su legislación y derogó la disposición que imponía una sanción de dos años en un establecimiento carcelario a quienes no cumplieran con una

²⁵³ Costa Rica, “Ley N° 8764. Ley de Migración y Extranjería (2009), art. 31.5.

orden de deportación²⁵⁴. Por medio de esta ley Panamá se convirtió en el primer país de la región que no impone formalmente penas privativas de libertad en el marco de procesos de control migratorio.

En cuanto al tema de la niñez migrante, Guatemala señala que *“no deberá privarse de libertad, por regla general, a las niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados de su familia”*; mientras que la legislación costarricense dispone que *“la institucionalización de una persona menor de dieciocho años por razones asistenciales o de protección siempre debe ser una medida de carácter excepcional”*²⁵⁵ y *“bajo ninguna circunstancia procederá la aprehensión de personas menores de edad, sean estos acompañados, no acompañados o separados. En caso de identificarse un caso en estas circunstancias, se dará inmediata notificación al PANI para la identificación de soluciones alternativas para que reciban alojamiento adecuado y supervisión apropiada”*²⁵⁶.

De manera similar, Nicaragua establece que *“tratándose de solicitantes de la condición de refugiado con necesidades especiales, como (...) menores no acompañados o separados, (...) ellos no podrán ser retenidos y serán trasladados inmediatamente a una institución que les pueda otorgar la asistencia necesaria”*²⁵⁷. Con base en estas disposiciones, puede afirmarse que en estos países la detención de menores de edad es ilegal y por lo tanto, los Estados deben ofrecer alternativas a la privación de libertad de niñas y niños no acompañados y separados.

Con excepción de Belice, todos los países centroamericanos contemplan la detención administrativa en sus ordenamientos jurídicos. Sin embargo, sus leyes migratorias no son claras en cuanto a las condiciones y procedimientos que deben llevarse a cabo durante la detención de migrantes irregulares; esto provoca, en la práctica, que las autoridades migratorias procedan de diferentes maneras.

²⁵⁴ Panamá, “Ley sobre Migración” (1960), art. 67.

²⁵⁵ Tribunal de Familia de San José, Costa Rica, Voto N. 00796 de las diez horas con catorce minutos del veintiséis de enero del dos mil siete.

²⁵⁶ Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), art. 47.

²⁵⁷ Nicaragua, “Ley N. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), art. 10.C.

De lo anterior, puede concluirse que la pena privativa de libertad por razones migratorias debe ser una medida excepcional y de último recurso -ya sea en sede penal o administrativa- motivo por el cual los Estados tienen la obligación de incluir en sus ordenamientos jurídicos medidas alternativas que garanticen que el control migratorio se desarrolle de manera efectiva y con respeto a los derechos fundamentales de las personas migrantes. Sin embargo, muchas de las leyes migratorias centroamericanas además de contemplar la posibilidad de que los migrantes sean detenidos, son poco claras e inconsistentes en cuanto a los términos y condiciones en que se deben llevar a cabo dichas detenciones. Por lo tanto, resulta necesario que los Estados centroamericanos realicen un estudio de las inconsistencias legales que existen en sus ordenamientos jurídicos en cuanto al tema de detenciones y privaciones de libertad por motivos migratorios y se aseguren que las reformas que realicen sean conforme a los estándares internacionales sobre el tema.

B. Medidas Alternativas a la Privación de Libertad

Como se mencionó, en lugar de privar a las personas migrantes de su derecho de libertad lo ideal es que los Estados establezcan medidas alternativas, que permitan a las autoridades estatales tener un control sobre ellas sin menoscabar sus derechos fundamentales. De acuerdo con la Corte Interamericana estas medidas alternativas *“deben ser concebidas justamente por oposición a lo que se entiende por una medida privativa de libertad y conllevar un nivel menor de lesividad en los derechos de la persona, como por ejemplo la notificación periódica a las autoridades o la permanencia en centros de alojamiento abiertos o en un lugar designado”*²⁵⁸. En el caso de las niñas y los niños migrantes las medidas 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

²⁵⁸ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág.61, párr.162

*tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia*²⁵⁹.

Costa Rica es el único país de la región que establece de manera específica en su legislación diversas medidas alternativas a la privación de libertad de las personas por motivos de su estatus migratorio. Al respecto, el artículo 211 de la “Ley General de Migración y Extranjería” dispone como tales la:

- Presentación y firma periódica ante las autoridades competentes.
- Orden de aprehensión de la persona extranjera, de conformidad con los tiempos y plazos establecidos en la Ley.
- Caución.
- Decomiso temporal de documentos.
- Detención domiciliaria²⁶⁰.

A través de estas medidas alternativas, Costa Rica brinda a las personas migrantes la posibilidad de desplazarse libremente en su territorio durante el tiempo que tarden las autoridades estatales en resolver su situación migratoria.

Varios países centroamericanos contemplan como medida alternativa, que los migrantes se puedan alojar en lugares destinados para tales efectos. La Corte Interamericana establece que las niñas y niños migrantes deben ser alojados en espacios separados de los adultos, a menos que se encuentren acompañados de sus familiares, caso en el que prima el principio de la unidad familiar, siempre y cuando esto sea lo más conveniente para ellos respecto al principio de su interés superior²⁶¹. Asimismo, los centros de alojamiento para menores deben ser abiertos, y cumplir con ciertos estándares mínimos que permitan su desarrollo integral y el respeto a sus derechos humanos.

²⁵⁹ Ídem, párr.164.

²⁶⁰ Costa Rica, Ley N° 8764. Ley de Migración y Extranjería (2009), art. 211.

²⁶¹ Artículo 155. Se exceptúa del internamiento los extranjeros menores de 18 años los que serán trasladados al Ministerio de la Familia u otro centro destinado para el Albergue de Menores, al igual que los padres acompañantes en casos de viajar en familia. Nicaragua, “Reglamento a la Ley No. 761. Ley de Migración y Extranjería” (2012).

En Panamá el Servicio Nacional de Migración tiene la tarea de crear albergues preventivos de corta estancia los cuales tienen como objetivo *“mantener, a órdenes de la institución, a los extranjeros infractores de la legislación migratoria”*²⁶². De acuerdo con la ley panameña, estos albergues deben respetar los derechos humanos de las persona migrantes y solo podrán albergar a personas mayores de 18 años, pues en el caso de los niños y niñas, serán puestos *“bajo la protección del Ministerio de Desarrollo Social”*²⁶³. No obstante, la ley no dispone que es lo que hará dicho Ministerio con estos pequeños; por ello, no queda claro bajo qué condiciones y procedimientos son resguardados.

La legislación nicaragüense establece un Albergue Nacional de Migrantes encargado de recibir *“a los extranjeros en situación migratoria irregular que son remitidos por las diferentes Direcciones y Delegaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería, Policía Nacional, El Ejército de Nicaragua, Sistema Penitenciario Nacional, garantizándoles y respetándoles los derechos inherentes al ser humano”*²⁶⁴ e indica que dicho centro tiene la obligación de elaborar un expediente de cada migrante el cual debe contener la siguiente información:

- Entrevista.
- Formato de entrevistas.
- Acta de recepción del retenido.
- Remisión del retenido.
- Original y Copia de pertenencias y dinero requisado.
- Copia de documentos requisados. (Documentos de identidad y otros).
- Valoración y control médico.
- Solicitud de resolución de internamiento.
- Demás documentos que se anexarán durante su internamiento y proceso de regularización o deportación²⁶⁵.

²⁶² Panamá, “Decreto Ley No.3. Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones” (2008), art. 93.

²⁶³ Ídem.

²⁶⁴ Nicaragua, “Reglamento a la Ley No. 761, Ley General de Migración y Extranjería” (2012), art. 151.

²⁶⁵ Ídem, art. 152.

Al igual que Panamá, Nicaragua exceptúa del internamiento en albergues a los extranjeros menores de 18 años pues, de acuerdo con la ley las niñas y niños migrantes deben ser “trasladados al Ministerio de la Familia u otro centro destinado para el Albergue de Menores, al igual que los padres acompañantes en casos de viajar en familia”²⁶⁶. Por medio de esta disposición, además de separar a los niños de los adultos, la legislación nicaragüense asegura el principio de la unidad familiar al prever que los padres acompañen a sus hijos.

Estos tres países son los únicos que regulan jurídicamente el alojamiento de migrantes durante el periodo en que se resuelve su estatus migratorio. En el caso de los otros países si bien sus normas migratorias no tocan el tema, a nivel institucional cuentan con albergues destinados para la atención de personas migrantes, así por ejemplo El Salvador cuenta con el Centro de Atención Integral para Migrantes que se encarga crear los lineamientos por seguir durante el proceso de atención y resguardo administrativo de las personas en situación migratoria irregular.

