

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

# MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  

---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

## Contenido

CARLOS RAMOS NUÑEZ <i>Presentación</i> .....	15
<b>Migración y derechos fundamentales</b>	
LUIGI FERRAJOLI <i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica</i> .....	29
FELIPE GONZÁLEZ MORALES <i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana</i> .....	53
GABRIEL GUALANO DE GODOY <i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros</i> .....	77
JAVIER DE LUCAS <i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978</i> .....	99
MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género</i> .....	113
ISABEL BERGANZA SETIÉN <i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad</i> .....	165
JOSÉ KOEHLIN <i>Migración venezolana al Perú</i> .....	189
CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ <i>Migraciones y Constitución española</i> .....	211

## **Discurso**

- GABRIEL GUALANO DE GODOY  
*Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas  
Migrantes y Refugiadas en las Américas.....* 233

## **Entrevista**

- JAVIER ADRIÁN  
*Entrevista al profesor Manuel Atienza.....* 241

## **Miscelánea**

- CLAUDIO NASH ROJAS  
*La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana  
de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a  
una protección integral.....* 269

- MARTHA CECILIA PAZ  
*Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso  
Artavia.....* 305

- CARMEN MONTESINOS PADILLA  
*Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis.  
El impacto de la política económica europea en la doctrina del  
Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales.....* 335

- JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE  
*Algunos sentidos de derrotabilidad.....* 365

- LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ  
*Rol del Tribunal Constitucional peruano  
en materia laboral y previsional.....* 393

## **Jurisprudencia comentada**

- OMAR CAIRO ROLDÁN  
*La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional.  
Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC.....* 421

- NADIA IRIARTE PAMO  
*Derechos de los migrantes.  
Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC.....* 431

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE  
*La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.*  
*Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC.....* 443

SUSANA TÁVARA ESPINOSA  
*El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la*  
*jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*  
*Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC.....* 453

### **Reseñas**

NATALINA STAMILE  
*La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú.....* 461

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE  
*Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales.....* 467

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA  
*El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites.....* 473

## Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana

 FELIPE GONZÁLEZ MORALES\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes y, en su caso, adoptar medidas de protección especial. **III.** Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños. **IV.** La detención de niños y niñas por su situación migratoria irregular. **V.** Medidas de protección integral y garantías para su aplicación. **VI.** Principio de no devolución (*non-refoulement*). **VII.** Conclusiones.

### Resumen

La creciente intensidad y diversidad de los flujos migratorios en el continente americano en la última década, ha situado al colectivo de los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes en una posición de especial vulnerabilidad. Se trata de un colectivo particularmente afectado por graves violaciones a los derechos humanos en contextos de migración irregular, cuyos reclamos suelen pasar desapercibidos debido a su falta de acceso a la justicia. En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expidió una opinión consultiva bajo el título «Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.»

El artículo revisa los principales temas desarrollados en la referida opinión consultiva, incluyendo una serie de aspectos relativos a las garantías de un debido proceso en los procedimientos de inmigración, refugio y deportación de niños migrantes. Especial atención se pone a la cuestión de la detención, así como a la conexión entre interés superior del niño, vida familiar y procedimientos de deportación de niños migrantes.

Además, el trabajo revisa otras iniciativas sobre la materia llevadas a cabo por el Sistema Internacional de Derechos Humanos en los últimos años, permitiendo situar a la opinión consultiva en el marco de un abordaje

---

\* Relator especial sobre derechos humanos de los migrantes de las Naciones Unidas. Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Diego Portales (Chile).

sistemático del problema.

**Palabras clave**

Niñez migrante, derechos humanos, debido proceso, interés superior del niño/a, sistema interamericano

**Abstract**

The increasing intensity and diversity of migration flows in the Americas over the last decade has placed migrant children in a position of acute vulnerability. This collective is particularly affected by grave human rights violations in contexts of irregular migration, whose complaints are usually invisible due to the lack of access of justice. In this context, the Inter-American Court of Human Rights issued an Advisory Opinion entitled «Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in need of International Protection.»

This article reviews the principal topic addressed by the above mentioned Advisory Opinion, including a series of aspects concerning due process in immigration, refugee and deportation proceedings of migrant children. Special attention is given to the issue of detention, as well as to the connection between the best interests of the child, family life and deportation of migrant children.

In addition, this article reviews other initiatives undertaken on this matter by the International System of Protection of Human Rights over the last years, so as to place the Advisory Opinion within the framework of a systemic approach of the topic.

54

**Keywords**

Migrant children, human rights, due process, best interests of the child, Inter-American system.

**I. Introducción**

La creciente intensidad y diversidad de los flujos migratorios en el continente americano en la última década ha situado al colectivo de los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes en una posición de especial vulnerabilidad. Como lo documentan numerosos informes y estudios, se trata de un colectivo particularmente afectado por graves violaciones a los derechos humanos en contextos de migración irregular, cuyos reclamos suelen pasar desapercibidos debido a su falta de acceso a la justicia.

