

Nota de difusión

## Opinión consultiva 21

# A pedido del MERCOSUR la Corte Interamericana fija el umbral de protección de la niñez migrante

El 19 de agosto de 2014, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la opinión consultiva “Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” en respuesta a la solicitud presentada en 2011 por los cuatro Estados parte del MERCOSUR en aquel año, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Un pronunciamiento clave para fijar un piso mínimo de obligaciones de los Estados de origen, tránsito y destino que garanticen la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes.

La [Opinión Consultiva N° 21](#) (OC 21 a partir de ahora) “Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” es el resultado de una experiencia inédita: por primera vez cuatro Estados –Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay– se presentaron ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con una posición común en un tema de fundamental trascendencia para la protección de los derechos humanos en la región. Y fueron cuatro países del Cono Sur los que avanzaron con una propuesta que, con los resultados a la vista, tendrá implicancias en toda la región americana –desde su extremo norte a su extremo sur– en torno al mejoramiento de la situación de niños y niñas migrantes.

Los méritos de la OC 21 no reposan únicamente en su fuerza política, por ser fruto de una iniciativa coordinada de los países del MERCOSUR, el cual funcionó esta vez como ámbito de articulación de políticas, sino también en el amplio proceso de discusión que precedió al pronunciamiento final de la Corte Interamericana (Corte IDH). En ese proceso participaron gobiernos, organizaciones sociales y agencias internacionales de promoción de derechos humanos. Los gobiernos del MERCOSUR presentaron posiciones de avanzada acerca de los derechos de los migrantes y promovieron un enfoque de derechos humanos de las políticas migratorias, que contrasta con otros modelos de política migratoria vigentes en algunos países centrales. La OC 21 es fundamental, sobre todo, por los

lineamientos novedosos que fija la Corte IDH para definir y ampliar el alcance de los derechos de los niños y niñas migrantes. Términos y definiciones precisas alrededor de problemáticas como la identificación de riesgos que enfrentan los niños migrantes, la prohibición de la detención, la conceptualización de la vida familiar en situación migrante, el principio de no devolución, y la precisión de las situaciones que exigen activar mecanismos de protección internacional, son sólo algunos de los avances que contiene este documento. La Organización de los Estados Americanos (OEA) [felicitó al MERCOSUR y calificó](#) “el documento emitido por la Corte como «apropiado» dados los retos que enfrentamos en este tema actualmente. Reiteraron la relevancia, aplicabilidad y «visión de futuro» contenida en la misma”, en total sintonía con la [declaración celebratoria de ACNUR](#).

La idea de elaborar una solicitud de opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes por parte del MERCOSUR surgió de la grave situación de violación de derechos que atraviesa este grupo que migra por motivos económicos, sociales, culturales o políticos en el continente. Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas en esa región alrededor de 26 millones de personas han migrado hacia países de Norteamérica y Europa y otros seis millones a otros países dentro de la región, distribuidos en Argentina (19%), Venezuela (13%), México (9,7%) y Brasil (9,19%).



De esos totales, una cantidad creciente, aunque todavía inestimable, son niños, niñas y adolescentes que migran en compañía de sus padres –ambos o sólo uno– o directamente solos. Sin embargo, los chicos y chicas afectados por la migración internacional son todavía un número más elevado, ya que no se contabilizan, por ejemplo, a muchos hijos e hijas de migrantes nacidos con posterioridad a la migración de sus padres, quienes en

general adquieren la nacionalidad del país donde nacieron por el principio de *ius soli*, que rige en casi toda la región. Tampoco se incluye a quienes permanecen en el país de origen cuando sus padres deciden migrar. Es por eso que la cantidad exacta de niños, niñas y adolescentes cuyas vidas cotidianas se ven afectadas por los procesos migratorios es aún un dato incierto.

La actualidad de esta problemática se ve claramente en la crisis humanitaria que se vive en la zona de la frontera sur de los Estados Unidos con México, epicentro de un creciente flujo de personas indocumentadas, entre las cuales se encuentran miles de niños y niñas no acompañados procedentes de países de Centroamérica. Entre el 1 de enero y el 31 de mayo 2014 la Patrulla Fronteriza de los Estados Unidos detuvo un número récord de 47.017 niños y niñas migrantes no acompañados en situación migratoria irregular, y se estimaba la llegada de otros 90.000 a lo largo del segundo semestre de 2014. En efecto, en julio de este año, los países del MERCOSUR [emitieron un comunicado](#), en consonancia con la solicitud, en el que manifestaban su profunda preocupación por la detención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en la frontera sur de los Estados Unidos, exigiendo el respeto irrestricto de sus derechos fundamentales.