Tratándose de menores migrantes no acompañados y separados, Guatemala dispone en el artículo 11 del “Código de Migración” que *“los niños, niñas y adolescentes migrantes de otras nacionalidades no acompañados o separados de sus familias (...) que se encuentren en el territorio nacional tienen derecho a ser atendidos en programas especializados y diferenciados ambulatorios o abrigados en casas especiales que sean dispuestas o autorizadas por el Estado para el efecto”*²⁶⁷. Además, en su artículo 173 establece cuales son las modalidades de alojamiento que se pueden disponer para estos menores al indicar que se le tiene que dar prioridad al acogimiento con familiares que se encuentren en el país, a falta de esta opción se debe buscar un acogimiento familiar temporal u *“otras formas de alojamiento de carácter abierto y orientadas a la protección de la niñez y la familia”*, y a manera de excepción señala que se puede recurrir a la opción de *“abrigo residencial”*.

²⁶⁶ Ídem, art. 155.

²⁶⁷ Guatemala, “Código de Migración” (2016), art. 11.

Las legislaciones de otros países si bien no son tan específicas como la guatemalteca, prevén que las niñas y los niños migrantes sean referidos a instituciones nacionales destinadas a la protección de la infancia. Así por ejemplo, en Costa Rica le corresponde al PANI asumir la responsabilidad temporal de estos menores y debe llevarlos a un albergue donde se les brinde la atención oportuna durante el tiempo que sea necesario²⁶⁸. Por su parte, en Honduras los menores no acompañados son resguardados en las casas del “Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia”²⁶⁹.

Con la excepción de Costa Rica que expresamente contempla en su ley diversas medidas alternativas a la privación de libertad, los países centroamericanos carecen en sus ordenamientos jurídicos de disposiciones al respecto. La única alternativa que ofrecen estos países es el alojamiento de migrantes en lugares destinados para esos fines; no obstante, no son claros en cuanto a las condiciones y servicios que deben ofrecer; tampoco especifican de cuánta libertad personal, pueden gozar las personas a las que se les dé esta oportunidad. En el caso de los menores migrantes, solamente Panamá y Nicaragua disponen específicamente que deben ser alojados en lugares distintos a los adultos, mientras que otras legislaciones solo designan a ciertas instituciones y organizaciones como encargadas de estos menores, sin especificar la manera en que deben hacerlo.

C. Garantías de Debido Proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias

La falta de medidas alternativas y la poca claridad en las legislaciones sobre el tema, genera que las detenciones de personas migrantes sea la práctica más recurrente en los sistemas centroamericanos y no una medida extraordinaria y de último recurso como se supone que debe ser. Especialmente en el caso de los menores migrantes,

²⁶⁸ Costa Rica, “Ley N° 8764. Ley General de Migración y Extranjería” (2009), art. 65 y “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), art. 47.

²⁶⁹ E. Coria Márquez, G. Bonnici, y V. Martínez, “¿Qué esperamos del futuro? Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas” (Melbourne: International Detention Coalition, 2017), pág. 75.

la mayoría de los países de la región no cuentan con normas relativas a su detención; esto provoca que muchas veces se den detenciones de niñas y niños en condiciones que violentan su interés superior.

En caso de que se decida aplicar una pena privativa de libertad a un menor de edad, es indispensable que los ordenamientos jurídicos cumplan con los estándares internacionales sobre el debido proceso y que en todo momento se respeten sus derechos fundamentales. De acuerdo con la Corte Interamericana, cuando no exista otra opción más que la detención de un menor de edad, se deben cumplir las siguientes garantías mínimas:

1. *Legalidad de la privación de libertad*

El principio de legalidad implica que los motivos y condiciones por lo que se podría dar una afectación a la libertad personal, deben estar previstos en la ley y ser conformes a la Convención Americana y a las Constituciones Políticas de los Estados. En el caso de los países centroamericanos no siempre se cumple con esta regla pues, la mayoría de sus legislaciones contienen vacíos legales en cuanto a las condiciones, causas, y procedimientos que se deben aplicar durante la detención de personas migrantes, mientras que en otras no existen del todo disposiciones que habiliten la detención de migrantes, en especial tratándose de niñas y niños.

Estas lagunas jurídicas hacen que las detenciones, por razones migratorias, sean incompatibles con el principio de legalidad, especialmente en aspectos como *“los plazos fijados para la detención por autoridad administrativa, la ausencia de control judicial de la detención por mandato constitucional, otras garantías procesales a la libertad personal o bien, porque las leyes entran en conflicto con otros derechos”*²⁷⁰.

Respecto a los plazos fijados para las detenciones de carácter administrativo, países como Costa Rica, El Salvador y Nicaragua exceden en sus legislaciones migratorias los

²⁷⁰ International Detention Coalition, “Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas” (2016), pág. 18.

límites máximos de detención, fijados constitucionalmente. En Costa Rica, el artículo 37 constitucional establece que la persona deberá ser puesta *“a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas”*²⁷¹, mientras que la *“Ley General de Migración y Extranjería”*²⁷² señala que *“la detención administrativa no podrá exceder el plazo máximo de treinta días naturales”*, además prevé la posibilidad de prorrogar el plazo sin establecer un límite a dicha prórroga.

En el caso de El Salvador la *“Ley de Migración”* dispone que el arresto puede ser *“hasta de treinta días”*²⁷³. No obstante, en el año 2003 la Sala de los Constitucional declaró este inciso inconstitucional²⁷⁴ por contravenir el artículo 14 de la Constitución Política el cual establece que *“la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días”*²⁷⁵. Sin embargo, a pesar de la declaratoria de inconstitucional, la ley nunca fue reformada; esto puede crear confusiones en la práctica, pues las autoridades estatales que desconocen de esta disposición, podrían continuar aplicando el plazo de los 30 días.

La legislación de Nicaragua establece que *“los extranjeros que sean retenidos en los Puestos Fronterizos o Delegaciones Regionales (...) serán remitidos al Centro de Albergue de Migrantes en un periodo máximo de 24 horas posterior a su retención para su debido proceso de internamiento, regularización o deportación”*²⁷⁶ y en caso de que no sea posible el traslado inmediato se amplía el plazo hasta por un máximo de ocho días, mientras que la Constitución Política dispone que todo detenido tiene derecho *“a ser puesto en libertad o a la orden de autoridad competente dentro del plazo de las 48 horas posteriores a su detención”*²⁷⁷.

²⁷¹ Costa Rica, *“Constitución Política”* (1949), art. 37.

²⁷² Costa Rica, *“Ley N° 8764. Ley General de Migración y Extranjería”* (2009), art. 31.5.b.

²⁷³ El Salvador, *“Ley de Migración”* (1958), art. 60.

²⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Voto N.16-2001 del veinticinco de noviembre de dos mil tres.

²⁷⁵ El Salvador, *“Constitución Política”* (1983), art. 14.

²⁷⁶ Nicaragua, *“Reglamento a la Ley No. 761, Ley General de Migración y Extranjería”* (2012), art. 136.

²⁷⁷ Nicaragua, *Constitución Política* (1948), art. 33 inciso 2.2.

Panamá indica que los albergues preventivos “*son recintos de corta estancia para mantener a extranjeros infractores de las normas migratorias, hasta un máximo de dieciocho (18) meses*”²⁷⁸. Por su parte, Guatemala, Honduras y Belice del todo no determinan plazo alguno para este tipo de situaciones.

De lo anterior, puede apreciarse que mientras unos países no regulan los plazos máximos en que una persona puede ser detenida en razón de su situación migratoria, los que sí lo hacen, estipulan plazos contrarios al principio de legalidad pues son mayores a los establecidos en sus propias Constituciones Políticas. Además, en ninguna de estas legislaciones se hace referencia alguna a los menores migrantes, motivo por el cual pueden llegar a ser detenidos por términos indefinidos; esta situación se agrava en el caso de los menores no acompañados y separados, pues entre más tiempo se encuentren retenidos mayor será el tiempo en que se encuentren separados de sus padres.

2. Prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios

Para que la detención de una persona migrante no sea ilegal ni arbitraria, se deben garantizar diversos derechos, entre ellos: a) que los motivos de la detención estén establecidos en la ley; b) que la persona sea llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente y, c) que sea juzgada dentro de un plazo razonable o puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso.

El control judicial es importante para garantizar que los derechos humanos de las personas no sean menoscabados durante el tiempo que se encuentren detenidas. En todas las Constituciones centroamericanas se encuentra regulado el derecho de toda persona a no ser detenida, a menos de que existan causas determinadas por la ley y, en caso de detención, a ser llevada, sin demora alguna, ante una autoridad judicial

²⁷⁸ Panamá, “Decreto Ley No.3. Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones” (2008), arts. 2 y 93.

competente²⁷⁹. La Constitución Política de Nicaragua es la que mejor regula el tema, al disponer que

*“nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal. En consecuencia: 1) La detención sólo podrá efectuarse en virtud de mandamiento escrito de juez competente o de las autoridades expresamente facultadas por la ley, salvo el caso de flagrante delito. (...) 3) Una vez cumplida la pena impuesta, nadie deberá continuar detenido después de dictarse la orden de excarcelación por la autoridad competente. 4) Toda detención ilegal causa responsabilidad civil y penal en la autoridad que la ordene o ejecute. 5) Los organismos correspondientes procurarán que los procesados y los condenados guarden prisión en centros diferentes”*²⁸⁰.

