

Garantías procesales aplicables a niños y niñas migrantes no acompañados en procesos de detenciones migratorias

Ivania Esperanza Galeano Barralaga

Asesora Jurídica de la Comisión Internacional de Juristas en Honduras.

Candidata a Máster en Derechos Humanos,

Universidad Nacional de La Plata (Argentina).

Resumen: Las garantías procesales constituyen el conjunto de requisitos que deben respetarse en las instancias procesales a fin de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos frente a cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. En la situación particular de los niños y niñas migrantes no acompañadas dichas garantías adquieren mayor relevancia para el respeto y garantía de sus derechos, por la vulnerabilidad agravada en que se encuentran. Al respecto, este artículo busca recoger y presentar ese conjunto de garantías que han desarrollado en conjunto el sistema universal y el sistema interamericano de protección de derechos humanos analizadas a la luz del *principio del interés superior del niño*, y señalar cómo las mismas constituyen el piso mínimo de protección que deben gozar los niños y niñas migrantes no acompañados que se ven sometidos a cualquier tipo de procedimiento que puede generar afectaciones en el goce de sus derechos humanos.

Palabras clave: niñez migrante no acompañada; garantías procesales; detenciones migratorias; principio de interés superior del niño o niña.

Abstract: The guarantees of due process constitute the set of requirements that should be respected in all proceedings in order to ensure that every person is in the conditions to defend his or her rights before any State act that can affect them. In the particular situation of unaccompanied migrant children, these guarantees of due process acquire a greater relevance to ensure the respect and guarantee of their rights, due to the aggravated vulnerability in which they are situated. In that sense, this article seeks to gather and present this set of guarantees that have been

developed, together, by the universal and inter-american human rights systems, analyzed under the best interest of the child's principle in order to state how these guarantees constitute the minimum floor of protection that unaccompanied migrant children should have in any procedure to which they are subjected.

Keywords: unaccompanied migrant children; guarantees of due process; migratory detentions; children rights.

Artículo recibido: 25/03/2015 Aceptado: 23/04/2015

Sumario

1. Introducción
2. Obligaciones jurídicas de los Estados respecto a los niños y niñas migrantes no acompañados
3. El interés superior como el principio rector en los procesos de detención de niños y niñas migrantes no acompañados
4. El interés superior del niño y la prohibición de las detenciones colectivas
5. El deber de los Estados de brindar garantías del debido proceso en cualquier tipo de procedimientos migratorios
 - 5.1. El derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio
 - 5.2. El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado
 - 5.3. El derecho a un tutor
 - 5.4. El derecho a expresarse y a ser oído.
 - 5.5. El derecho a la asistencia consular
 - 5.6. La asistencia jurídica gratuita
 - 5.7. El acceso a los procedimientos para obtener asilo
 - 5.8. El derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos
 - 5.9. Plazo razonable de duración del proceso
6. Conclusiones
7. Bibliografía y Jurisprudencia

1. Introducción

Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), se estima que existe un total de 190 millones de migrantes internacionales en todo el mundo, de los cuales aproximadamente 25 millones son latinoamericanos y caribeños. En su último informe la CEPAL publica que las personas de 15 a 24 años representan casi un cuarto del total de la población migrante (CEPAL, 2006). En América latina y el Caribe, se estima que alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia Norte América y Europa, y seis millones han migrado a otros países de la región.

Dentro de estos flujos migratorios, la población que se encuentra en el mayor estado de vulnerabilidad es la niñez migrante sin estatus migratorio regular. Los niños y niñas en esta situación exigen una protección especial por parte del Estado, sobre todo cuando son niños y niñas migrantes no acompañados, ya que se encuentran desprovistos completamente del entorno familiar u otro entorno que provea algún tipo de cuidado y protección, además de hallarse expuestos a las más graves violaciones de derechos humanos como son la explotación sexual y comercial, la trata, el trabajo infantil, entre otros.

La actualidad de la problemática planteada se evidencia en la crisis humanitaria que se vive en la zona de la frontera sur de los Estados Unidos con México, epicentro de un creciente flujo de personas indocumentadas, entre las cuales se encuentran miles de niños y niñas no acompañados procedentes de países de Centroamérica.

