

Buena práctica 11

Buena práctica: Protección especial de niños no acompañados

Argentina:

Cuando un menor no acompañado o separado de su familia se presenta ante el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (CEPARE), es notificado el Defensor de Menores e Incapaces de Turno, quien promueve el inicio de medidas precautorias ante un Juez de Familia.

El juez, entre otras medidas (informes socio-ambientales, psicofísicos) le designa un tutor, cargo que normalmente recae, en las jurisdicciones donde son habidos, en tutores públicos.

Examinemos la Ley sobre el Estatuto de Refugiado N° 18.076 (Uruguay) 2006:

ARTICULO 36. (Niños, niñas o adolescentes no acompañados).-

Recopilado por la Unidad Legal Regional del Bureau de las Américas, ACNUR

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a solicitar y a que se reconozca su condición de refugiado, en forma **independiente** a las personas que ejercen su representación legal.

Cuando la solicitud sea realizada por un niño, niña o adolescente no acompañado, la Secretaría Permanente le asegurará la designación de **asistencia letrada obligatoria** dándole trámite en forma prioritaria. **Asimismo, deberá comunicar el hecho en forma inmediata al Juez de Familia quien adoptará las medidas pertinentes.** Es nula toda actuación que se hubiese realizado sin la presencia del defensor. **En caso de duda sobre la edad de la persona se estará a la declarada por ésta** mientras no mediaren estudios técnicos que establecieran otra edad.

Deberá prevalecer la defensa del interés superior del niño, niña o adolescente a lo largo de todas las instancias del procedimiento. Todas las decisiones que sean adoptadas en el mismo deberán tomarse considerando el desarrollo mental y madurez del niño, niña o adolescente.”

Ver cuadro 17 anexo

El desarraigo tiene efectos particulares sobre los niños refugiados, en especial los no acompañados o separados.

La ley uruguaya citada expresa una serie de buenas prácticas acordes con requisitos en materia de protección de los niños, subrayados por el ACNUR¹ y órganos de tratados de Naciones Unidas:

¹ A juicio del ACNUR “la innovación más importante de la Convención sobre los Derechos del Niño es la concesión de derechos a los niños. Estamos habituados a considerar a los niños como sujetos con necesidades que deben satisfacerse, más que como (sujetos) de derecho”: ACNUR, “Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado”, Ginebra, 1994, p.14.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0252>.

Hay tres derechos que son “la base de la CDN: la norma del «interés superior», la no discriminación y la participación”: ACNUR, “Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado”, citado, p.14.

El interés superior del niño plantea exigencias a todas las autoridades más allá del mero abstenerse de conculcar los derechos del niño: “El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten”: Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 (2003), “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, párrafo 12. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4281>.

El interés superior es determinante para lo que hace a **adopción** (Artículo 21 CDN) y **separación del menor de sus padres contra su voluntad** (Artículo 9 CDN). Las **disputas sobre custodia y las solicitudes de adopción han de someterse a un órgano jurisdiccional** y los procedimientos respectivos deben ser regulados por ley y comportar el más cuidadoso respeto al debido proceso (desde luego, incluido el derecho de los progenitores de hacerse oír y de presentar apelación). No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley (artículo 14 CDN): ACNUR, “Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor” (2008).

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7126>.

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

-**Es una ley**, no una disposición inferior a ésta, la que establece los elementos esenciales para dotar de representación al menor.

-Los elementos esenciales de la determinación del interés superior del menor están encargados al **poder judicial**

-El **menor, sujeto de derecho**, puede ser reconocido como refugiado independientemente de las personas que ejerzan su representación legal.

-Las solicitudes de menores no acompañados cuentan con **asistencia letrada** y se **les tramita prioritariamente**.

-A falta de prueba en contrario sobre la edad de la persona, la autoridad se atiene a la edad que ésta declare.

-**Preponderancia del interés superior** del menor en todas las etapas del procedimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos apunta principios rectores de la Convención sobre los Derechos del niño que inspiran su protección integral, derecho al debido proceso y a medidas específicas para asegurar el acceso a la justicia, acceso efectivo a los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado:

“69 (...) cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de **no discriminación**, el principio del **interés superior** de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de **respeto a la opinión** de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.”

“115. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las **niñas y niños migrantes**, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, **la adopción de ciertas medidas específicas** con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten.”.