Tanto a nivel de los mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas –tales como el Comité de Derechos del Niño, la Relatoría Especial

sobre derechos humanos de los migrantes y el Comité sobre Trabajadores Migratorios, entre otros—, como a nivel de los sistemas regionales, existe una significativa atención al tema. Más recientemente, durante la elaboración del Pacto Mundial sobre Migración de la ONU, la cuestión de la niñez migrante ocupó un sitio protagónico en los debates.

En este contexto, el Instituto de Derechos Humanos del Mercosur, uno de cuyos ejes de trabajo es el tema migratorio, resaltó al interior de ese organismo la necesidad de que se presentara una solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «la Corte», «la Corte Interamericana» o «la Corte IDH») respecto de la situación de los derechos de los integrantes del mencionado colectivo<sup>1</sup>. La opinión fue solicitada por cuatro estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Luego de darle el trámite correspondiente, la Corte Interamericana expidió la opinión consultiva en 2014, bajo el título «Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional»<sup>2</sup>. La opinión consultiva desarrolla un enfoque de derechos humanos en materia de políticas migratorias y tiene en especial consideración el principio del interés superior del niño.

Esta iniciativa se inserta dentro de un conjunto de acciones emprendidas en la materia por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se trata de la tercera opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana en relación con los derechos de los migrantes<sup>3</sup> y se suma a una serie de casos decididos por dicho tribunal respecto del tema. Igualmente, la Comisión Interamericana ha abordado tanto la situación de los migrantes, en general, como de la niñez migrante, en particular, por medio de sus diversos mecanismos, tales como casos, medidas cautelares, informes de países e informes temáticos. El monitoreo de la situación de

---

<sup>1</sup> La Corte Interamericana posee dos ámbitos de competencia: uno contencioso, por medio del cual resuelve casos acerca de los Estados que han reconocido su jurisdicción, y otro consultivo, a través del cual emite opiniones con dicho carácter, que interpretan la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos o aplicables en los Estados de la OEA en materia de tales derechos.

<sup>2</sup> CORTE IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014.

<sup>3</sup> Las anteriores fueron CORTE IDH, *El derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC-16/99, 1 de octubre de 1999 y CORTE IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.

la niñez migrante emprendido por la comisión de manera sistemática se refleja en la presente década en sus informes temáticos sobre los migrantes en EE.UU. y México, así como en los informes generales sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, Honduras, República Dominicana y el propio México<sup>4</sup>.

A ello cabe añadir que en 2015 la Comisión Interamericana publicó un informe centrado específicamente en la situación de la niñez migrante en EE.UU. El informe fue el resultado de una visita efectuada por la comisión en un momento muy álgido del flujo de niños y niñas migrantes a ese país<sup>5</sup>. Cabe hacer notar que al momento de la solicitud de la opinión consultiva aún no se producía el incremento significativo de la migración infantil desde Centroamérica (especialmente desde los tres países del denominado Triángulo Norte: El Salvador, Guatemala y Honduras) hacia Estados Unidos, que tuvo lugar desde mediados de 2013 hasta 2014; no obstante, la preocupación por las violaciones a los derechos humanos de ese colectivo existía desde antes y fue por ello que se planteó la mencionada solicitud. La opinión consultiva misma, en cambio, fue expedida en 2014, cuando dicho incremento ya se había producido.

56

Este trabajo revisa los principales temas desarrollados en la citada opinión consultiva, que se refieren a una serie de aspectos relativos a las garantías de un debido proceso en los procedimientos de inmigración, refugio y deportación de niños migrantes. Especial atención se pone a la cuestión de los procedimientos para determinar la necesidad de protección internacional de este colectivo, a las garantías de debido proceso aplicables en materia migratoria a niños y niñas, a la detención de niños migrantes –abordada de manera específica por la opinión consultiva–, así como a la relevancia del principio de no devolución –atendida la conexión entre interés superior del niño, vida familiar y procedimientos de deportación de niños migrantes–.

---

<sup>4</sup> Véanse al respecto los siguientes informes de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso* (2011); *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México* (2014); *Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión* (2015); *Situación de derechos humanos en Honduras* (2015); *Situación de derechos humanos en República Dominicana* (2015); *Situación de derechos humanos en México* (2015).

<sup>5</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Refugiados y Migrantes en Estados Unidos: Familias y Niños No Acompañados*, 24 de julio de 2015.

## **II. Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes y, en su caso, adoptar medidas de protección especial**

En este aspecto, la consulta por parte de los estados a la Corte versa sobre los riesgos que acechan a los derechos de los niños y niñas migrantes, sobre el conocimiento de las necesidades de protección y sobre la adopción de las medidas necesarias para dicha protección. En este sentido, se reconoce por la Corte el derecho subjetivo a buscar refugio y asilo a todas las personas, es decir, la facultad que toda persona tiene para hacer efectivo ese derecho amparado por la norma jurídica<sup>6</sup>.