De acuerdo a un reciente estudio publicado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), titulado “Children on the run”, algunas de las causas que estarían provocando este desplazamiento masivo de niños y niñas serían: las condiciones extremas de pobreza en los países de origen y la falta de oportunidades laborales; la reunificación familiar; violencia por parte de actores armados del crimen organizado, tales como carteles del narcotráfico y pandillas; violencia en los hogares; violencia de género; y reclutamiento forzado por parte de

redes de tráfico de personas y redes de trabajo infantil que operan en las rutas y en los lugares de destino. El camino que emprenden estos niños es, en la mayoría de los casos, por rutas clandestinas en las cuales se ven expuestos a diversas situaciones de vulneración de sus derechos fundamentales.

En este marco, el pronunciamiento de la Corte IDH resulta clave para fijar un piso mínimo de obligaciones de los Estados de tránsito y destino que garanticen la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes. Como [sostiene ACNUR](#) en un comunicado celebratorio de la OC 21, y veremos desarrollado más adelante, “este documento vinculante de la Corte Interamericana complementa y fortalece los esfuerzos de los Estados, del propio ACNUR y de otros organismos especializados, así como de la sociedad civil, por avanzar en una agenda regional común de protección de las personas refugiadas, solicitantes de asilo, apátridas y desplazadas internas”. En una serie de testimonios de especialistas recogidos por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH), Diego Lorente, director del Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, de Chiapas, México, [manifestó](#) que “tenemos una realidad en México de detención de niños, principalmente de 13 a 17 años. Detención, deportación, prácticamente automática. Esta OC 21 podría ayudar a aclarar y a dictar disposiciones que permita que la situación mejore”.

---

## ¿Qué es una Opinión Consultiva?

La Corte Interamericana tiene básicamente tres funciones: la de intervenir en casos denunciados frente a su tribunal y emitir sentencias, la de adoptar medidas cautelares llamadas provisionales y una tercera función que es la de dictar opiniones consultivas, las cuales funcionan como una guía de interpretación o pautas desde donde se generan estándares de derechos humanos para toda la región sobre temas frente a los cuales es consultada. Estas opiniones consultivas pueden ser pedidas por Estados o por otros órganos de la OEA.

Es una herramienta vinculante para todos los Estados, es decir, es obligatorio seguir esos estándares para aquellos Estados que reconocen la competencia de la Corte. No es necesario contar con un caso o una situación concreta de violación de derechos, sino que es una opinión jurídica fundada por un tribunal que lo que hace es decir cuáles son las obligaciones estatales, desde la interpretación que hace ese tribunal del marco normativo internacional sobre derechos humanos, específicamente de las convenciones que los Estados ratificaron y tienen la obligación de cumplir. Y es una herramienta jurídica que después los Estados deben incorporar dentro de su marco normativo y de sus prácticas, tender a cumplir con esos estándares que la Corte Interamericana emite en la opinión consultiva. Por supuesto, no hay sanción si no cumplen, pero hay una cuestión de responsabilidad internacional.

---



## Cronología

Proponemos hacer un repaso, en especial para quienes no han seguido todo el proceso, sobre la génesis y desarrollo de la OC 21. Como primer antecedente, caben mencionar los más de cinco años de trabajo de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADDHH), a través de su Comisión Permanente Iniciativa Niñ@Sur, en la coordinación de acciones en materia de protección y promoción de los derechos del niño. Ese fue el espacio en el cual surgió la idea de presentar la solicitud de OC 21 ante la Corte IDH. Para alcanzar esta iniciativa fue necesario el consenso previo de los Estados del MERCOSUR en esta materia que se vio reflejado en la suscripción de acuerdos bilaterales, regionales y subregionales que reconocen derechos humanos de los migrantes con

independencia de su condición migratoria, así como la suscripción de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos y en particular sobre derechos de la infancia. Así, en la XVIII RAADDHH, realizada en Brasilia en octubre de 2010, los Estados Miembro en aquel momento del MERCOSUR –Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay– decidieron impulsar una opinión consultiva ante la Corte IDH en relación con la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. El IPPDH recibió el mandato de elaborar el texto de la solicitud para lo cual utilizó estudios académicos realizados por instituciones especializadas en la temática, así como documentos e información provista por organizaciones de la sociedad civil, organismos estatales e internacionales, que fueron consultados durante las distintas etapas de redacción del documento.