“261. (...) **los Estados deben adecuar los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado para brindar a las niñas y niños un acceso efectivo a los mismos que permita considerar su situación específica.** La Corte considera que dicha obligación conlleva: no obstaculizar el ingreso al país; si se identifican riesgos y necesidades dar a la persona acceso a la entidad estatal encargada de otorgar el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado o a otros procedimientos que sean idóneos para la protección y atención específica según las circunstancias de cada caso; tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal; contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud; realizar un registro y entrevista procurando no causar mayor trauma o re-victimización (...).

(Opinión Consultiva 21, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional* de 19 de agosto de 2014. Cuadro 17 bis anexo).

Enuncia la Ley General argentina de Reconocimiento y Protección al Refugiado de 2006:

“ARTICULO 53. La Comisión procurará cuando se tratare de mujeres o **menores en especial si no están acompañados**, que hubieren sido víctimas de violencia, la atención psicológica especializada de los mismos, y durante el procedimiento, se observará las recomendaciones del ACNUR formuladas en las Guías para la protección de mujeres refugiadas y las directrices sobre persecución por motivos de género. **En caso de los menores se tendrá en cuenta las directrices sobre su protección y cuidado** dando cuenta a los organismos con responsabilidad primaria en políticas dirigidas a grupos vulnerables a los fines de una solución eficaz, rápida y de contención efectiva a dichas personas.”

Ya el “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado”², apuntaba que el niño no acompañado debe tener un tutor cuya tarea es promover sus mejores intereses.

Leemos en la Opinión Consultiva 21(2014) de la Corte Interamericana de Derechos humanos:

“(...) **los Estados tienen el deber de nombrar a un tutor para las niñas y niños que son identificados como no acompañados** o separados de su familia, aún en las zonas de frontera, tan pronto como sea posible y mantenerlo bajo su tutela hasta que llegue a la mayoría de edad, por lo general a los 18 años de edad; hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado; o, en su caso, hasta que desaparezca la causa por la cual fue nombrado el tutor. El tutor deberá conocer suficientemente los intereses

² ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado”, citado, párrafos 213-219. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983.pdf>

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

y situación de la niña o niño, y estar autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención de la niña o niño y a buscar una solución duradera”.

Observa una ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados que normalmente más de la mitad de la población de refugiados del mundo son niños. “Los niños refugiados son, en primer lugar y antes que nada, niños y, como niños, necesitan una atención especial”³.

En El Salvador, la Ley de Protección de la Niñez y de la Infancia de 2009 prescinde expresamente de la nacionalidad del menor:

“Artículo 1.- Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño y adolescente en El Salvador, contenidos en la presente Ley, **independientemente de su nacionalidad**, para cuyo efecto se crea un **Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia** con la participación de la familia, el Estado y la sociedad, fundamentado en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en El Salvador, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

(Cuadro 17).

Por sistema comprensivo de protección del menor entendamos las leyes, políticas, procedimientos y prácticas para prevenir y actuar de manera efectiva ante el abuso, el trato negligente, la explotación y el trato violento al menor. En cuanto a menores no acompañados y separados ha de preverse medidas para identificarlos y registrarlos tan pronto como sea posible y de manera sensible a sus necesidades. Un adecuado registro y documentación facilitará la determinación de su interés superior⁴.

Numerosos niños no acompañados y separados han sido afectados por conflictos, desplazamientos de población o desastres naturales; los hay que temen persecución o huyen de la amenaza de conflictos internos, agresión extranjera, violencia generalizada, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que han perturbado gravemente el orden público.

³ Prefacio de Sadako Ogata, ACNUR, “Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado”, 1994. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0252.pdf>

⁴ ACNUR, “Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor” (2008), párrafo 2. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7126.pdf>.

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

Junto a ellos viajan también niños migrantes⁵ en busca de mejoras económicas, niños y niñas víctimas de trata u objeto de tráfico. Los niños no acompañados y separados son protegidos por instrumentos internacionales diversos y por el ordenamiento nacional; se aplicará la disposición más generosa⁶.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño son parte de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos llama un *corpus juris* internacional de protección de los niños⁷. La interpretación y aplicación del *corpus juris* será sensible a matices de género, edad, pluralidad cultural y diversidad.

Al igual que otros tratados de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño no es un agregado de meras aspiraciones. Se propone reconocer derechos subjetivos –por tanto, directamente exigibles ante los tribunales y ante todas las autoridades-. Prevalece sobre el derecho interno que se le oponga⁸. Como cualquier otro instrumento jurídico nacional o internacional, puede ser infringida de diferentes maneras: Por el texto de una ley o de un acto cualquiera, por su interpretación y aplicación, o bien por sus consecuencias reales.