Panamá señala que al momento de una detención es obligación del Servicio Nacional de Migración *“identificarse debidamente como servidor público de la autoridad migratoria, informar sobre las causas de la misma, y dar cumplimiento, con la debida diligencia, a los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico”*²⁸¹.

A pesar de que la garantía de control judicial de las detenciones es un derecho regulado constitucionalmente en todos los países de la región, ninguno de ellos cuenta en sus leyes migratorias con disposiciones al respecto. Si bien algunas de estas jurisdicciones señalan los plazos máximos que debe durar la detención de un migrante, ninguna especifica que la persona debe ser llevada sin demoras ante una autoridad judicial o administrativa, según sea el caso, para que se resuelva su situación con la menor brevedad posible. Por ende, podría suceder en la práctica que las personas tengan que esperar largos periodos para que se resuelva su estatus migratorio.

²⁷⁹ Belice, “Constitución Política” (1981), art. 5; Guatemala, “Constitución Política” (1985), art. 6; Honduras, “Constitución Política” (1982), art. 84; El Salvador, “Constitución Política” (1983) art. 13; Costa Rica, “Constitución Política” (1949), art. 37, y Panamá, “Constitución Política” (1972), art. 21.

²⁸⁰ Nicaragua, “Constitución Política” (1948), art. 33.

²⁸¹ Panamá, “Decreto Ley No.3. Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones” (2008), art. 102.9.10.

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

Los migrantes que son detenidos tienen derecho a ser notificados de los motivos y bases jurídicas de su detención, en un lenguaje simple y que puedan comprender. Asimismo, la persona debe ser informada de los procedimientos legales disponibles para cuestionar la detención. Respecto a los menores migrantes, es necesario que se les explique detalladamente cuáles son sus derechos, los procedimientos que se llevarán a cabo y los servicios que tiene a su disponibilidad, además, la comunicación de esta información debe llevarse a cabo tomando en cuenta su edad, grado de madurez y si se encuentran sin compañía o separados de sus padres. Además, en caso de que la niña o el niño no comprendan el idioma del país de origen, se le debe garantizar la asistencia de un traductor o intérprete.

La mayoría de los Estados centroamericanos reconocen este derecho. Así por ejemplo la legislación de Panamá establece que antes de ordenar la deportación de una persona, el Servicio Nacional de Migración le deberá notificar *“personalmente la resolución que ordena la detención”*²⁸².

Nicaragua por su parte ordena que una vez que se haya determinado el internamiento *“se notificará al migrante irregular las causas de su internamiento, a través de resolución administrativa debidamente motivada, notificando también a su representación diplomática o consular, Ministerio de Relaciones Exteriores y Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos”*²⁸³.

Por otro lado, Costa Rica señala que

“toda persona extranjera que se encuentre sometida al control y los procedimientos migratorios deberá ser informada de las razones de su aprehensión, ofrecérsele posibilidad de comunicación, incluida la requerida para la asistencia consular, acceso a un abogado por cuenta propia; además, deberá contar con un intérprete, en caso de que

²⁸² Ídem, art. 66.

²⁸³ Nicaragua, “Ley General de Migración y Extranjería” (2011), art. 163 y “Reglamento a la Ley No. 761, Ley General de Migración y Extranjería” (2012), art.159.

*sea necesario, así como el pleno acceso al expediente administrativo. En caso de aprehensión, tendrá derecho a que se le garantice un trato digno y adecuado, tomando en cuenta las especificidades en razón de género, edad, discapacidad y otros*²⁸⁴.

Mientras que la ley migratoria de Belice estatuye *“whenever any person is detained, restricted or arrested as a prohibited immigrant, notice of that fact and the grounds of detention, restriction or arrest shall be given by the officer to such person in the prescribed form*²⁸⁵, su constitución política dispone que,

*“any person who is arrested or detained shall be entitled: a. to be informed promptly, and in any case no later than forty-eight hours after such arrest or detention, in a language he understands, of the reasons for his arrest or detention; b. to communicate without delay and in private with a legal practitioner of his choice and, in the case of a minor, with his parents or guardian, and to have adequate opportunity to give instructions to a legal practitioner of his choice*²⁸⁶.

En el caso de Guatemala, Honduras y El Salvador, sus leyes migratorias no disponen nada acerca de este derecho. Asimismo, ninguna de las legislaciones centroamericanas especifica qué particularidades deben tener las notificaciones en el caso de los menores migrantes.

4. Derecho del niño o niña a notificar a un familiar, tutor o representante legal que está bajo custodia del Estado y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados

En el momento en que una niña o niño migrante no acompañado o separado es detenido, las autoridades estatales le deben proveer los medios necesarios para que se comunique con su familia, tutor o representante legal. Además, de acuerdo con la Corte

²⁸⁴ Costa Rica, “Ley N° 8764. Ley General de Migración y Extranjería” (2009), art. 31.7.

²⁸⁵ Belice, “Immigration Act. Chapter 136” (2000), art.28.1.

²⁸⁶ Belice, “Constitution of Belize” (1981), art. 5.2.

IDH *“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)”*²⁸⁷.

Sobre este punto, la legislación panameña dispone que

*“El extranjero alojado en un albergue preventivo tendrá derecho a comunicarse con un abogado, familiar y con los representantes diplomáticos o consulares de su país de origen o residencia, si éste estuviere acreditado en la República de Panamá, o de un gobierno amigo en caso que no lo estuviere. El Servicio Nacional de Migración comunicará, a los representantes diplomáticos o consulares acreditados en la República de Panamá, la condición migratoria de los migrantes que se encuentren en estos albergues”*²⁸⁸.

En este caso, se trata de una regla general, aplicable tanto para adultos como menores de edad, por lo que no se prevé la comunicación con organismos internacionales especializados en el tema de niñez.

El Código de Migración de Guatemala establece que en el caso de niñas y niños no acompañados o separados, se les *“debe garantizar el contacto o comunicación familiar de acuerdo al interés superior del niño”*²⁸⁹, durante todo el procedimiento.

Además de las ya señaladas, no existen otras normas en la región que se refieran a la posibilidad de comunicación de los menores migrantes; por ello, es posible que en la práctica, el ejercicio de este derecho quede a criterio de las autoridades estatales.

²⁸⁷ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 74, párr.201.

²⁸⁸ Panamá, “Decreto Ley No.3. Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones” (2008), art. 94.

²⁸⁹ Guatemala, “Código de Migración” (2016), art. 173.

5. *Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular*

Los Estados tienen la obligación de informar al menor migrante los motivos por los que se inicia un procedimiento migratorio en su contra²⁹⁰. Asimismo, debe explicarle, de manera clara y sencilla, los pasos por seguir durante el proceso e informar, sin demoras, a la autoridad consular del país de origen del menor sobre la apertura de dicho procedimiento.

La asistencia consular es importante para que la niña o niño migrante reciba ayuda durante todo el tiempo que dure el proceso y para que cuente con alguien que se asegure que no se den violaciones a sus derechos humanos, en especial en el caso de niñas y niños no acompañados, quienes no tienen cerca un familiar adulto que los proteja y se haga responsable de ellos.

La mayoría de legislaciones centroamericanas prevén que, hasta resolverse su situación migratoria, la persona migrante tiene derecho a comunicarse y recibir asistencia de las representaciones consulares de su país de origen²⁹¹. Esta representación consular es importante para asegurar los derechos de la persona migrante al acceso a la justicia y de defensa, pues el cónsul puede ser de gran ayuda para la obtención de patrocinio letrado y de pruebas.

En cuanto a los menores migrantes, países como Guatemala, Panamá y Honduras señalan la importancia de permitirles en todo momento la comunicación con los representantes consulares de su país²⁹². Por su parte, Guatemala regula además las responsabilidades de sus autoridades consulares en estas situaciones, al establecer que *“los consulados, son las autoridades responsables de ejercitar las acciones necesarias para atender y proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes*

²⁹⁰ Nicaragua, “Ley General de Migración y Extranjería” (2011), art. 163.

²⁹¹ Costa Rica, “Ley N° 8764. Ley General de Migración y Extranjería” (2009), art. 31.7; Nicaragua, “Ley General de Migración y Extranjería” (2011), arts. 10, 163 y 167, y Guatemala, “Código de Migración” (2016), art. 28.

²⁹² Guatemala, “Código de Migración” (2016), art. 19; Panamá, “Decreto Ley No.3. Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones” (2008), arts. 93 y 94, y Honduras, “Código de la Niñez y la Adolescencia” (1996), art. 216.

*guatemaltecos en el extranjero*²⁹³. Respecto a este derecho, El Salvador y Belice son los únicos países que no lo prevén en sus legislaciones.

Un problema que se presenta en la práctica es que hay países que no cuentan con suficientes representaciones consulares, ante lo cual podría suceder que el Estado no tenga un consulado en el territorio del país de origen del migrante; por ello, no tendría dónde solicitar la asistencia consular respectiva. En estos casos, Panamá señala que en caso de que no hubiese un consulado acreditado en su territorio, entonces realizará la notificación respectiva sobre la condición del migrante, en el consulado acreditado en un “gobierno vecino”²⁹⁴. Por lo contrario, Nicaragua dispone que a falta de representación consular en su territorio, *“le corresponde a las autoridades de la Dirección General de Migración y Extranjería proceder a la deportación de las personas migrantes en situación irregular dentro del plazo de sesenta días hábiles”*²⁹⁵. Legislaciones como la de Nicaragua serían contrarias a los estándares internacionales sobre derecho humanos de las personas migrantes, en especial tratándose de menores de edad, pues, no se les estarían garantizando sus derechos al acceso a la justicia ni a una defensa efectiva.