Aunque su alcance es interamericano, la Opinión Consultiva N.º 21 (OC-21) se entronca en la larga tradición que América Latina posee en materia de asilo, y que está plasmada en los principales instrumentos interamericanos de derechos humanos. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XXVII que «Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.» Este instrumento continúa siendo relevante en la materia, puesto que en él se basa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para decidir casos y en general emitir pronunciamientos acerca de Estados Unidos, el mayor receptor de migrantes entre los Estados de la OEA (y del mundo).

Posteriormente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se consagra también el derecho de asilo (numeral 7 del artículo 22), y en el numeral 8 de dicha disposición se establece que «[e]n 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.» Como se aprecia, el Pacto de San José de Costa Rica contiene una norma expresa que consagra el principio de no devolución, más allá del reconocimiento del derecho de asilo.

---

<sup>6</sup> Artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Un tercer instrumento muy relevante a nivel americano es la Declaración de Cartagena de Derecho de los Refugiados, adoptada en 1984. Aunque la Declaración de Cartagena no es propiamente un instrumento del Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) la endosó al año siguiente, llamando a los Estados miembros a implementarla. En esencia, la definición que propone la Declaración de Cartagena, conocida como «definición ampliada» del concepto de refugiado, incorpora elementos objetivos, y apunta que ella debiera ir más allá de las situaciones de «fundado temor» a que se refiere la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas de 1951, de manera que incluya «a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público»<sup>7</sup>.

58

Pues bien, teniendo en cuenta la normativa nacional e internacional, la Corte afirma que «el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia»<sup>8</sup>.

Los motivos que impulsan a las personas a solicitar protección internacional son diversos, tales como la violencia generalizada, la agresión extranjera y los conflictos internos. En la actualidad, se advierten nuevos patrones de desplazamiento que también deben tenerse en cuenta (crimen organizado transnacional y la violencia asociada a la actuación de grupos no estatales), por lo que es tendencia actual avanzar hacia una definición más incluyente para responder mejor a las necesidades de protección.

En este sentido, la definición de refugiado originariamente

---

<sup>7</sup> Declaración de Cartagena, Sección III, conclusión tercera.

<sup>8</sup> Opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párrafo 74.

responde a las necesidades de protección de las personas adultas, por lo que es necesario tener en cuenta los especiales factores que empujan a los niños y niñas a buscar protección, como son el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina. Esto implica tener en cuenta, a la hora de interpretar, la definición de refugiado, la edad y el género.

El Estado receptor tiene deberes específicos a la hora de responder al derecho del refugiado, lo cual implica una correcta evaluación de la solicitud y del riesgo en caso de devolución. Para ello, los estados están obligados a evaluar la situación, a otorgar garantías de seguridad y privacidad y a adoptar las medidas de protección especial necesarias. Así, la Corte estima que «el establecimiento de procedimientos de identificación de necesidades de protección es una obligación positiva de los estados y el no instituirlos constituiría una falta de debida diligencia»<sup>9</sup>.

Con el fin de cautelar los derechos del niño y la niña y satisfacer sus necesidades de protección, para proceder a un tratamiento adecuado y adoptar medidas pertinentes, la Corte subraya la necesidad de no impedir el ingreso de niños y niñas extranjeros al territorio nacional, de no exigir documentación que no pueden tener y de enviarlos al personal responsable de dicha evaluación. También la Corte recomienda la creación de una base de datos de los niños y niñas que ingresan en el país, a fin de facilitar la protección de sus derechos.

La Corte insta a los estados a realizar la evaluación inicial con mecanismos efectivos, teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño o niña y otorgando garantías de seguridad y privacidad.

Para realizar esta evaluación de forma efectiva, la Corte precisa que el mecanismo procedimental llevado a cabo por los estados debe tener como objetivos prioritarios los siguientes:

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

Es importante determinar la edad del individuo, pues en el caso de un menor de 18 años el Estado debe dispensarle un tratamiento prioritario y diferenciado. Por ello, en caso de duda sobre la edad, debe tenerse en

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, párrafo 82.

cuenta la madurez psicológica del individuo y, si no es posible determinarla exactamente, debe darse al individuo el tratamiento establecido para la condición de niño o niña.

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

Dicha determinación debe ser abordada con carácter preferente y con garantías diferenciadas dada la especial vulnerabilidad de la condición de los niños, que presentan mayores riesgos hacia su vida, supervivencia y desarrollo.

Los motivos que se puede aducir para solicitar la condición de refugiado son de atención prioritaria cuando se trata de una niña o un niño no acompañado o separado, más aún en el caso de las niñas. Por ello, la Corte insta a los estados a prever medidas de mayor protección en estos casos con el fin de combatir la trata infantil, fortaleciendo la investigación, la protección de las víctimas y las campañas de información y difusión.

60

Es especialmente necesario, según la Corte, para la consecución de dicho fin, implementar un control de frontera con funcionarios especializados que identifique a las personas que posiblemente sean víctimas de trata infantil.

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

Tal y como se establece en la opinión consultiva, apátrida es «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación». La Corte remarca la especial situación de vulnerabilidad que la apatridia supone para las personas, por lo que se establece el deber de los estados de identificar, prevenir y proteger a la persona apátrida. Especial importancia merece la cuestión en las niñas y los niños migrantes, respecto a los cuales el Estado tiene la obligación de determinar dicha condición para asegurar su protección.