En los últimos años, el flujo de niños y niñas migrantes no acompañados provenientes de esta región y que se dirigen hacia México y Estados Unidos, ha visto un aumento significativo. Así, entre los años 2008 y 2013, las autoridades mexicanas han registrado casi 22.000 retornos asistidos de niños y niñas migrantes no acompañados a estos dos países. Entre octubre de 2013 y julio de 2014, fueron detectados cerca de 48.000 niños y niñas migrantes no acompañados provenientes de países del triángulo norte (ACNUR, 2014).

Esta situación ha sido relevada por diferentes organismos internacionales y del sistema interamericano de derechos humanos, como la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a través de la visita realizada a la frontera sur de Estados Unidos en el mes de octubre de 2014. La CIDH realizó esta visita para “monitorear la situación de los derechos humanos de los niños y niñas no acompañados y familias que han cruzado la frontera sur de los Estados Unidos, con relación a su aprehensión, detención migratoria durante largos períodos y procedimientos migratorios, así como deportaciones y remociones” (CIDH, 2014).

Al respecto, se ha desarrollado un amplio espectro de estándares de protección por parte del sistema universal de derechos humanos en conjunto con el sistema interamericano de derechos humanos en lo que corresponde a los niños y niñas migrantes no acompañados, particularmente han contribuido a este desarrollo jurisprudencial el Comité de los Derechos del Niño (CoDN), principalmente a través de sus Observaciones Generales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a través de sus opiniones consultivas y casos contenciosos.

El CoDN, mediante la Observación General Número seis (6) del 2005, ya apunta algunas medidas de protección para los menores no acompañados, entre las cuales se recogía el principio de interés superior. Sin embargo el desarrollo de dicha observación no profundizaba en las garantías judiciales que se deben aplicar a los niños y niñas sujetos a cualquier tipo de procedimiento migratorio. En relación al interés superior del niño, la Observación General número catorce (14) del 2013 del CoDN, realiza un notable desarrollo de su contenido y lo establece no sólo como un principio, si no como un derecho y una norma de procedimiento.

Por su parte, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva número veintiuno (21) sobre los Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, apoyándose en el desarrollo ya hecho en el sistema universal pero profundizándolo y de acuerdo a su jurisprudencia concordante, establece toda una serie de principios, garantías, derechos y medidas de protección que establecen un amplio marco de protección para los niños y niñas migrantes a la luz de su interés superior.

El presente trabajo, pretende recoger esas garantías judiciales que deben ser respetadas en todo proceso relativo a cualquier tipo de detención

que sea sometido cualquier niño y niña migrante no acompañado, en aras de hacer efectivo el sistema de protección integral, que los Estados deben garantizar a todo niño o niña independientemente de su condición migratoria.

2. Obligaciones jurídicas de los Estados respecto a los niños y niñas migrantes no acompañados

Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos reconocen la obligación que tienen los Estados de otorgar una protección especial a los niños y niñas. Esta protección tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos (Corte IDH, 2002, párr. 53).

En tal sentido, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), recoge el reconocimiento expreso que han hecho diversos instrumentos del sistema universal de protección de derechos humanos relativo a la protección especial que corresponde a los niños y niñas¹. Mismo reconocimiento ha realizado el sistema interamericano de protección de derechos humanos, al establecer el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido en reiteradas ocasiones, a través de su jurisprudencia en lo que respecta a la norma consagrada en el artículo 1.1 de la CADH, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras del poder público para garantizar a las personas bajo su

¹ La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10), los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño y la Declaración de los Derechos del Niño.

jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos².

Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la CADH³.

Como señala la Corte IDH (Corte IDH, 2002, párr. 87), dicha obligación general impone a los Estados parte el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado y también en relación con actuaciones de terceros particulares. En este sentido, los Estados parte en la CADH tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

El Comité de Derechos Humanos (CDH, 1989, párr. 1 y 2) señaló que el artículo 24.1 de dicho instrumento reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta disposición entraña la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, además de las que los Estados deben adoptar, en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto.