Además de la necesidad de que los países de tránsito y destino garanticen el derecho a la asistencia consular, es importante que los Estados de origen refuercen la función consular en sus jurisdicciones con el fin de proteger y garantizar los derechos humanos de sus nacionales que se encuentren bajo un procedimiento migratorio en otros países.

D. Principio de No Devolución

Los Estados tienen la obligación de asegurarse que el retorno de una niña o niño migrante a su país de origen no resulte en una afectación a sus derechos humanos. Por ello, deben abstenerse de expulsar o devolver a un menor extranjero a otro país, donde sus derechos a la vida o la libertad personal se vean amenazados. Por lo tanto, el

²⁹³ Guatemala, “Código de Migración” (2016), art. 174.

²⁹⁴ Panamá, “Decreto Ley No.3. Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones” (2008), art. 93.

²⁹⁵ Nicaragua, “Ley General de Migración y Extranjería” (2011), art. 167.

examen que realicen las autoridades estatales para determinar si corresponde una medida de repatriación o no, debe ser acorde con los estándares internacionales sobre los principios de no devolución e interés superior del niño, analizados en párrafos anteriores.

De acuerdo con la mayoría de legislaciones centroamericanas, a ninguna persona migrante se le podrá negar el acceso al territorio nacional, ni podrá ser expulsada, extraditada o devuelta a otro país cuando existan indicios de que sus derechos a la vida, integridad personal, libertad y seguridad estén en peligro o de que pueda ser objeto de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a algún grupo social u opiniones políticas²⁹⁶.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico costarricense hace la salvedad de que las solicitudes de la condición de refugiado o asilado, tienen efecto suspensivo sobre la ejecución de la extradición de un extranjero. Cualquier autoridad estatal que tenga conocimiento sobre una petición de este tipo, debe garantizar el respeto por el principio de no devolución y notificarla de inmediato al “Subproceso de Refugiados”²⁹⁷. Por su parte, Panamá dispone que la admisión de solicitudes de refugio o asilo no comprometen *“al Estado panameño a proporcionarles asentamiento permanente en su territorio”*²⁹⁸.

En el caso de Nicaragua, la Ley de Protección de Refugiados señala que no podrá ser acreedor de los beneficios del principio de no devolución, el refugiado que por razones fundadas sea considerado *“como un peligro para la seguridad de Nicaragua, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave,*

²⁹⁶ Costa Rica, “Ley N° 8764. Ley General de Migración y Extranjería” (2009), art. 31.7; Nicaragua, “Ley General de Migración y Extranjería” (2011), art. 115 y “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), art. 17, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), arts. 8, 9 y 28; Belice, “Refugees Act. Chapter 165” (2000), arts. 14.1, 33 y 165; Honduras, “Ley de Migración y Extranjería” (2004), art. 44; El Salvador, “Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002), art. 46, y Panamá, “Decreto Ejecutivo No. 23 por el cual se desarrolla la Ley No. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), art. 73.

²⁹⁷ Costa Rica, “Ley N° 8764. Ley General de Migración y Extranjería” (2009), art. 116, y “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), art. 134.

²⁹⁸ Panamá, “Reglamento a Ley de Migración” (2008), art. 228, y “Decreto Ejecutivo N. 23 por el cual se desarrolla la Ley No. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), art. 82.

*constituya una amenaza para la comunidad nicaragüense*²⁹⁹; en este caso deben aplicarse otras obligaciones internacionales derivadas de instrumentos internacionales.

Guatemala es el único país de la región que contempla una regulación específica sobre el principio de no devolución en el caso de los menores migrantes. Al respecto su Código de Migración de Guatemala establece que *“no se trasladará a ningún niño, niña o adolescente a otro país si existiera un riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos, en particular la violación del derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física”*³⁰⁰. Asimismo, señala que cuando se presenten este tipo de casos, la Subdirección de Atención y Protección de Derechos Fundamentales de los Migrantes debe comunicar inmediatamente al Director General del Instituto Guatemalteco de Migración para que les otorgue el estatus de residencia temporal, establezca la no devolución hasta que se determine su situación y les garantice sus derechos fundamentales³⁰¹.

Del análisis de las distintas leyes migratorias centroamericanas puede concluirse que en la mayoría de ellas se garantiza el principio de no devolución, al prever que ninguna persona puede ser expulsada a su país de origen o a un tercer país si ello implicase un peligro para su vida e integridad personal. No obstante, Guatemala es el único país que contempla una regulación especial respecto a la no devolución de menores de edad migrantes. Por lo que podría concluirse que aún faltan esfuerzos en la región por regular este tipo de situaciones, en especial, en cuanto a la determinación de la situación migratoria de los niños y niñas cuando se encuentren en este tipo de situaciones.

E. Asilo y condición de refugiado

En el momento en que las autoridades migratorias tengan conocimiento de que una persona migrante cumpla con los requisitos para obtener la condición de refugiado o asilado³⁰², deben evitar obstaculizar su ingreso en el país y tampoco pueden detenerla;

²⁹⁹ Nicaragua, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), art. 8.

³⁰⁰ Guatemala, “Código de Migración” (2016), art.170.10.

³⁰¹ Ídem, art.173.

³⁰² Belice, “Refugees Act. Chapter 165” (2000), art. 4.1; Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), arts. 12 y 14; Nicaragua, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), art. 1; El Salvador,

más bien tienen la obligación de llevar a cabo los procedimientos necesarios para brindarle la protección y atención necesarias³⁰³. Además, cuando el solicitante principal del refugio o asilo sea un menor de edad, se le debe dar prioridad y el trámite de su solicitud deberá enfocarse en las particularidades y necesidades de las niñas y los niños, especialmente si se encuentran sin compañía o separados de sus padres³⁰⁴. Asimismo, se les debe brindar la posibilidad de recibir asistencia social³⁰⁵ y a contar con representación legal³⁰⁶.

Recibida la solicitud de refugio o asilo, las autoridades correspondientes deben realizar una entrevista al menor procurando no causar ningún trauma ni revictimización, el objetivo de dicha entrevista es recabar la información pertinente sobre la situación de la niña o niño e identificar sus necesidades inmediatas. Las legislaciones centroamericanas que regulan el proceso de la entrevista, establecen como derechos de la persona entrevistada los siguientes: i) recibir asistencia de un intérprete o traductor en caso de

“Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002), art. 4; Panamá, “Decreto Ejecutivo N. 23 por el cual se desarrolla la Ley No. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), art. 5, y Honduras, “Ley de Migración y Extranjería” (2004), arts. 42 y 52.

³⁰³ Guatemala, “Código de Migración” (2016), arts. 43, 44 y 173; Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), arts. 16, 17, 120 y 126; Nicaragua, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), arts. 10, 18 a 22; Belice, “Refugees Act. Chapter 165” (2000), arts. 5 y 9; El Salvador, “Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002), arts. 14 a 31; Panamá, “Decreto Ejecutivo No. 23 por el cual se desarrolla la Ley N. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), arts. 25 a 35.

³⁰⁴ Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), art. 10; Belice, “Refugees Act. Chapter 165” (2000), category. 14, y Guatemala, “Código de Migración” (2016), art. 11.

³⁰⁵ El Salvador, “Decreto Ejecutivo N. 79. Reglamento de la Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas” (2005), arts. 32 y 57, y Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), art. 58.

³⁰⁶ Nicaragua, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), arts. 20 y 21, y El Salvador, “Decreto Ejecutivo N. 79. Reglamento de la Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas” (2005), art. 57.

no hablar el idioma español³⁰⁷; ii) ponerse en contacto y solicitar asistencia del ACNUR³⁰⁸, y iii) ser entrevistado por un examinador de su mismo sexo³⁰⁹.

Una vez obtenido el reconocimiento de la condición de persona refugiada, el Estado debe emitir un documento de identidad que acredite su permanencia en el país y que le permita tener acceso a los servicios que brinda el Estado, a ejercer los derechos que le correspondan y a desarrollar actividades remuneradas o lucrativas³¹⁰. Asimismo, las leyes sobre refugiados de Nicaragua y El Salvador establecen que dicho documento se entregará además a cada miembro del grupo familiar de la persona que solicitó el refugio, independientemente de la edad que tengan.

Por otro lado, los ordenamientos jurídicos de El Salvador y Panamá disponen que el documento de identidad solamente será válido por el término de un año, renovable por el mismo período, y en caso de pérdida o robo se podrá solicitar su reposición, al presentar copia de la denuncia del hecho ante autoridad competente en Panamá, y previa notificación a la Secretaría de la “Comisión para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas y sus Funciones” en El Salvador.