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*

La obtención de información es necesaria para resolver la situación individual de cada niño o niña de forma efectiva, a fin de otorgarles protección. Dicha información debe versar, además, sobre factores personales, tales como la historia personal, su condición de salud, física y psicológica, el entorno ambiental en que se desarrolló la migración y el género. En este sentido, cuando la información obtenida alerta de la especial protección requerida por la niña o el niño es obligatorio hacerles saber que tienen derecho a solicitar y recibir asilo, lo cual, a interpretación de la Corte, «garantiza el acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para determinar la condición de refugiado, de modo tal que la persona solicitante del estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo»<sup>10</sup>.

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

Tras recabar la información necesaria, corresponde al Estado determinar las medidas de protección pertinentes para asegurar la vida, supervivencia y desarrollo de la niña o niño. Para ello, es necesario tener siempre en cuenta el principio del interés superior de la niña o del niño, su condición física y psicosocial, su género y su cultura.

Respecto a las niñas o niños en situación de no acompañados o separados de su familia, debe valorarse dicha condición y proceder a la reunificación o reagrupación familiar en caso de considerarse la mejor opción, a la vista del principio del interés superior de la niña o del niño.

Tal y como hemos mencionado anteriormente, las niñas y niños víctimas o víctimas potenciales de trata se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, por lo que los estados deben protegerlos ante el riesgo de ser susceptibles de una nueva victimización, prestarles asistencia médica y jurídica, así como proteger su identidad y privacidad. En suma, teniendo presente el principio del interés superior de la niña o del niño, los Estados deben ofrecer todas las medidas pertinentes para su protección, incluso respecto a vivienda, asesoramiento y asistencia generalizada, educación y permanencia en el país.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, párrafo 98.

Por último, para que todo ello se cumpla con la mayor efectividad posible, es necesario que los estados estructuren correctamente las competencias debidas a cada órgano estatal que permiten la coordinación institucional a la hora de otorgar medidas de protección.

### **III. Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños**

En esta sección, la Corte define el derecho al debido proceso como el «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»<sup>11</sup>; lo que implica una justicia formal y material, un juicio justo y una solución justa.

Las garantías mínimas al debido proceso se aplican a cualquier persona, con independencia de su edad y condición de estancia en el país, lo que significa que incluso una persona migrante en situación irregular en un país se encuentra en situación de igualdad con otros justiciables para defender sus derechos e intereses. Por tanto, el Estado debe respetar y asegurar dichas garantías mínimas en todo proceso, las cuales se recogen en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención. En lo que concierne a los niños y las niñas, existen algunas garantías diferenciadas respecto al adulto migrante, lo que implica que el proceso debe estar adaptado y ser accesible para ellos.

Así, en el caso de las niñas y los niños migrantes, las garantías aplicables conllevan la adopción de medidas especiales para asegurar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar porque el interés superior del niño sea primordial en cualquier decisión adoptada.

Por otro lado, al distribuir competencias a diferentes órganos estatales en los procesos migratorios, es posible vulnerar otros derechos fundamentales cuando se adoptan ciertas medidas de protección. En este sentido, la Corte establece como prioritario el respeto a los derechos

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, párrafo 109.

fundamentales, para lo cual regula garantías que deben regir en todo proceso migratorio concerniente a los niños y las niñas. Así, la Corte especifica las siguientes garantías:

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

La notificación de la existencia de un proceso es un derecho que tiene todo migrante. En el caso de las niñas y los niños, la notificación debe hacerla un personal capacitado, de forma tal que comprenda lo que sucede y mediante su opinión se pueda garantizar el ejercicio del derecho a la defensa de la niña o el niño. Igualmente, es necesaria la notificación sobre el fallo del proceso a efectos de recurso y de conocimiento de la situación jurídica en la que se encuentra la niña o el niño migrante.

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

El juez debe actuar siempre con imparcialidad e independencia y el funcionario administrativo debe tomar decisiones que se rijan por la legalidad. En el caso de las niñas y los niños migrantes, debido a su especial situación, resulta imprescindible que los procesos en los que se encuentren involucrados se lleven a cabo por un personal especialmente capacitado para garantizar las necesidades de protección y en consonancia con el interés superior del niño.

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

La finalidad del derecho a ser oído es resolver el proceso de acuerdo con el mejor interés de la niña o del niño, cuya opinión prevalecerá a la de los padres o tutores. Todo ello se debe realizar a través de los medios pertinentes que su edad o condición física requieran y con el conocimiento de las medidas de protección procesal que el derecho les reconoce.

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

Con el fin de garantizar el derecho a ser oído y siendo primordial el interés superior del niño en todo proceso, la asistencia de un traductor

y/o intérprete se considera una garantía procesal mínima. Especialmente en el caso de niñas o niños pertenecientes a comunidades indígenas, esta garantía debe ser respetada a fin de otorgar una protección efectiva.