Carece de importancia si la violación de la Convención ocurre porque tal fue la intención del legislador o porque, con independencia de esta última, las consecuencias reales terminan por infringirla.

¿Qué hacer si, como es usual, un acto o una norma interna relativa a niños admite varias interpretaciones?

En los comentarios sobre otras buenas prácticas se resaltó la importancia de una técnica jurídica: La interpretación conforme:

⁵ “En términos generales, los migrantes internacionales son aquellos que cruzan fronteras internacionales con el fin de establecerse en otro país, incluso temporalmente. Los turistas y viajeros de negocios por períodos cortos generalmente no se cuentan entre los migrantes.”

Ver

http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/books/benin_initiative/EMM_SP_vol2_part1.pdf

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.”

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0021>.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 194.

Ver http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003): “20. El Comité acoge con satisfacción la incorporación de la Convención al derecho interno, incorporación que es el procedimiento tradicional de aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en algunos Estados, pero no en todos ellos. La incorporación debe significar que las disposiciones de la Convención pueden ser invocadas directamente ante los tribunales y ser aplicada por las autoridades nacionales y que la Convención prevalece en caso de conflicto con la legislación interna o la práctica común”.

Ver <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf>.

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

Las disposiciones jurídicas pocas veces son unívocas. Advertimos que de no ser claro y distinto el significado de un acto o de una ley, ha de interpretárselos conforme al derecho internacional. La administración o la judicatura deben en consecuencia escoger la interpretación que más se adapte a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para que “los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones”, estima el Comité de los Derechos del Niño que “los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños”⁹.

Las autoridades del Estado donde el niño reside habitualmente son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes. Con respecto a niños refugiados y aquellos que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados, las autoridades del estado en cuyo territorio se encuentran como consecuencia del desplazamiento ejercen esa competencia¹⁰.

En Argentina la Defensoría General de la Nación creó en 2007 el Programa para la asistencia y protección del refugiado y solicitante de refugio”, que en la práctica ha funcionado muy aceptablemente:

Cuando un menor no acompañado o separado de su familia se presenta ante el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (CEPARE), es notificado el Defensor de Menores e Incapaces de Turno, quien promueve el inicio de medidas precautorias ante un Juez de Familia.

El juez, entre otras medidas (informes socio-ambientales, psicofísicos) le designa un tutor, cargo que normalmente recae, en las jurisdicciones donde son habidos, en los tutores públicos. A partir de ese momento, el tutor se convierte en el representante legal del menor en el procedimiento de elegibilidad y, además, contribuye a la búsqueda de soluciones transitorias (guarda, adopción) o duraderas (integración local, repatriación voluntaria o reasentamiento en un tercer país) teniendo en miras, siempre el interés superior del niño (cuadro 17).

⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 (2003), citada, párrafo 24. Por lo demás, “ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración”. Ver <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf>

¹⁰ Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, artículos 5 y 6. Ver <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt34es.pdf>.

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

En México encontramos la buena práctica de los Oficiales de Protección de la Infancia (OPI), cuya encomienda es proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. Obsérvese que los niños son informados de sus derechos, incluido el de solicitar asilo:

- El OPI, de ser posible, **entrevistará** al niño, niña o adolescente migrante extranjero.
- Cuando el niño se aloje con algún familiar consanguíneo, la representación consular o diplomática del país de origen será la única instancia facultada para verificar el vínculo familiar (**salvo que sea solicitante de la condición de refugiado**).
- Si no es posible realizar la entrevista por la edad o condición física de los niños, o si no es posible determinar la nacionalidad, el OPI lo comunicará a la persona responsable de la estación migratoria con el propósito de que se realicen las investigaciones necesarias para demostrar vínculos de nacionalidad con algún Estado, salvo si son solicitantes de la condición de refugiado.
- **El OPI deberá informar a los niños no acompañados sobre sus derechos.**
- En caso de no detectarse ninguna necesidad que requiera la atención médica inmediata del niño, se le dirigirá a la estación migratoria más cercana.
El Responsable de la Estación Migratoria dará aviso al Sistema Nacional, Estatal o Municipal para el Desarrollo Integral de la Familia a fin de que se le brinde la atención que requiera.
- **Se informará al niño en un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad que tiene derecho de asilo.**
- El OPI acompañará al niño en acciones como visitas al médico, llamadas telefónicas a su familia, y le mostrará sus derechos como posible víctima de trata.
- Cuando el niño, niña o adolescente migrante extranjero no acompañado no sea solicitante de asilo, o éste no se le otorgue, y se estime que la repatriación puede afectarlo, el INM deberá, en coordinación con el consulado respectivo, analizar las alternativas jurídicas o humanitarias, incluyendo la protección complementaria, de conformidad con el derecho internacional y la legislación federal o local aplicable¹¹.