La condición de refugiado si bien puede durar muchos años, también puede cesar ya sea por voluntad del beneficiario o por desaparición de los motivos por los que fue otorgada. Es por ello que en el caso de las niñas y los niños -en virtud de su interés superior- los

³⁰⁷ Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), arts. 120 y 129; Nicaragua, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), art. 18; Honduras, “Ley de Migración y Extranjería” (2004), art. 46; El Salvador, “Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002), arts. 20 y 31, y Panamá, “Decreto Ejecutivo No. 23 por el cual se desarrolla la Ley N. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), arts. 31.4 y 33.

³⁰⁸ Nicaragua, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), arts. 18 y 25; El Salvador, “Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002), arts. 31, y Honduras, “Ley de Migración y Extranjería” (2004), art. 46.

³⁰⁹ Nicaragua, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), art. 24; El Salvador, “Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002), art. 31, y Panamá, “Decreto Ejecutivo No. 23 por el cual se desarrolla la Ley N. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), art. 34.

³¹⁰ Belice, “Refugees Act. Chapter 165” (2000), art. 17; Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), art. 56; Nicaragua, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), art. 23; El Salvador, “Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002), art. 33; Panamá, “Decreto Ejecutivo No. 23 por el cual se desarrolla la Ley N. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), art. 50, y Honduras, “Ley de Migración y Extranjería” (2004), art. 44.

Estados tienen la obligación de encontrar una solución duradera a su situación migratoria, ya sea por medio de la repatriación voluntaria³¹¹, el reasentamiento³¹² o la integración social³¹³.

La mayoría de las legislaciones en Centroamérica, si bien regulan de manera general el derecho a recibir asilo o refugio, no son muy amplias en cuanto al otorgamiento de protecciones especiales a los menores migrantes no acompañados y separados; por ello, se les debe aplicar las mismas reglas que a las personas adultas. Esta situación puede resultar inconveniente en algunas situaciones en que en razón de su interés superior deban recibir un tratamiento especial.

F. Derecho a la vida familiar y reunificación familiar

La vida familiar es un derecho protegido constitucionalmente en todos los países centroamericanos³¹⁴, el cual entre otras cosas, implica que bajo ninguna circunstancia se deben separar a las niñas y los niños de su núcleo familiar, a menos que, en virtud de su interés superior, existan razones para hacerlo³¹⁵. Además, dichas razones deben estar debidamente justificadas, ser excepcionales y, en la medida de lo posible, temporales³¹⁶. En cuanto a este punto, el Código de Migración de Guatemala estipula

³¹¹ El Salvador, “Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002), arts. 38 y 39, y Panamá, “Decreto Ejecutivo No. 23 por el cual se desarrolla la Ley N. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), arts.61 y 62.

³¹² Panamá, “Decreto Ejecutivo No. 23 por el cual se desarrolla la Ley N. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), arts. 63 y 64, y Honduras, “Ley de Migración y Extranjería” (2004), art. 44.

³¹³ Nicaragua, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), art.32; Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), art.105, y Panamá, “Decreto Ejecutivo No. 23 por el cual se desarrolla la Ley N. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), art. 53.10.

³¹⁴ Belice, “Constitution of Belize” (1981), art. 3.c; Guatemala, “Constitución Política” (1985), art. 47; Honduras, “Constitución Política” (1982), arts. 76 y 111; El Salvador, “Constitución Política” (1983) arts. 2, 32 y 34; Nicaragua, “Constitución Política” (1948), art. 65; Costa Rica, “Constitución Política” (1949), art. 51, y Panamá, “Constitución Política” (1972), art. 56.

³¹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto N. 10330 de las nueve horas quince minutos del veintidós de julio de dos mil dieciséis.

³¹⁶ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág.273, párr.103.

que,

“las personas migrantes y sus familias tienen derecho a permanecer juntas en todo momento. Si por razones administrativas y de manera estrictamente excepcional, debe ser separadas, esto deberá ser únicamente por el tiempo que dure la gestión, debiendo informar a la familia el lugar donde se encontrará, la gestión que debe realizarse y la autoridad que ha requerido y por la cual se le separará temporalmente. En el caso de niños, niñas y adolescentes, podrán ser separados de su familia, también de manera estrictamente excepcional y exclusivamente en razón de su interés superior”³¹⁷.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, los supuestos por los que podría darse una separación del menor de su familia pueden presentarse en aquellos casos: i) en que la niña o el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres; ii) cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia de la niña o del niño, o iii) sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño³¹⁸; este último supuesto es importante en el caso de las familias migrantes pues, en estos casos la garantía del derecho a la unidad familiar, se contraponga a las potestades de los Estados de aplicar sus políticas migratorias .

Ante estas situaciones, es necesario realizar una ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos en cada caso en concreto. Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de evaluar que la medida que estipule la expulsión de una persona migrante, debe estar prevista en la ley, y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad³¹⁹.

Al respecto, la legislación panameña dispone que antes de ordenar la deportación, el Servicio Nacional de Migración deberá *“procurar que se preserve el interés superior de*

³¹⁷ Guatemala, “Código de Migración” (2016), art. 15.

³¹⁸ Organización de Estados Americanos, “Convención sobre los Derechos del Niño” (1989), art. 9.1.2.

³¹⁹ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014), pág. 104, párr. 275.

*las personas menores de edad y la unidad familiar*³²⁰. Por otra parte, establece que,

“en consecuencia con la vigencia del principio de unidad familiar, la Repatriación deberá efectuarse en conjunto, a nivel del núcleo familiar básico, exceptuándose los casos siguientes:

1) Cuando uno de los integrantes del núcleo familiar básico haya conformado otra familia por unión de hecho o matrimonio, y decidan permanecer dentro de la República, adoptando otro status migratorio.

*2) Cuando un dependiente mayor de edad solicite permanecer en el país para finalizar estudios y/o cambiar su status migratorio*³²¹.

Sobre el tema de expulsiones por irregularidad migratoria existen lagunas legales en los ordenamientos jurídicos centroamericanos, sobre todo en aquellos casos en que las expulsiones de uno o ambos padres podrían ser contrarias al interés superior del menor.

En el caso de las migraciones, el derecho a la vida familiar conlleva a su vez el derecho a la reunificación familiar, entendida como *“la reunión junto a una persona que reside en un país del que no es nacional de los miembros de su familia más próximos que residen en otro país, en condiciones de entrada y residencia más favorables que para el resto de extranjeros*³²². Tal como se expuso en párrafos anteriores, la reunificación familiar es una de las principales razones por las que cada vez más niños deciden migrar sin compañía.

Este derecho es garantizado en todas las legislaciones de la región³²³ y está previsto

³²⁰ Panamá, “Decreto Ley No.3. Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones” (2008), art. 66.6.

³²¹ Panamá, “Decreto Ejecutivo N. 23 por el cual se desarrolla la Ley No. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), art. 62.

³²² P. Kayser, “Le regroupement familial dans le droit communautaire. La Convention Européenne des droits de l’homme et le droit interne française” (Revista La Semaine Juridique, 1993), pág. 235.

³²³ Belice, “Refugees Act. Chapter 165” (2000), pág. 62; Guatemala, “Código de Migración” (2016), art. 60; Honduras, “Ley de Migración y Extranjería” (2004), art. 47; El Salvador, “Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002), art. 37; Nicaragua, “Ley No. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008), art.33; Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), arts. 64 a 74, y Panamá, “Decreto Ejecutivo N. 23 por el cual se desarrolla la Ley No. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998), arts. 56 a 60.

principalmente como un derecho de las personas refugiadas. De acuerdo con la “Ley para la determinación de la condición de persona refugiada” de El Salvador, la reunificación familiar se trata de *“un principio reconocido en el Derecho Internacional de los Refugiados y las personas refugiadas reconocidas como tales, tendrán derecho a solicitar la reunión de su grupo familiar básico”*³²⁴.

Costa Rica establece que los familiares que pueden beneficiarse de este derecho son los siguientes:

*“cónyuge, los hijos menores de edad, hijos mayores solteros hasta 25 años de edad, que demuestren continuar siendo dependientes económicamente y que continúen estudiando, hermanos menores de edad o solteros hasta 25 años de edad, que demuestren continuar siendo dependientes económicamente y que continúen estudiando, sus padres naturales y políticos, que sean mayores de 60 años con relación de dependencia o menores en relación de dependencia que sea acreditada, si son otros familiares bajo la custodia legal de la persona reconocida como persona refugiada. Este criterio será inclusivo a parientes con discapacidad que no entren en los anteriores supuestos y exista una relación de dependencia demostrada”*³²⁵.

Respecto al resto de los países centroamericanos, Costa Rica es el más extensivo en cuanto a la consideración de quienes son familia y por ende pueden optar por el derecho a la reunificación familiar.

De la manera en que este derecho está regulado en las distintas legislaciones de la región puede aducirse que se trata de un beneficio que puede ser adquirido por los familiares de una persona que haya obtenido la condición de refugiado. No obstante, al limitarse el ámbito de aplicación de este derecho al tema de refugiados, se dejaría en indefensión a muchas personas que desean reunirse con sus familias, tal es el caso de los menores migrantes no acompañados o separados que no poseen un familiar que haya adquirido la condición de refugiado. En estos casos, no es claro qué procedimientos deben llevarse a cabo para que el menor solicite este derecho y quedará a criterio de los

³²⁴ El Salvador, “Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002), art. 37.