5. *Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular*

Se trata de un derecho de especial importancia a la hora de recabar la información necesaria para determinar la decisión que se adecúe mejor al interés superior de la niña o del niño. En este sentido, el funcionario consular tiene la obligación de velar por los intereses de la niña o del niño y, en caso de que se produzca la repatriación del niño, asegurarle asistencia y cuidado a su regreso.

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

Toda niña y niño involucrado en un proceso migratorio tiene derecho a asistencia jurídica gratuita mediante la figura del representante legal, lo que es considerado por la Corte como una obligación de los estados.

64

Se trata de una garantía mínima esencial para llevar a cabo una atención especializada para cada niña o niño migrante, de modo que se garantice un efectivo acceso a la justicia y se respete su interés superior.

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

Debido a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las niñas o niños no acompañados o separados, se requiere por la Corte (para iniciar el proceso judicial o administrativo pertinente) nombrar un tutor competente lo antes posible, como garantía procesal indispensable para el interés superior del niño.

El tutor nombrado se debe mantener hasta la mayoría de edad del niño, hasta que abandone el territorio o hasta que cese la causa por la cual fue nombrado. En este tiempo, el tutor debe actuar con conocimiento de los aspectos que existen en la vida del niño, y será además el vínculo entre ellos y los organismos estatales, para lo cual ha de tener capacidades

especializadas a fin de conseguir asegurar y proteger el interés superior de la niña o del niño.

Dicho nombramiento debe estar sujeto a una continua evaluación que permita conocer la buena práctica de la tutoría para el fin que se pretende y otorgar al niño mecanismos de protección acordes a su especial situación de vulnerabilidad.

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

El deber de fundamentación de las decisiones adoptadas resulta imprescindible para respetar el fin del derecho al debido proceso. De esta forma, se protege el derecho de la persona a ser juzgada por la razón que motiva el proceso y se evita la arbitrariedad de las decisiones.

Dicha fundamentación debe recoger los hechos, los motivos y las normas que conforman la decisión adoptada y, en el caso de las niñas y niños, debe constar la forma en que se tuvieron en cuenta sus opiniones y la evaluación de su interés superior, los cuales se encuentran íntimamente ligados<sup>12</sup>.

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

Toda persona tiene derecho a recurrir las decisiones que se adopten en los procesos migratorios, especialmente cuando fallen a favor de la expulsión o deportación del país o denieguen el permiso de ingreso o residencia.

Este derecho cobra especial relevancia en los procesos de los niños y las niñas migrantes que consideren que su derecho a ser oídos y su derecho de participación no han sido tenidos en cuenta en la decisión y, por tanto,

---

<sup>12</sup> Lo anterior se cita en la opinión consultiva emitida por la Corte, en palabras del Comité de los Derechos del Niño, bajo el siguiente tenor: «no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [interés superior] si no se respetan los componentes del artículo 12 [derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta]». Del mismo modo, el Comité añade que «el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida». Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12 «El derecho del niño a ser escuchado»*, 2009, párrafo 74.

el principio del interés superior del niño no ha sido prioritario en dicha decisión.

En este sentido, el ejercicio del derecho a recurrir la decisión debe tener efectos suspensivos, es decir, el fallo no debe ser ejecutado hasta resolverse el recurso en la instancia pertinente para así proteger de forma efectiva los derechos de las niñas y los niños.

#### 10. *Plazo razonable de duración del proceso*

Por último, debido a la especial situación en la que se encuentran las niñas y los niños migrantes, los procesos migratorios deben iniciarse con la mayor celeridad posible, sin incurrir en demora. El proceso debe tener la duración necesaria para evaluar correctamente y decidir conforme al principio del interés superior del niño o la niña, siempre teniendo presente la situación en la que se encuentran y el impacto que una dilación excesiva puede causar en su integridad personal.

#### **IV. La detención de niños y niñas por su situación migratoria irregular**

En los últimos años se ha venido produciendo en los países de la Organización de Estados Americanos (OEA) una tendencia hacia la descriminalización de la migración irregular. Anteriormente, en una cantidad importante de países ella estaba tipificada como delito. La Corte Interamericana, en su sentencia en el caso «Vélez Loor» contra Panamá, se hizo eco de este problema y señaló explícitamente que ello era contrario al Pacto de San José de Costa Rica y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>13</sup>. Este proceso de *descriminalización* ha venido acompañado en la mayoría de los estados de una eliminación o al menos de una reducción de la detención migratoria. Sin embargo, en los dos principales estados receptores de migrantes de la OEA –Estados Unidos y México–, la tendencia ha sido la opuesta y la detención migratoria se ha incrementado, a pesar de que en ambos países la migración irregular no constituye un delito sino una infracción administrativa. Esto ha conducido además a la situación paradójica de que dichas personas, al no hallarse

---

<sup>13</sup> CIDH, *Caso «Vélez Loor» vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

detenidas en virtud de cargos penales, poseen menos derechos procesales –en términos de acceso a la justicia, derecho a la defensa, recursos judiciales disponibles, etc.– que en el pasado. La Corte y la Comisión Interamericana han sostenido reiteradamente que la detención migratoria debiera ser aplicada solo excepcionalmente y que deben procurarse medidas alternativas a ella. La Corte señala esto nuevamente en la OC-21.