2 Ver sentencias: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 175.

3 Ver las sentencias: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 134; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 168; *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 109 y *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, párr. 125

En lo que concierne a niños y niñas migrantes no acompañados, esta protección especial debe ser reforzada por parte de los Estados parte, considerando que los mismos se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada, en virtud de estar desprovistos de su entorno familiar, que constituye el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, como señala la CDN en su Preámbulo. Al respecto, la CDN en su artículo 20.1 señala “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

Las obligaciones del Estado en virtud de la CDN se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción (art. 2). El Comité de los Derechos del Niño (CoDN, 2006, párr. 12) ha señalado que estas obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado. Por lo tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la CDN no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la CDN, serán también aplicables a todos los menores –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes– con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.

Las obligaciones resultantes de la CDN en lo que concierne a los menores no acompañados y separados de su familia se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Se incluyen entre ellas la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas. Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación. Las referidas

responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen también medidas preventivas de la separación (en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evacuación). El aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados tendrán que adoptar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir cuanto antes posible a éste con su familia (CoDN, 2006, párr. 13).

Según lo recomienda el CoDN (CoDN, 2006, párr. 16) conviene que los Estados acepten y faciliten la asistencia que, en el marco de sus mandatos respectivos, ofrecen el UNICEF, el ACNUR y otros organismos (párrafo 2 del artículo 22 de la CDN) con objeto de atender las necesidades de los niños no acompañados y separados de su familia.

3. El interés superior del niño y la prohibición de las detenciones colectivas

En consideración a las pautas señaladas y las obligaciones asociadas con el derecho a las garantías judiciales, la Corte IDH ha considerado que un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus. (Corte IDH, 2014B, párr. 356).

La Corte IDH (Corte IDH, 2014B, párr. 275) ha manifestado que en los procesos de expulsión en donde se encuentren involucrados niñas y niños, el Estado debe observar además de las garantías señaladas anteriormente, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible.

En este sentido, cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual.

4. El interés superior como el principio rector en los procesos de detención de niños y niñas migrantes no acompañados

El interés superior del niño constituye el principio primordial al cual se atenderá en todas las decisiones de cualquier índole que puedan afectar a un niño o niña.

El artículo 3 de la CDN establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En dicha observación (2013), el CoDN realiza un análisis jurídico de los elementos del artículo 3.1. de la CDN. Define el interés superior como un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Es sumamente trascendental la apreciación que hace el CoDN de la complejidad de la determinación del interés superior y de las consecuencias de tal situación. En base a esa complejidad señala que el contenido debe “determinarse caso por caso” y que “el legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención”.

El concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En

cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos (CoDN, 2013, párr. 32).

En tal sentido resulta fundamental la incorporación directa de las directrices para la determinación del interés superior en todos los procedimientos, reglamentos, leyes, directrices y/o decisiones en general que los Estados adopten en relación a niños y niñas migrantes. Se debe resaltar en los mismos la importancia de que la circunstancia particular de cada niño y niña sea evaluada a la luz de sus propias condiciones y características de vida. En relación a la determinación del interés superior del niño, el CoDN (CoDN, 2006) establece que la misma 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.

5. El deber de los Estados de brindar garantías del debido proceso en cualquier tipo de procedimientos migratorios

La Corte IDH (Corte IDH, 2003, párr. 124-127) ha definido el debido proceso legal como el conjunto de requisitos que deben respetarse en las instancias procesales a fin de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos frente a cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, se trate de un procedimiento administrativo o jurisdiccional.

La Corte IDH (Corte IDH, 2014A, párr. 109) también ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos.

A su vez, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal es aplicable en lo que corresponda a la determinación de derechos y

obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. De este modo, en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la CADH (Corte IDH, 2014A, párr. 112). De esta forma, la protección especial derivada de los artículos 19 de la CADH y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos (Corte IDH, 2014A, párr. 114).

La Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha señalado que en todo procedimiento de carácter no penal al que pueda verse sometido un trabajador migrante, debe regir un cierto quantum de debido proceso, y destacó que, en todos los casos en los que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades. Finalmente, indicó que el principio del debido proceso es aplicable no sólo a las decisiones jurisdiccionales sino también a las que adoptan autoridades administrativas (CIDH, 2001, párr. 95).

Como un principio rector que debe regir en todo proceso migratorio, se encuentra el deber del estado de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación que es independiente del estatus migratorio de una persona. Esto supone la obligación de los Estados de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa (Corte IDH, 2005, párr. 155).