³²⁵ Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011), art. 64.

agentes del Estado de determinar si le otorga o no.

Con base en lo planteado hasta aquí, puede comprobarse que los estándares internacionales planteados en la Opinión Consultiva 21 no se encuentran aplicados a cabalidad en las distintas leyes de los Estados centroamericanos. Dependiendo del tema, hay casos en que las leyes son poco claras, confusas o contradictorias, y en otros simplemente no hay una regulación al respecto. Tratándose de menores no acompañados y separados, son muy pocas las normas que se refieren a ellos de manera específica. Por ello, su ámbito de protección se reduce a lo que establezcan las leyes migratorias y de niñez de cada país, que puede resultar en graves omisiones o violaciones a sus derechos humanos, pues debido a la situación particular de vulnerabilidad en que se encuentran estos menores requieren de un ámbito de protección especial.

CONCLUSIONES

El reconocimiento y protección de los derechos humanos de las niñas y los niños migrantes, ha sido el resultado de un proceso evolutivo del Derecho Internacional; la comunidad internacional ha realizado importantes esfuerzos en crear diversos órganos, instituciones e instrumentos normativos sobre el tema.

En el caso del Sistema Universal de Derechos Humanos, la Organización de las Naciones Unidas ha desempeñado un rol fundamental en la tutela de estos derechos, ya sea a través del trabajo que desempeñan sus diversos órganos como el OHCHR, el ACNUR, el UNICEF, la OIM, la OIT, la Relatora especial sobre derechos de los migrantes y el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores y sus familias, como de las diversas normas que estos órganos han emitido a lo largo de los años, referente a los temas de derechos humanos, niñez y migración. La Convención sobre los Derechos del Niño es la norma de mayor relevancia en cuanto a la garantía del goce pleno y efectivo de los derechos fundamentales de las niñas y niños, pues por medio de ella se les reconoce como sujetos de derecho.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por medio de la Organización de Estados Americanos, ha contribuido en la creación de diversos mecanismos de protección de derechos humanos en el continente. La CIDH y la Corte Interamericana, son los organismos que han realizado mayores aportes en la elaboración de normas y doctrinas referentes a la materia. Por medio de diversos informes elaborados por sus relatorías especiales, la CIDH evidencia que en los últimos años ha incrementado el número de niños y niñas migrantes, que transitan sin compañía o separados de sus familias. Estos provienen principalmente de los países del Triángulo Norte de Centroamérica (Guatemala, Honduras y El Salvador), donde actualmente se vive una crisis humanitaria que afecta gravemente el ejercicio pleno de los derechos humanos. Además, ha señalado la escasez de mecanismos enfocados en la protección efectiva de los menores migrantes no acompañados y separados, así como la necesidad de que los países de la región colaboren en la elaboración e integración de dichos mecanismos.

A través de sus funciones, contenciosa y consultiva, la Corte IDH ha creado importantes

estándares internacionales en materia de niñez y migración y, ha instado a los países del continente americano a incorporarlos en sus ordenamientos jurídicos. La Opinión Consultiva N. 21 es uno de los trabajos más importantes que se han realizado en el tema de los niños y niñas migrantes no acompañados y separados. Por medio de ella, la Corte Interamericana estableció una serie de procedimientos especiales que los Estados deben adoptar en sus ordenamientos jurídicos, a fin de proteger y garantizar los derechos fundamentales de estos menores.

Es por medio de estos órganos e instrumentos internacionales que se ha logrado reconocer que los menores migrantes tienen condiciones particulares de vulnerabilidad, por lo que se les debe aplicar un régimen especial de protección de sus derechos, entre los cuales se destacan; el derecho a la igualdad y no discriminación, a la educación, a la protección de la familia, a la libertad e integridad personal, a tener una nacionalidad, a solicitar asilo o refugio, entre otros.

Además de estos derechos, existen principios rectores en materia de protección de los niños y niñas migrantes, que deben ser aplicados en todo proceso o decisión que involucre a un menor de edad migrante. El interés superior del niño es el principio por excelencia, cuando se habla del tema de la niñez e implica que en todo momento se debe procurar la satisfacción plena y efectiva de los derechos de las niñas y los niños; para ello se deben tomar en cuenta sus características y necesidades especiales. Tratándose de menores no acompañados y separados, este principio adquiere mayor importancia, debido a que se encuentran en un situación de mayor vulnerabilidad.

Por otro lado, el principio de no devolución en términos generales, impide a los Estados, expulsar a una persona de su territorio si al hacerlo la pondría en una situación de riesgo que atente contra la vida e integridad. En virtud de este principio, al momento de decidir sobre la deportación de una persona, los Estados deben realizar una ponderación entre la aplicación de sus políticas migratorias y los derechos humanos del migrante; en el caso de los menores migrantes, especialmente, la decisión que se tome debe ser conforme a su interés superior. Otros principios como el de igualdad y no discriminación, el debido proceso, de separación y unidad familiar también son fundamentales en la consideración de casos que involucren niñas

y niños no acompañados o separados, ya que permiten asegurar mayores garantías para el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos.

Debido a su ubicación geográfica, Centroamérica es una zona con un alto flujo de migrantes, primero porque es una de las rutas de tránsito más utilizadas por las personas que migran de sur a norte del continente americano. En segundo lugar, porque los países centroamericanos, en especial los que conforman el Triángulo Norte y Nicaragua, han sido víctimas, en la últimas décadas, de un aumento considerable en los índices de pobreza e inseguridad social; esto ha dado como resultado un incremento de las personas que migran con el fin de obtener una mejor calidad de vida. Con el aumento de las migraciones, también ha incrementado el número de niños y niñas que se desplazan sin compañía o separados de sus familias.

Los motivos por los que deciden migrar los menores en estas circunstancias, son diversos y atienden a las diversas necesidades que aquejan a muchas personas en la región, entre estos motivos destacan, la búsqueda de mejores oportunidades de vida, la reunificación familiar, huir ante amenazas a sus derechos humanos por motivos de inseguridad social a causa del crimen organizado, desastres naturales, violencia familiar, explotación y tráfico infantil, pobreza extrema, entre otros.

Si bien las anteriores son razones de peso para justificar el hecho de que una persona decida migrar, también debe considerarse que durante el trayecto puede ser víctima de riesgos que podrían poner en peligro su vida, seguridad, libertad e integridad personal, especialmente tratándose de menores de edad no acompañados o separados de sus padres. Así por ejemplo, son más propensos a ser víctimas de organizaciones de crimen organizado dedicadas al tráfico y trata de personas (sexual, laboral, etc.) y al narcotráfico, también podrían sufrir abusos físicos y sexuales, extorsiones, robos, secuestros, desapariciones, asesinatos y demás. Asimismo, en el caso de que sean detenidos o deportados podrían ser víctimas de abusos de autoridad por parte de los agentes estatales y de la falta o mala aplicación de mecanismos migratorios que velen por su interés superior.

Lo anterior, ha dado como resultado la necesidad de que los países de la región cumplan con sus obligaciones internacionales de reforzar y en su caso crear mecanismos de control migratorio enfocados en las particularidades y necesidades de los niños y las niñas no

acompañados y separados; a su vez deben ser conforme al interés superior del menor. Esto responde al tema de la responsabilidad estatal, la cual implica que los Estados deben adecuar sus ordenamientos jurídicos internos a los estándares internacionales contenidos en los instrumentos normativos que hayan ratificado.

En el caso de las legislaciones centroamericanas, no existe una ley que aborde específicamente el tema de los menores migrantes no acompañados o separados. No obstante, cada país cuenta con normas generales y otras un poco más específicas, que consideran las particularidades de los niños y niñas migrantes, y que consideran los estándares internacionales establecidos en la OC 21.

El primer momento en que se deben aplicar dichos estándares es cuando el Estado tiene conocimiento de la entrada de un menor migrante en su territorio. En estos casos es necesario que se lleve a cabo una evaluación inicial del menor, quien mientras tanto deberá ser puesto bajo la custodia de personal calificado. Costa Rica, por medio de su *“Protocolo para la atención y protección de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas o separadas, fuera de su país de origen”* y Guatemala a través de su *“Código de Migración”* son los únicos países en la región en regular ambos aspectos de la custodia y evaluación inicial de la niña o el niño migrante no acompañado. Los otros países contienen normas muy generales que podrían ser aplicadas en estas situaciones o bien no abordan del todo el tema. Estos vacíos legales pueden generar falta de claridad entre las autoridades estatales pues no cuentan con procedimientos o lineamientos específicos que deban cumplir en este tipo de situaciones, lo cual puede provocar detenciones o deportaciones injustificadas y que atenten contra los derechos humanos del menor migrante.