Respecto de la detención de niños y niñas por razones migratorias, también han sido Estados Unidos y México los dos países que la han aplicado más extensamente. En la década pasada se llevaron a cabo una serie de iniciativas desde la sociedad civil para que EE.UU. concluyera con el uso de ella. En esa misma dirección, cuando la Comisión Interamericana visitó en julio de 2009 Texas y Arizona, en el marco de una visita sobre detención y debido proceso de los migrantes, puso la atención sobre la necesidad de cerrar el último centro de detención masiva de familias y niños, el de «Don T. Hutto», en Texas. El centro fue cerrado algunos meses después. Sin embargo, al producirse algunos años más tarde un incremento significativo de la niñez migrante a EE.UU., comenzaron a abrirse nuevamente centros de detención de niños migrantes y sus familias. La comisión visitó uno de ellos, el de Karnes, en Texas, como refleja su informe citado sobre la visita. Desde luego, la ausencia de centros de detención de niños y sus familias no había sido un factor para el incremento de la migración infantil, ya que esta tuvo lugar cuatro años después de que cerrara «Don T. Hutto». Una vez que la migración infantil disminuyó, retornando a las cifras históricas, dichos centros permanecieron en operación y continúan funcionando. Al concluir su visita de 2014, la comisión puso de relieve que «[e]n el caso de personas vulnerables, como los niños y niñas, y las familias con niños y niñas, Estados Unidos debería adoptar medidas legislativas para asegurar que no sean puestas en detención migratoria»<sup>14</sup>. En el informe posterior a la visita, la Comisión resaltó que la detención de niños por razones migratorias es incompatible con los instrumentos interamericanos de derechos humanos<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA, Comunicado de Prensa N° 110/14, de 2 de octubre de 2014, disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/110.asp>>.

<sup>15</sup> La CIDH señala en dicho informe que «la privación de libertad de NNA [niños, niñas y adolescentes] por motivos migratorios no puede ser entendida como una medida que responde al interés superior del niño. Múltiples estudios han documentado que la detención tiene efectos negativos y duraderos en el desarrollo físico y mental y que conduce a la aparición o empeo-

La pregunta formulada al respecto en la solicitud de opinión consultiva se refería a la interpretación que debería darse conforme a la Convención Americana y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como al principio de *última ratio* de la detención en los procedimientos migratorios, tanto cuando se trate de niñas y niños que se hallan junto a sus progenitores como cuando se trata de niñas o niños no acompañados o separados de sus progenitores.

La opinión consultiva expresa al respecto que la interrogante «parte de dos premisas fundadas en el derecho internacional de los derechos humanos y acogidas por la jurisprudencia de esta Corte, esto es, (i) el principio de *última ratio* de la privación de libertad de niñas y niños y (ii) la exigencia de motivar la necesidad de recurrir a medidas privativas de libertad de carácter cautelar por infracciones a la ley migratoria, como medida excepcional»<sup>16</sup>.

En tal virtud, la Corte establece que «la medida de privación de libertad, si bien puede perseguir una finalidad legítima y resultar idónea para alcanzarla, al conjugar los criterios desarrollados y en virtud del principio de interés superior de la niña o del niño (...) la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. Aunado a ello, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior»<sup>17</sup>. El tribunal añade que existen medidas menos gravosas que podrían ser idóneas para alcanzar el fin que se persigue y que responderían al interés superior de la niña o del niño. La Corte concluye sobre este punto enfatizando que «la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única

ramiento de cuadros tales como la ansiedad, la depresión y el daño psicológico y emocional». Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «*Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados Loor*», *Op. Cit.*, párrafo 80. Se han eliminado dos notas a pie de página contenidas en el texto original.

<sup>16</sup> CIDH, OC-21, *Op. Cit.*, párrafo 148.

<sup>17</sup> *Ibidem*, párrafo 154. Se han eliminado del texto original dos referencias a pie de página.

circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana»<sup>18</sup>.

La Corte aborda en seguida la cuestión de la privación de libertad de las niñas y los niños que se encuentran no acompañados o separados de su familia. Sostiene que dicha privación transgrede el derecho internacional de los derechos humanos, «pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad»<sup>19</sup>.

Finalmente, el tribunal interamericano concluye observando sobre esta materia que «los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño»<sup>20</sup>.

## **V. Medidas de protección integral y garantías para su aplicación**

Dado que, como señala la Corte Interamericana, la detención por razones migratorias de niños y niñas resulta incompatible con el derecho internacional, se aboca en seguida, en su opinión consultiva, en el tipo de

---

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*, párrafo 157. Se han eliminado dos referencias a pie de página. La Corte también cita al Comité de Derechos del Niño, que ha precisado que «[e]n aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del niño, no debe privarse de libertad, por regla general, a los niños no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente porque esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. [...] Por consiguiente, debe hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento» (COMITÉ DE 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).