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

El derecho a la notificación de la existencia de un proceso en su contra se convierte en una garantía esencial para el ejercicio del derecho a defensa. Al respecto la Corte IDH (Corte IDH, 2014A, párr. 117) ha señalado que en el caso de niñas y niños migrantes, ello se extiende a todo tipo de procedimiento que lo involucre y requiere la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial garantizará que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente.

Por consiguiente, según lo expuesto por la Corte IDH, la falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la CADH, pues coloca al extranjero en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir el fallo sancionatorio.

5.2. El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado

En materia migratoria, si el proceso se encuentra a cargo de un juez o tribunal, éste evidentemente debe cumplir con las características de imparcialidad e independencia. Si se trata de un funcionario administrativo que tome estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos y, en su caso, ante organismos de control, por la legalidad de las mismas (Corte IDH, 2014A, 120).

Al tratarse de procesos en los que se ven involucrados migrantes menores de edad, las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados. En consecuencia, en lo que concierne a procedimientos que involucren a niñas y niños, los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior (Corte IDH, 2014A, 121).

5.3. El derecho a un tutor

El CoDN (CoDN, 2006) ha establecido que los Estados deben crear un marco jurídico base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del niño y niña no acompañadas este debidamente representando. Por lo tanto, tan pronto se determine la condición del menor no acompañado, se nombrará un tutor o asesor que desempeñará sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la CDN y otras obligaciones internacionales.

Según, el CoDN (CoDN, 2006) es preciso que el tutor cuente con conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc. estén debidamente satisfechas. Servirá de vínculo entre el niño y los especialistas, organismos e individuos que prestan la atención permanente que el menor necesita. No podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los del menor. Su deber es garantizar, a través de su labor, el respeto y ejercicio efectivo de los derechos del niño o niña que representa, lo cual no excluye la participación directa de los niños y niñas no acompañados en los procedimientos.

El tutor deberá conocer suficientemente los intereses y la situación de la niña o niño, y estar autorizado para asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención de la niña o niño y a buscar una solución duradera (Corte IDH, 2014A, párr. 133).

En el caso de un menor separado de su familia, normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le dispense cuidados sin ser familiar directo. Si el tutor puede atender al menor cotidianamente y está dispuesto a hacerlo, pero no puede representar debidamente el superior interés del menor en todos los campos y ámbitos de su vida, deberán adoptarse medidas complementarias (por ejemplo, el nombramiento de un asesor o representante legal) (CoDN, 2006, párr. 34).

Es importante aclarar en tal sentido que la labor del tutor en ningún momento podrá interpretarse como una negación al derecho del niño a ser oído y a ser tomada en consideración su opinión. En tal sentido, los niños y niñas migrantes no acompañados tienen el derecho a ser informados del nombramiento del tutor, y en base a sus capacidades y madurez, ser consultados según lo que corresponda en cada caso particular.

Además, en aras del interés superior del niño, deberán establecerse y aplicarse mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría y, en particular, se prevengan los malos tratos.

5.4. El derecho a expresarse y a ser oído.

El artículo 12 de la CDN establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente (Corte IDH, 2014A, párr. 122).

La Corte IDH recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños (Corte IDH, 2014A, párr. 122).

En este sentido, resulta necesario que los Estados tomen las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. De igual forma, constituye una obligación para los Estados adoptar las medidas pertinentes para garantizar este derecho a las niñas o niños con discapacidades tales que conlleven dificultades para hacer oír su opinión (Corte IDH, 2014A, párr. 122).

La CDN establece la obligación de los Estados parte de garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”. En este sentido, el CoDN (CoDN, 2009) muy acertadamente especifica que estos términos no deben tenerse como una limitación, sino como una obligación para los Estados parte de evaluar

la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible.

En relación a que el niño tiene el “derecho de expresar su opinión libremente”. El CoDN (CoDN, 2009, párr. 22) ha señalado que “libremente” significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. “Libremente” significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. “Libremente” es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

Los Estados parte deben garantizar condiciones para expresar opiniones en las que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones. En este sentido, es sumamente importante que al momento de encontrarse los niños y niñas migrantes no acompañados bajo la responsabilidad de las autoridades migratorias, se le propicie un ambiente adecuado para la comodidad del niño o niña que genere que este pueda expresar su opinión en las condiciones de mayor libertad posible. Es así que no se podría escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Es decir, en el caso particular de los niños y niñas migrantes sería completamente contradictorio y violatorio de este principio que la persona que entreviste al niño, sea la misma autoridad de migración o funcionario que lo detuvo.