La custodia de los menores migrantes durante el tiempo que tarda en resolverse su situación migratoria, es importante, en cuanto no pueden ser privados de su libertad. De acuerdo con los estándares internacionales sobre el tema, los Estados tienen la obligación de evitar que el ingreso irregular de migrantes en su territorio sea penado con privación de libertad, pues este tipo de penas deben ser excepcionales y aplicarse únicamente como último recurso, por razones de necesidad y en el menor tiempo posible. En la actualidad, Belice es el único país de la región en disponer la detención de migrantes como una sanción penal por infringir su

legislación migratoria. Mientras que en el resto de los países, a excepción de Panamá, sus legislaciones contemplan la detención administrativa. No obstante, las normas que se refieren a este tema son poco claras en relación con las condiciones y procedimientos que se deben llevar a cabo durante la detención de un migrante irregular. Por ello, es necesario que los Estados analicen las inconsistencias y vacíos que existan en sus ordenamientos, respecto al tema de detenciones y privaciones de libertad, por razones migratorias y realicen las reformas debidas conforme a los estándares internacionales.

Al ser la privación de libertad una medida excepcional, las legislaciones nacionales deben contemplar medidas alternativas que permitan a las autoridades estatales tener control sobre los migrantes en condición irregular, sin menoscabar sus derechos fundamentales. Sobre este punto, la mayoría de países centroamericanos contemplan la posibilidad de que las niñas y los niños migrantes sean alojados en albergues destinados para esos efectos; de estos solo Nicaragua y Panamá especifican que los menores deben ser separados de los adultos. En términos generales, en ningún país queda en claro cuáles son las condiciones necesarias para que se lleve a cabo el alojamiento en albergues, ni las condiciones mínimas que estos tienen que tener para poder brindar una atención integral. Por su parte, Costa Rica es el único país en contemplar específicamente en su ley medidas alternativas a la privación de libertad, tales como la presentación y firma periódica ante las autoridades competentes, orden de aprehensión de la persona extranjera, caución, decomiso temporal de documentos y la detención domiciliaria.

La falta de medidas alternas y la poca claridad de sus leyes en la mayoría de ordenamientos centroamericanos da como resultado la detención recurrente de personas migrantes. En estos casos es indispensable que en todo momento se respeten los derechos de la persona detenida y se cumpla con los estándares internacionales sobre el debido proceso. De acuerdo con estos estándares, la privación de libertad debe ser legal, las detenciones o encarcelamientos no deben ser arbitrarios, la persona debe ser informada de los motivos de su detención en un idioma que comprenda, el menor tiene derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal, que se encuentra bajo custodia del Estado y a recibir información y acceso a la asistencia consular. Del análisis de las leyes centroamericanas, puede terminarse que algunos países no regulan plazos máximos de detención mientras que otros

contemplan plazos mayores a los estipulados en sus constituciones políticas. Ninguna de sus leyes migratorias regulan la garantía del control judicial de las detenciones, tampoco se refieren al criterio de brevedad de las detenciones, ni establecen medios idóneos para que los menores puedan comunicar a sus padres o a terceros acerca de su detención. Asimismo, cabe destacar que en la mayoría de estas legislaciones se contempla el derecho de las personas a ser notificadas de los motivos de su detención y a la posibilidad de recibir asistencia consular.

Por otro lado, atendiendo al principio de no devolución, la mayoría de países centroamericanos prohíbe la expulsión de personas migrantes cuando exista un peligro a su vida e integridad personal. No obstante, Guatemala es el único que posee una regulación especial en cuanto a la no devolución de niñas y niños migrantes.

Cuando se reciba una solicitud de asilo o refugio por parte de un niño o niña migrante, los funcionarios estatales correspondientes deben realizar una entrevista al menor con el fin de identificarlo y determinar si proceden los motivos de su solicitud. La decisión sobre el otorgamiento de la condición de refugiado que realicen los Estados, debe ser conforme al interés superior del menor y ofrecer una solución duradera para la situación migratoria del menor. Este tema está regulado en todos los ordenamientos jurídicos de la región, sin embargo existen vacíos legales en relación con la situación de los niños no acompañados o separados.

Finalmente, cabe destacar que conforme a lo estipulado en las diversas leyes estudiadas, los países centroamericanos consideran importante el derecho a la vida familiar; sin embargo, son omisos en contemplar las implicaciones que tendrían las expulsiones de uno o ambos padres e inclusive del menor de su territorio y los procedimientos por seguir en este tipo de situaciones. En el caso de la reunificación familiar sucede algo similar, pues, al contemplarlo como un derecho de los refugiados, se dejan de lado las situaciones en que el niño o la niña requieran reencontrarse con sus padres, pero ninguno de ellos posee la condición de refugiado.

De todo lo anterior, puede concluirse que si bien tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se han desarrollado importantes estándares

internacionales que buscan la protección y garantía efectiva de los derechos humanos de los menores migrantes no acompañados y separados. Los países centroamericanos aún tienen mucho trabajo por realizar para lograr adaptar sus ordenamientos jurídicos a dichos estándares. Esto porque que en la actualidad ninguno de estos países cuenta con una ley que regule específicamente la situación de dichos menores, de manera que se rigen por lo estipulado en las leyes sobre niñez y migración. En la investigación se muestra que las leyes centroamericanas presentan contradicciones, confusiones y poca claridad en muchos aspectos, que podrían conllevar que se realicen acciones o se tomen decisiones que vulneren sus derechos fundamentales y que darán como resultado la responsabilidad internacional de los Estados.

Por lo tanto, de acuerdo con la hipótesis y problemática planteadas al inicio de esta investigación, la protección jurídica que brindan las legislaciones centroamericanas en la actualidad no es completamente efectiva pues no cumplen a cabalidad con los estándares internacionales sobre los derechos humanos de las niñas y los niños migrantes no acompañados y separados.

BIBLIOGRAFÍA

DOCUMENTOS

Alicia Bárcena, “América Latina y Europa: la migración internacional es oportunidad para la integración, el desarrollo y el fortalecimiento de los derechos humanos” (Biarritz: CEPAL, 2010).

Alfred Verdross, “Derecho Internacional” (Madrid: Aguilar, 1963)

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “ACNUR, ¿A Quién Ayuda?, Niños”. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/ninos/>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “El ACNUR”. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Estructura y Organización”. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/estructura-y-organizacion/>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados” (2001)

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos”, (Center for Gender and Refugee Studies: 2015)

Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Sus derechos humanos, Migrantes, Relator Especial sobre los derechos de los migrantes”. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/>

Antonio Augusto Cançado Trindade, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI” (Revista IIDH, N.46: 2007).

Carlos D. Espósito, “Soberanía e igualdad en el derecho internacional” (Revista Estudios Internacionales, N. 165, 2010).

Catholic Relief Services, “Niñez migrante. Detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados” (2010).

Cecilia Medina Quiroga, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004).

CEPAL, “Infancia y migración internacional en América Latina y el Caribe”. Revista Desafíos: Número 11).

Christian Steiner, y Patricia Uribe, “Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada” (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014).

Claudia Martin, Diego Rodríguez Pinzón, y José A. Guevara B., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos (México: Universidad Iberoamericana, 2006).

Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, “Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Conclusiones y Recomendaciones”, (Cartagena, 1984).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “CIDH culmina su visita en los Estados Unidos de América” (2014).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México” (2013).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso” (2010).

Comisión Interamericana de Derechos Humano, “Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, Sobre la Relatoría, Mandato y Funciones”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/mandato/mandato.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Relatoría sobre los Derechos

de los Migrantes, Actividades, Visitas a Países” (2014).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados” (2014).

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Migración internacional, derechos humanos y desarrollo” (ONU, 2006).

Corte I.D.H., “El ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El qué, cómo, dónde y por qué de la Corte Interamericana” (2013).

Daniel O’Donnell, “Derecho internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, (Colombia: ACNUR, 2004).

E. Coria Márquez, G. Bonnici, y V. Martínez, “¿Qué esperamos del futuro? Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas” (Melbourne: International Detention Coalition, 2017).

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Carlos María Pelayo Möller, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana” (Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012).

Erika Feller Volker Türk, y Frances Nicholson, “Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional. Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional” (ACNUR, 2010).

Fabián Omar Salvioli, “El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos en: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI” (San José, 2001).

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia “La crisis de los refugiados y migrantes. La infancia en peligro” (2016).

Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia “La función del UNICEF”. Disponible en:

http://www.unicef.org/spanish/mdg/28184_28229.htm

Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, “La crisis silenciosa de los niños migrantes no acompañados de Centroamérica” (2016). Disponible en: http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/honduras_86561.html

Giammpol Taboada Pilco, “El principio de contradictorio”, Instituto de Ciencia Procesal Penal. Disponible en: <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/principiocontradictoriotaboada.pdf>

Global Detention Project, “Belize Immigration Detention Profile” (2016). Disponible en: https://www.globaldetentionproject.org/countries/americas/belize#_ftnref11

Gonzalo Aguilar Cavallo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. (Chile: Universidad de Talca, 2008).

Gonzalo Monge Núñez, y Víctor Rodríguez Rescia, “Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad. Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014).

Guillermo Acuña González, “Migración de niños, niñas y adolescentes, derechos humanos y trabajo infantil. Los nuevos actores en la migración y su incorporación al mercado de trabajo en la región: algunos elementos para su análisis” (Costa Rica: Defensa de Niñas y Niños Internacional, 2010).