El artículo 74 de la Ley mexicana de Migración (2011) prescribe:

¹¹ CIRCULAR No. 001/2010, por la que se instruye el procedimiento para la atención de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7700>

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

“Cuando así convenga al interés superior de la niña, niño o adolescente migrante extranjero no acompañado, dicho niño, niña o adolescente será documentado provisionalmente como Visitante por Razones Humanitarias en términos del artículo 52, fracción V, de esta Ley, mientras la Secretaría ofrece alternativas jurídicas o humanitarias temporales o permanentes al retorno asistido”.

Los niños solicitantes de asilo no deben ser detenidos a severa, citando directrices del ACNUR, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*Informe sobre migración en los Estados Unidos, detenciones y debido proceso* (2010)¹². Si efectivamente no hubiera medida alternativa a la detención y fuera estrictamente necesario se les detendría separados de los adultos y en establecimiento no carcelarios.

Leemos en el “Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011) que el Estado, al privar de libertad a una persona, **se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física**; que

el “ejercicio de la posición de garante del Estado se mantiene en situaciones tales como el internamiento en hospitales psiquiátricos e instituciones para personas con discapacidades; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para **migrantes, refugiados, solicitantes de asilo**, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas. En cada uno de estos supuestos las medidas concretas que adopte el Estado estarán determinadas por las condiciones y necesidades particulares del grupo que se trate”¹³.

En *Vélez Loor vs Panamá* (2010), la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia sobre la detención de migrantes. Los requisitos para que la detención no sea arbitraria son aplicables a solicitantes de asilo y refugiados (y, con mayor razón, a los niños refugiados):

“(…) la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Así, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados supra y únicamente durante el menor tiempo posible.

Para ello, **es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas** que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos. En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre inmigración en los Estados Unidos, detenciones y debido proceso” (2010), párrafos 47 y 54.

Ver <http://cidh.org/pdf%20files/InformeSobreMigracionesEnEEUU-Detenciones-y-DebidoProceso.pdf>.

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas OEA/Ser.L/V/II.Doc. 64, 31 diciembre 2011, párrafo 38. Énfasis agregado. Cita, de la propia Comisión, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Disposición general, aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08 en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Ver <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines”¹⁴.

La Opinión Consultiva 21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014) es terminante: **La privación de libertad de un menor migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria:**

“154. (...) la Corte es de la opinión que la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de 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 (*supra* párr. 151). 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. En este sentido, la Corte considera que existen medidas menos gravosas (*infra* párr. 162) que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño. **En suma, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana**”.

“173. De conformidad con los criterios desarrollados anteriormente (*supra* Capítulos IX y X), los Estados deben, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, priorizar las medidas que propendan al cuidado de la niña o del niño con miras a su protección integral, cuando se ve involucrado en procedimientos migratorios. En determinadas circunstancias, como por ejemplo cuando la niña o el niño se encuentra junto a su familia y se comprueba una necesidad excepcional, ineludible o imperiosa de cautelar en forma preferente los fines del proceso migratorio y no hay otra opción menos lesiva que la institucionalización en un centro donde se permita la convivencia entre la niña o el niño y su grupo familiar, o cuando la niña o el niño se encuentra no acompañado o separado de su familia y no existe la posibilidad de otorgar una medida basada en un entorno familiar o comunitario de forma tal que es necesario acogerlo en un centro, es posible que los Estados recurran a medidas tales como el alojamiento o albergue de la niña o del niño, ya sea por un período breve o durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria. En este sentido, la Corte recuerda que ya se ha pronunciado con respecto a la necesidad de separación de las personas migrantes bajo custodia de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, al establecer que los centros para alojar a las personas migrantes deben estar destinados específicamente a tal fin”.

“180. La Corte es del parecer que se deduce del ordenamiento jurídico internacional en la materia y en atención a lo establecido previamente en cuanto

¹⁴ Vélez Lóor vs Panamá” (2010), Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 171. Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8140>

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

al alcance de los artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración Americana, que cualquier medida de alojamiento debe permitir la salida del establecimiento donde se encuentre la niña o el niño, esto es, debe desarrollarse en un ambiente no privativo de libertad” (cuadro 17 bis anexo).