Además, al ser escuchadas las opiniones del niño o niña, la CDN exige que se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. En este sentido, será importante evaluar las condiciones particulares de cada niño y niña migrante, como ser el país desde dónde han migrado, el viaje o recorrido que han hecho, las condiciones del mismo, entre otros elementos que generarán claros indicios de su nivel de madurez.

Esto implica, además, que el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en

consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio CoDN (CoDN. 2009, párr. 45).

En el marco de procedimientos migratorios, y concretamente de medidas de detención y repatriación, el derecho a ser oído podría ser clave, entre otras cuestiones, para prevenir la violación del principio de no devolución, y por ende del derecho a la vida o la integridad física que pudieran vulnerarse con la repatriación; garantizar la reunificación familiar bajo la modalidad de tiempo y lugar más cercana al interés superior; considerar la adopción de medidas alternativas a la repatriación, como la residencia, identificar medidas de protección inmediata para víctimas de delitos, o niños y niñas con problemas de salud física y psíquica; asegurar el alojamiento no privativo de la libertad acorde con las circunstancias particulares.

Con el objeto de poder garantizar el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sea asistido por un traductor o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del ente decisor. En este orden de ideas, la asistencia de un traductor o intérprete se considera una garantía procesal mínima y esencial para que se cumpla el derecho de la niña o del niño a ser oído y para que su interés superior sea una consideración primordial. De lo contrario, la participación efectiva de la niña o del niño en el procedimiento se tornaría ilusoria (Corte IDH, 2014A, párr. 124).

5.5. El derecho a la asistencia consular

La Corte IDH (1999), en la Opinión Consultiva número 16 y en el Caso Contencioso Vélez Lóor vs. Panamá (Corte IDH, 2010), ha señalado que el derecho a la asistencia consular debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas a fin de brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.

En este sentido, es importante que por la condición particular de los niños y niñas migrantes no acompañados, este derecho debe ser informado a las niñas y niños a través de las personas con la formación adecuada para transmitirles dicha información. Además se le deberán de proporcionar las condiciones adecuadas y los medios para que pueda recibir, de

la manera que resulte más comprensiva y clara para el niño, la referida asistencia consular.

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece el derecho a la asistencia consular a toda persona extranjera en prisión fuera de su país de origen y, por consiguiente, dada las condiciones en que se encuentran detenidos los niños y niñas migrantes no acompañados, sería completamente aplicable a éstos casos.

Este derecho conlleva el derecho que tiene toda persona detenida de comunicarse con un funcionario de su país, al tiempo que el Estado en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre este derecho y asegurar los medios para su vigencia efectiva.

La CDN establece, específicamente en su artículo 5.h como una de las funciones consulares, la de velar por los intereses de los niños y niñas.

La comunicación consular según lo señalado por la Corte IDH (Corte IDH, 1999: párr. 80) tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, paralelamente, reconocer el derecho correlativo del que goza el nacional de ese Estado para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia.

En la particularidad que requiere los sujetos de protección (niños y niñas migrantes no acompañados), todas las disposiciones relativas a asistencia consular tanto las contenidas en la Convención de Viena como en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, deberán ser analizados bajo las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y las interpretaciones que en las materias correspondientes ha realizado el Comité de los Derechos del Niño. En tal sentido, la Corte IDH ha precisado que la CADH y otros instrumentos regionales, al aplicarse e interpretarse en lo referido a los derechos de la niñez, deben recurrir a los derechos y principios que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño (Corte IDH, 2002).

Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, el acceso a la comunicación y asistencia consular

se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso (Corte IDH, 2014A: párr. 128).

5.6. La asistencia jurídica gratuita

La Corte IDH (Corte IDH, 2010, párr 132) ha destacado la relevancia de este derecho en los procesos “en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios”.

En procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso (Corte IDH, 2010: párr. 146).

Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante, como en la 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 (Corte IDH, 2014A, párr. 131).