Guillermo Acuña González, “Migración y trabajo infantil adolescente: una aproximación para la construcción de una agenda regional” (2006).

International Detention Coalition, “Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas” (2016).

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Prácticas relevantes de protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes sin compañía en el Triángulo Norte y México” (2016).

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, “Bienvenidos al IIN”:

Disponible en: <http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml>

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, “Migración no acompañada de niñas, niños y adolescentes” (2011).

Jaime Oraá, y Felipe Gómez Iza, “La Declaración Universal de los derechos Humanos”, (Bilbao: Universidad de Deusto, 1997).

Javier Arias Ospina, y Juliana Galindo Villareal, “Protección Multinivel de Derechos Humanos: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013).

Jean Zermatten, “El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico” (2003).

Jorge Martínez Pizarro, “América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo” (Santiago: CEPAL, 2008).

José Cafferata Nores, “Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas”, (Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación, 1998).

José Reyez, “Víctimas de abusos niños migrantes de Centroamérica” (México, 2017). Disponible en: <http://www.voltairenet.org/article196930.html>

Juan Pablo Pérez León, “El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo”, vol. VIII (Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2008).

Julio B. J. Maier, “Derecho Procesal Penal. Fundamentos”, (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004).

Karen Musalo y Pablo Cariani Cernadas, “Niñez y Migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos” (2015).

Luis A. Varela Quirós, “Las Fuentes del Derecho Internacional” (Editorial Temis S.A., 1996),

Loreto Martínez Oyarce y Loreto Ditzel Lacoa, “Lineamientos para la

implementación y gestión de políticas públicas de protección integral dirigidas a la primera infancia. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes” (2009).

Manuel Ventura Robles, “Ensayos en honor de Thomas Buergenthal: El valor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos” (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996).

Miguel Cillero Bruñol, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios” (Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, N. 234). Disponible en: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>

Miguel Cillero Bruñol, “Justicia y derechos del niño. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” (Santiago: UNICEF, 2007).

Miguel Villa, y Jorge Martínez P., “La Migración Internacional en América Latina y el Caribe: rasgos sociodemográficos y económicos” (Caracas: CEPAL, 2002).

Mauricio Ramos “Niñez migrante: vidas en tránsito” (Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia). Disponible en: <http://www.unicef.org/mexico/spanish/17043.htm>

Marcos González, “La crisis silenciosa de los niños migrantes no acompañados de Centroamérica” (Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016). Disponible en: http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/honduras_86561.html

Miriam Elsa Contreras López, “Análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. (Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V., 2006),

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas” (2009).

Organización de las Naciones Unidas, “Derechos Humanos y Trata de Personas en las Américas. Resumen y aspectos destacados de la Conferencia Hemisférica sobre

Migración Internacional” (Santiago: CEPAL, 2003).

Organización de las Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y Consecuencias” (2014).

Organización Internacional del Trabajo, “Acerca de la OIT, Misión y objetivos”. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo, “Combatir la trata infantil con fines de explotación laboral” (Ginebra, 2009).

Organización Internacional del Trabajo, “Niños, niñas y adolescentes migrantes trabajadores en zonas fronterizas en Centroamérica y Panamá” (2014).

Organización Internacional para las Migraciones. “A propósito de la OIM”: Disponible en: <http://www.iom.int/es/proposito-de-la-oim>

Rebeca García Bravo, “Maras en Centroamérica y México” (Madrid: Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2013).

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas” (2009).

P. Kayser, “Le regroupement familial dans le droit communautaire. La Convention Européenne des droits de l’homme et le droit interne française” (Revista La Semaine Juridique, 1993).

Shirley Campos García, “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia” (Revista IIDH, N. 50, 2001).

Soledad Villagra de Biedermann. “El Paraguay Frente al Sistema Internacional de los Derechos Humanos: El Sistema Universal de Derechos Humanos: Los Mecanismos Convencionales y los Mecanismos basados en la Carta”, (Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004).

UNICEF, “La travesía. Migración e Infancia” (México, 2011).

UNICEF y Universidad Nacional de Lanús, “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación irregular y algunas líneas de acción para su protección” (2008).

NORMATIVA INTERNACIONAL

Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, “Observación General N. 20” (1992).

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” (ONU, 2005).

Comité de los Derechos del Niño, “Observación General N. 12: El derecho del niño a ser escuchado”.

Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 17: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” (2002).

Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 18: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (2003).

Corte I.D.H., “Opinión Consultiva N. 21: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014).

Organización de Estados Americanos, “Convención Americana de Derechos Humanos” (1969).

Organización de Estados Americanos. “Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores” (1994).

Organización de Estados Americanos, “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” (1948).

Organización de Estados Americanos, “Protocolo contra el tráfico ilícito de

migrantes por tierra, mar y aire” (2003).

Organización de Estados Americanos, “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños” (2003).

Organización de Estados Americanos, “Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (2009).

Organización de las Naciones Unidas, “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (2000)

Organización de las Naciones Unidas, “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” (1990).

Organización de las Naciones Unidas, “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (1984).

Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados” (1951).

Organización de las Naciones Unidas, “Convención sobre los Derechos del Niño”, (1989).

Organización de las Naciones Unidas, “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (1948).

Organización de las Naciones Unidas, “Observación General 18: No discriminación” (1989).

Organización de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (1966).

Organización de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales” (1966).

Organización de las Naciones Unidas, “Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”

(1998).

Organización de las Naciones Unidas, “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (1999).

Organización Internacional del Trabajo, “Convenio N.138 sobre la edad mínima de admisión al empleo” (Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 1973).

Organización Internacional del Trabajo, “Convenio N. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación” (Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 1999).

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte I.D.H., “Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá” (2003).

Corte I.D.H., “Caso Bulacio Vs. Argentina” (2003).

Corte I.D.H., “Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala” (2010)

Corte I.D.H., “Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia” (2013).

Corte I.D.H., “Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina” (2012).

Corte I.D.H., “Caso Gelman Vs. Uruguay”. Fondo y Reparaciones” (2011).

Corte I.D.H., “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México” (2009).

Corte I.D.H., “Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas”, (2013).

Corte I.D.H., “Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay” (2004).

Corte I.D.H., “Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala” (2012).

Corte I.D.H., “Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia” (2012).

Corte IDH. “Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia” (2005).

Corte I.D.H., “Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana” (2005).

Corte I.D.H., “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo” (1999).

Corte I.D.H., “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones” (2001).

Corte I.D.H., “Caso Vélez Loo Vs. Panamá” (2010).

NORMATIVA NACIONAL

Constitución Política de la República de Costa Rica (1949).

Constitución Política de la República de El Salvador (1983).

Constitución Política de la República de Guatemala (1985).

Constitución Política de la República de Honduras (1982).

Constitución Política de la República de Nicaragua (1948).

Constitución Política de la República de Panamá (1972).

Constitution of Belize (1981).

Belize, Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, “International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. Concluding observations on Belize in the absence of a report” (2014).

Belize, “Immigration Act. Chapter 136” (2000).

Belize, “Refugees Act. Chapter 165” (2000).

Rica, Dirección General de Migración y Extranjería y Patronato Nacional de la Infancia, “Protocolo para la atención y protección de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas o separadas, fuera de su país de origen”.

Costa Rica,” Ley 8764. Ley General de Migración y Extranjería” (2009).

Costa Rica, “Reglamento de Personas Refugiadas” (2011).

El Salvador, “Decreto Ejecutivo N. 79. Reglamento de la Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas” (2005).

El Salvador, “Ley de Migración” (1958).

El Salvador, “Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas” (2002).

El Salvador, “Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Infancia” (2009).

Guatemala, “Código de Migración” (2016).

Guatemala, “Política de Desarrollo Social y Población” (2002).

Honduras, “Código de la Niñez y la Adolescencia” (1996).

Honduras, “Ley de Migración y Extranjería” (2004).

Nicaragua, “Ley N. 655. Ley de Protección a Refugiados” (2008).

Nicaragua, “Reglamento a la Ley No. 761. Ley de Migración y Extranjería” (2012).

Panamá, “Decreto Ejecutivo N. 23 por el cual se desarrolla la Ley No. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados” (1998).

Panamá, “Ley N.36. Ley sobre el tráfico ilícito de migrantes y actividades conexas” (2013).

Panamá, “Decreto Ley No.3. Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones” (2008).

Panamá, “Ley sobre Migración” (1960).

Panamá, “Reglamento a Ley de Migración” (2008).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Voto N. 15-90 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto N. 15461 de las quince horas y siete minutos del quince de octubre del dos mil ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto N. 21024 de las catorce horas y treinta minutos del veintiuno de diciembre del dos mil diez.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto N. 12458 de las quince horas treinta y siete minutos del trece de setiembre de 2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto N. 10330 de las nueve horas quince minutos del veintidós de julio de dos mil dieciséis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto 07681 de las once horas y dos minutos del veintitrés de mayo de dos mil diecisiete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Voto N.16-2001 del veinticinco de noviembre de dos mil tres.

Tribunal de Familia de San José de Costa Rica, Voto N. 00796 de las diez horas con catorce minutos del veintiséis de enero del dos mil siete.