Son evidentes, así, las buenas prácticas legislativas siguientes:

En cuanto a niños en general, en Costa Rica, Ecuador, México y la República Dominicana no es permitida su detención: tampoco en cuanto a niños no acompañados, en Guatemala y Nicaragua (cuadro 17 ter anexo).

México:

“Artículo 111. En ningún momento las niñas, niños o adolescentes migrantes, independientemente de que viajen o no en compañía de una persona adulta, serán privados de la libertad en estaciones migratorias o en cualquier otro centro de detención migratoria.

Costa Rica:

“Artículo 47. **Bajo ninguna circunstancia procederá la aprehensión de personas menores de edad**, sean estos acompañados, no acompañados o separados.”

Nicaragua:

“ARTÍCULO 10. No sanción administrativa o penal: (...)
C) Tratándose de solicitantes de la condición de refugiado con necesidades especiales, como son las víctimas de la violencia sexual o de género, ancianos, personas que han sufrido violencia extrema o tortura, **menores no acompañados o separados**, discapacitados, o personas con una enfermedad física o mental, ellos **no podrán ser retenidos** y serán trasladados inmediatamente a una institución que les pueda otorgar la asistencia necesaria.”

La ley de Migración costarricense (2009) exceptúa a los menores de edad de la regla según la cual es inadmisibile la permanencia de extranjeros que ingresen o permanezcan ilegalmente en el país; de igual forma, manda que solamente en resguardo de su propio interés pueden ser deportados o expulsados, buenas prácticas en atención a la particular vulnerabilidad de los menores:

“ARTÍCULO 69.-

Será inadmisibile la solicitud de permanencia legal de la persona extranjera que haya ingresado al país o permanezca en él en condiciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley; **se exceptúa de esta norma a las personas**

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

menores de edad. Bajo condiciones de humanidad, la Dirección General podrá admitir dichas solicitudes mediante resolución fundada”.

“ARTÍCULO 185.-

La persona extranjera deportada no podrá reingresar al país por el término de cinco años.

El director general, mediante resolución fundada, podrá autorizar, excepcionalmente, el ingreso antes de dicho término, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la presente Ley.

Las personas menores de edad no serán sujetos de deportación, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés.”

En la República Dominicana establece el Reglamento de aplicación de la Ley General de Migración (2004):

“**ARTÍCULO 134.-** La detención se refiere a la privación de libertad y a la custodia del Extranjero por parte de la autoridad migratoria. Se inicia con la expedición de una orden de detención por parte del Director General de Migración, o bien como un paso posterior a la verificación de la condición migratoria ilegal de una persona.

PÁRRAFO.- La detención será el último recurso, de modo que la autoridad migratoria sólo la utilizará en caso que se estimen insuficientes los demás recursos descritos de este Reglamento. **La detención nunca será utilizada en los casos de menores de edad, mujeres embarazadas o lactantes, envejecientes y solicitantes de asilo”.** (Cuadro 17 ter anexo)

Es también buena práctica la de Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas (Venezuela, 2001), que respalda el derecho a la unidad familiar de niños refugiados:

“ARTÍCULO 2.

(...) 6. Se garantizará la unidad de la familia del refugiado o de la refugiada, del asilado o de la asilada, y de manera especial la protección de los **niños refugiados o de las niñas refugiadas y adolescentes no acompañados** o separados del núcleo familiar, en los términos establecidos en esta Ley.”

Está en el cuadro 17 el Memorando de Entendimiento (2011) entre el Instituto Autónomo Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela y el ACNUR, cuyo propósito es fortalecer la colaboración entre las partes y promover la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes no acompañados.

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela de 2007 -sin distinguir entre niños nacionales y extranjeros- decreta que la atención institucionalizada del menor solamente tendrá lugar si no fuera posible encontrar una familia sustituta. También provee en materia de tutela conforme al ordenamiento general:

“Artículo 397-A. Protección de niños, niñas y adolescentes separados o separadas de su familia de origen

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

A los efectos del artículo 394-A, toda persona que tenga conocimiento de un niño, niña o adolescente que carezca de sus progenitores o se encuentre separado o separada de ellos, ya sea porque se desconoce su identidad o su paradero deberá informarlo al correspondiente Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tan pronto sea posible. (...) Si fuere imposible ubicar a la familia de origen dictará la medida de abrigo. Las familias en las cuales se ejecute la medida de abrigo sólo podrán ser aquéllas que aparezcan inscritas en el correspondiente registro de elegibles en materia de abrigo. **En caso de no encontrarse una familia que llene este requisito previo y que responda a las necesidades y características del respectivo niño, niña o adolescente, la medida de abrigo se ejecutará en entidad de atención (...)**”