5.7 Acceso a los Procedimientos para Obtener Asilo

El CoDN (CoDN, 2006, párr. 66) reconoce el derecho a solicitar asilo a los niños y niñas migrantes no acompañados. Establece que

podrán entablar, con independencia de la edad, los procedimientos correspondientes y recurrir a otros mecanismos complementarios orientados a la protección internacional. Si en el curso del proceso de identificación e inscripción, viniera a saberse que el menor puede tener un temor fundado o, incluso en el caso de que éste no pudiera articular expresamente un temor concreto. Se debe entablar en favor del menor el procedimiento para la obtención del asilo y, en su caso, aplicar mecanismos de protección complementaria al amparo del derecho internacional y del derecho interno.

El menor que solicite el asilo debe estar representado por un adulto que esté al corriente de los antecedentes del menor y que sea competente y capaz para representar a éste o a sus intereses.

Las solicitudes de asilo presentadas por menores no acompañados o separados de su familia gozarán de prioridad y se procurará por todos los medios que recaiga sobre la misma una decisión justa y sin dilación.

El CoDN menciona, además que entre las garantías procesales mínimas debe figurar que la solicitud sea resuelta por una autoridad competente en asuntos de asilo y en la situación de refugiado. Si lo permiten la edad y madurez del menor, antes de que se adopte una decisión definitiva, debería existir la oportunidad de una entrevista personal con un funcionario competente. Si el menor no pudiera comunicar directamente con aquél en un idioma común, se solicitará la intervención de un intérprete.

Los Estados se abstendrán de hacer seguir a los menores no acompañados y separados de su familia los procedimientos de solicitud de asilo si su presencia en el territorio no plantea problemas de protección internacional de los refugiados, sin perjuicio de la obligación de los Estados de invitar a los menores no acompañados o separados de su familia a que se conformen a los procedimientos pertinentes de protección del menor, como los previstos en la legislación de protección de la infancia (CoDN, 2006, párr. 32).

5.8 El derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos

La Corte IDH (Corte IDH, 2014A, párr. 140) reafirma el derecho de toda persona a recurrir todas aquellas decisiones finales que se adopten

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

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

En complemento con lo anterior, en aras de que el derecho a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial sea eficaz, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación, ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre. Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las niñas y niños migrantes (Corte IDH, 2014A, párr. 142).

6. Plazo razonable de duración del proceso

La Corte IDH (Corte IDH, 2014A, párr. 143) ha hecho particular hincapié en que la duración del proceso hasta la adopción de la decisión final debe respetar un plazo razonable, lo que implica que los procesos administrativos o judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de niñas y niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades”.

Esto, además, contribuye a mantener la situación de incertidumbre por el menor tiempo posible generando el menor impacto a la integridad

física, psíquica y emocional de la niña o niño. Sin embargo, la duración debe extenderse lo suficiente como para garantizar que la niña o el niño sean adecuadamente oído. En este sentido, no se puede afectar el derecho de la niña o niño con base en justificaciones de mera celeridad del proceso.

7. Bibliografía y Jurisprudencia

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Agosto 2014. Arrancados de raíz, Causas que originan el desplazamiento de niños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados de Centroamérica y su necesidad de protección internacional.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Agosto de 2006. Migración internacional, derechos humanos y desarrollo.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2001. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus familiares en el hemisferio. OEA/Ser./L/V/II.111.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2014. Comunicado de Prensa No. 110/14 CIDH culmina su visita en los Estados Unidos de América, 02 de octubre 2014.
- Comité de Derechos Humanos. 1989. *Observación General Número 17 sobre los derechos de los niños* (artículo 24)(CCPR/C/35).
- Comité de los Derechos del Niño. 2006. Observación General N° 6 sobre Trato de Menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6.
- Comité de los Derechos del Niño. 2009. Observación número 12 sobre el Derecho del Niño a ser escuchado.
- Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación General número 14 sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial. CRC/C/GC/14.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 1999. Opinión Consultiva número 16 sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las garantías del debido proceso legal.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2002. Opinión

Consultiva número 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2003. Opinión Consultiva N° 18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2005. Caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2010. *Caso Vélez Loor v. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2010. Serie C No 218.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2014A. *Opinión Consultiva N° 21 Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2014B. Caso *personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (Caso Tide vs. República Dominicana), Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.