<sup>20</sup> *Ibidem*, párrafo 160.

medidas que pueden adoptarse legítimamente respecto de unos y otras. En este sentido, como una cuestión general, la Corte establece que la implementación de las mismas no debiera hallarse a cargo de las autoridades migratorias, sino de otra área administrativa, con especialización en materia infantil y juvenil, y haciendo incapié en que «en este ámbito, debería prevalecer la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones que ejercen el control migratorio»<sup>21</sup>. Y es que, si bien es rol del Estado diseñar el marco legislativo e institucional para aplicar las medidas alternativas a la detención, no puede perderse de vista que su objetivo principal es la atención y cuidado de niños y niñas.

La Corte enfatiza que las medidas deben concebirse como de aplicación prioritaria, tener como objetivo central la protección integral de los derechos del niño y la niña, conforme a una evaluación individualizada y atendiendo al interés superior, y «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»<sup>22</sup>.

70

Al respecto, la opinión consultiva remite al Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se refiere a la necesidad de que se adopten cuidados especiales para niños y niñas, así como a los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana, que señalan, respectivamente, que los niños y niñas deben recibir «medidas especiales de protección» y «protección, cuidados y ayuda especiales». Para la Corte, en consecuencia, las medidas de protección deben definirse en la lógica de protección integral, es decir, «deben propender al pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos aplicables, en especial el derecho a la salud, a una alimentación adecuada, a la educación, así como al juego y a las actividades recreativas propias de su edad»<sup>23</sup>. La Corte agrega que tales

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, párrafo 166, añadiendo que ello encuentra también fundamento en lo sostenido por el Comité de Derechos del Niño.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párrafo 162, que hace referencia además a lo afirmado en el mismo sentido por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas.

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrafo 164.

medidas deben orientarse hacia la promoción del bienestar y el desarrollo de la niña o del niño «a través de tres ejes principales: (i) la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, (ii) el cuidado emocional y (iii) la seguridad en tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia»<sup>24</sup>.

Lo anterior implica –continúa la Corte– una obligación para el Estado, de regular esta situación, disponiendo de «un conjunto de medidas que procuren los fines indicados, la cual se orienta en dos direcciones: por un lado, impone en el ámbito de competencia del órgano legislativo el deber de establecer, a través de la expedición de normas, un abanico de medidas que cumplan con los lineamientos descritos y, por el otro, sujeta al juez o al funcionario competente a aplicar dichas medidas en el marco de su esfera de actuación, de conformidad con el interés superior»<sup>25</sup>.

La opinión consultiva se refiere también a la situación de los niños no acompañados o separados, que demandan de los estados obligaciones específicas para atender las características propias de dicha situación. Si bien –reconoce el tribunal interamericano– no existe una normativa específica para la protección de niñas y niños en situación de irregularidad migratoria, deben tenerse en consideración las directrices sobre modalidades alternativas de cuidado a niñas y niños<sup>26</sup>, ya que contienen pautas acerca del acogimiento de niñas y niños en el extranjero, y en particular para aquellos no acompañados o separados. La Corte prescribe que «[d]ado que los Estados deben garantizar que la niña o niño tenga un lugar adecuado donde alojarse, resulta pertinente tener en cuenta las referidas directrices en relación con las modalidades de acogida. En este sentido, se deben priorizar soluciones basadas en la familia o la comunidad antes que la institucionalización. Los Estados –añade la Corte– se encuentran, además, obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a la determinación de

---

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, párrafo 165.

<sup>26</sup> La Corte, en el párrafo 167 de su opinión consultiva, hace referencia a la *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/41/85, adoptada el 3 de diciembre de 1986, y a las «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños», Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/64/142, adoptada el 18 de diciembre de 2009.

la identidad y composición familiar de la niña o del niño en tal situación; localizar a su familia y propender a su reunificación familiar, teniendo en cuenta su opinión e interés superior, y velar por la repatriación voluntaria y segura a su país de origen. En caso de no ser posible esto último, otras soluciones duraderas debieran tenerse en cuenta»<sup>27</sup>.

La Corte establece que se debe reglamentar el procedimiento para hacer efectivas las medidas de protección, procurando que se respete una serie de garantías mínimas: «contar con una autoridad administrativa o judicial competente; tomar en cuenta las opiniones de niñas y niños sobre su preferencia; velar por que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial al tomar la decisión; y garantizar el derecho a revisión de la decisión en caso de considerarse que no es la medida adecuada, la menos lesiva o que se está utilizando de forma punitiva»<sup>28</sup>.

La opinión consultiva concluye enfatizando que «las niñas y los niños migrantes y, en particular aquellos en situación migratoria irregular, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, requieren del Estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y atendiendo a su interés superior»<sup>29</sup>.