“Artículo 397-B. Tutela de niños, niñas y adolescentes separados o separadas de su familia de origen

En los casos en que ambos progenitores o uno solo de ellos, cuando sólo existe un representante, hayan fallecido o, se desconozca su paradero, y existe Tutor o Tutora nombrado por dicho progenitor o progenitores, el mismo Tutor o Tutora o, cualquier pariente del respectivo niño, niña o adolescente, deberá informar directamente al juez o jueza de mediación y sustanciación del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, **a fin de que proceda a constituir la correspondiente Tutela**, en los términos previstos por la Ley”.

En Wayne Smith y otros vs. Estados Unidos (2010) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera que la política de inmigración “debe garantizar a todos una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección”; en cuanto a decisiones de expulsión, postula una prueba de equilibrio conforme a la cual se sopesa la potestad del Estado de promover el bienestar general frente a los derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida familiar¹⁵.

Ya en el “Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado” (2000), la Comisión había insistido en “el respeto de los derechos del niño y del derecho a la vida familiar en procedimientos de expulsión bajo los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana”¹⁶, cuestión que reafirma la reciente opinión consultiva 21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014):

“158 (...) cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños. Evidentemente, esto

¹⁵ Informe No. 81/10 CASO 12.562, WAYNE SMITH, HUGO ARMENDARIZ, Y OTROS contra ESTADOS UNIDOS, párrafos 50 y 51. Ver <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7959.pdf>.

¹⁶ Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev. 28 febrero 2000, párrafo 180. Ver <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Canada2000sp/indice.htm>.

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia” (cuadro 17 bis anexo).

La Ley de Migración uruguaya de 2008 confiere a los migrantes (y, por mayoría de razón, a los refugiados, especialmente los niños) el derecho a la reunificación familiar y al debido proceso:

“Artículo 1º.- El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el **derecho a la reunificación familiar**, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna (...)”¹⁷.

Los Gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela consideran “la reunificación familiar como un derecho de los migrantes y un elemento fundamental para una mejor integración en la sociedad receptora”¹⁸.

La Conferencia Regional sobre Migración ha adoptado los Lineamientos Regionales de 2009 para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes no Acompañados en Casos de Repatriación y los Lineamientos Regionales para la Protección Especial de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Trata de Personas (2009), cuidando en ambos que el derecho a solicitar asilo de los menores no sufriera mengua (cuadro 17),

En el Plan de Acción adjunto a la Declaración de Brasil (2014) leemos:

“La consulta subregional para Mesoamérica destacó, en el Triángulo Norte de Centroamérica, la migración por múltiples causas, entre ellas las **acciones del crimen organizado transnacional**, que generan el desplazamiento de personas forzadas a escapar de sus comunidades de origen. Esta problemática impacta en particular a los grupos en situación de mayor vulnerabilidad, como las mujeres, los niños y niñas acompañados, no acompañados y separados, y las personas LGBTI. Las amenazas, el hostigamiento, la extorsión, el reclutamiento forzoso, el abuso sexual, la violencia de género y la trata de personas son, entre otras, las principales formas de violencia que sufren estas poblaciones. Este fenómeno se ve reflejado en un aumento del número de solicitudes de asilo en los países vecinos y otros países del continente, así como de solicitudes pendiente de resolución y el incremento de refugiados”¹⁹.

¹⁷ Ley N° 18.250 de 2008. Énfasis agregado. Ver

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6248>.

¹⁸ Quinta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, La Paz, Bolivia, 25 y 26 de Noviembre de 2004, Declaración de La Paz, Octavo.

Ver http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/7179.2977.pdf5_2004.pdf.

¹⁹ Declaración de Brasil, “Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe”, Brasilia, 3 de diciembre de 2014, capítulo cuarto. Énfasis agregado.

Ver <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9867>

Buena práctica 11. Protección especial de niños no acompañados

Leamos en la Declaración de Brasil (2014) el Programa Asilo de Calidad, uno de cuyos cometidos es:

“i) Desarrollar y ejecutar procedimientos prioritarios - con la participación de un representante legal y/o tutor, según corresponda - en el caso de niños y niñas no acompañados y separados, donde se garantice la participación de los menores de acuerdo a su edad y madurez”.