72

## **VI. Principio de no devolución (*non-refoulement*)**

Se trata de una materia que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha abordado anteriormente, tanto bajo el mecanismo de casos como del de medidas urgentes. En este sentido, resaltan en la jurisprudencia interamericana dos sentencias de los últimos años, las expedidas en los casos de la Familia Pacheco Tineo contra Bolivia<sup>30</sup> y en el de Personas

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, párrafo 167. Se han eliminado tres notas a pie de página de texto original.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párrafo 169. Se han eliminado tres referencias a la Observación General No. 14, «Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial», del Comité de Derechos del Niño, que la Corte Interamericana emplea como fuente al respecto de estos aspectos.

<sup>29</sup> *Ibidem*, párrafo 170.

<sup>30</sup> CIDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

Dominicanas y Haitianas expulsadas contra República Dominicana<sup>31</sup>. En la Comisión son numerosas las medidas cautelares emitidas, especialmente respecto de Estados Unidos, en aplicación del principio de *non-refoulement*. Un caso de especial interés es el de Andrea Mortlock<sup>32</sup>, en el cual la Comisión adoptó una medida cautelar para que EE.UU. suspendiera la deportación de una ciudadana jamaquina que vivía con VIH/sida y respecto de la cual se temía fundadamente que si era expulsada a su país de origen no continuaría recibiendo el tratamiento médico de triterapia, lo que la conduciría a la muerte. Su deportación fue finalmente suspendida.

Como afirma la Corte Interamericana en su opinión consultiva en análisis, las disposiciones de los instrumentos interamericanos respecto del derecho de asilo y del principio de no devolución deben ser complementadas con los artículos 1.1 (que establece los deberes del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos); 5 (integridad personal); y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana. El tribunal realiza una interpretación sistemática de las mencionadas disposiciones de los instrumentos interamericanos con los principios y normas establecidas en la Convención sobre Derechos del Niño y otros tratados internacionales.

73

Sobre estas bases, la Corte subraya que «concuera con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que [e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redunda en el ‘interés superior’ por lo que se encuentra prohibido cuando produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución»<sup>33</sup>.

De allí que frente a las obligaciones que impone al Estado el Derecho Internacional, debe «al menos, entrevistar a la persona, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución, y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y, de constatarlo, no debería ser

---

<sup>31</sup> CIDH, Caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 28 de agosto de 2014.

<sup>32</sup> Comisión Interamericana, *Andrea Mortlock vs. EE.UU. (Admisibilidad y Fondo)*, Caso 12.534, 2008.

<sup>33</sup> CIDH, OC-21, *Op. Cit.*, párrafo 231.

devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo»<sup>34</sup>; se añade, en el caso de niñas y niños, el que determine su interés superior conforme a los procedimientos precitados.

La opinión consultiva también subraya que las obligaciones estatales se extienden más allá de las situaciones en que se haya determinado que concurren los requisitos para garantizar el estatus de refugiado, incluyendo de este modo las situaciones en que debe concederse al niño la protección internacional de carácter complementario. En este sentido, la Corte Interamericana cita al Comité de los Derechos del Niño, cuando precisa que «[s]i no se cumplieran los requisitos para obtener la condición de refugiado al amparo de la Convención de 1951, los niños separados o no acompañados disfrutarán de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección [incluyendo] la obligación [estatal] de atender las necesidades específicas de protección del niño no acompañado y separado de su familia»<sup>35</sup>.

74

De todo lo anterior, la opinión consultiva deduce que debe garantizarse en la mayor medida posible que los niños y niñas gocen de todos los derechos humanos reconocidos en el territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado, lo cual incluye los derechos que presuponen la estancia legal.

La Corte concluye la sección relativa al principio de no devolución estableciendo que conforme a la interpretación sistemática de los instrumentos internacionales relevantes, «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»<sup>36</sup>.

## **VII. Conclusiones**

La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

---

<sup>34</sup> *Ibidem*. Ambas citas son del párrafo 232.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párrafo 241, citando al Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*.

<sup>36</sup> *Ibidem*, párrafo 242.

manos sobre niñez migrante, se emitió en uno de los momentos críticos de la situación de este colectivo vulnerable en las Américas. Como se ha descrito en este trabajo, ello ocurrió en uno de los *peaks* de la migración infantil hacia EE.UU. desde los países del triángulo norte centroamericano, lo cual implicaba, además, una situación muy compleja de tránsito, especialmente a través de México.

Con posterioridad a ello, la migración infantil retornó a sus cifras históricas, para luego volver a incrementarse, y se ha llegado a adoptar medidas extremas –como la separación de los niños de sus familias por parte de Estados Unidos en 2018–. Además, algunas de las políticas y prácticas adoptadas en el momento más álgido continúan en vigor, especialmente las que se refieren a la detención de niños y niñas por razones migratorias.

De allí la actualidad de la opinión consultiva sobre la niñez migrante, ya que a través de la interpretación sistemática que en ella se efectúa, que tiene en consideración los instrumentos relevantes tanto del Sistema Interamericano como del Sistema de Naciones Unidas, proporciona parámetros de mucha relevancia en la materia, que, conforme a las obligaciones contraídas por los Estados de la OEA, debieran ser aplicados en el diseño de las políticas públicas en la materia, así como en la implementación práctica de dichas políticas.