Asimismo, se realizaron reuniones con los funcionarios públicos de las áreas concernientes a los temas sobre los que trata la opinión consultiva (migraciones, refugio, niñez, derechos humanos, relaciones exteriores) a los efectos de informarles del trabajo, conocer su parecer e involucrarlos en el mismo. El texto fue revisado y consensuado por los funcionarios de los países solicitantes. La experiencia de articulación fue de una riqueza extraordinaria y se destacó por la excelente predisposición de todos los actores involucrados. En [palabras de Víctor Abramovich](#), secretario Ejecutivo del IPPDH, “existía preocupación de los gobiernos por la problemática de los niños y adolescentes migrantes en varios países de la región, en particular la posibilidad de privar de la libertad a niños y adolescentes por motivos migratorios, la falta de incorporación de una perspectiva de niñez en las políticas migratorias y las deficiencias en el reconocimiento de garantías de defensa y debido proceso en los procesos administrativos y judiciales en materia migratoria. A partir de esto, la discusión se plantea en el ámbito de la RAADDHH y se encomienda al instituto que elabore un proyecto de consulta a la Corte IDH, que contuviera no sólo las preguntas a formular, sino una posición acordada de los gobiernos sobre cuáles eran los principios de derechos humanos aplicables a estas situaciones”.

El [documento final](#), aprobado por la RAADDHH en Asunción en 2011, presenta la posición consensuada por los gobiernos sobre los nueve puntos de consulta a la Corte IDH.

De esta manera, con el objetivo de promover la definición de estándares precisos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con los temas de niñez migrante es que la solicitud de OC 21 fue presentada en julio de 2011 y declarada admisible por la Corte IDH. El interés del tema quedó demostrado por la pluralidad de observaciones escritas que fueron presentadas por otros –México, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, República Dominicana y Honduras– por organismos internacionales –CIDH, IIN, ACNUR, ACNUDH, UNICEF, OIM– y por 31 organizaciones sociales, instituciones académicas, organismos estatales e individuos. En octubre de 2013, los Estados firmantes de la solicitud participaron de una audiencia pública que se llevó a cabo en la ciudad de México D. F., en la cual se hizo una presentación oral conjunta, que fue acompañada por un alegato escrito. Finalmente, el 19 de agosto de 2014 fue emitida la [opinión consultiva OC-21/14 titulada “Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”](#).

---

## ¿Qué dice la OC 21?

Como punto de partida, quisiéramos aclarar algunos conceptos centrales que articulan toda la temática. Para empezar, por niñez migrante se entiende a los niños, niñas y adolescentes que migran por motivos diversos que muchas veces se conjugan: algunos pueden ser la reunificación familiar, la búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales, para escapar de la pobreza extrema, la degradación ambiental, la violencia u otras formas de abuso y persecución a las que se ven sometidos. A su vez, un niño o niña migrante condensa una “doble” situación de vulnerabilidad: la combinación entre edad y condición migratoria demanda una protección específica y adecuada de sus derechos por parte de los Estados (de origen, tránsito y destino de migrantes) y de otros actores concernidos.

Esta matriz es la que sostiene el tema central de la solicitud de OC 21 presentada por los Estados del MERCOSUR ante la Corte IDH: ¿cómo articular adecuadamente las leyes y políticas migratorias con el sistema de protección de derechos de la niñez? ¿A qué condición de vulnerabilidad deben prestarle más atención los Estados: a la niñez o a la condición de migrante? Podemos adelantar que, frente a ese interrogante, la OC 21 fue categórica: siempre tiene que prevalecer

el sistema jurídico de infancia, por lo cual un niño migrante debe ser tratado primero como niño. Es el enfoque de derechos del niño el que prevalece por sobre la política migratoria o el sistema jurídico migratorio. En este sentido, el representante de UNICEF [Andrés Franco en una entrevista](#) realizada al momento de presentar la OC 21 en la audiencia de octubre de 2013, opinó que el punto central de la solicitud era el de “fijar una preeminencia del régimen jurídico de infancia sobre el régimen jurídico que regula en general el tema de migraciones”.

Otro punto básico para entender la OC 21 es que aborda a dos grandes grupos de niños y niñas: por un lado, los y las que requieren protección internacional, que son quienes se encuentran en situación o están pidiendo el estatus de refugiados y/o asilo. Y, un segundo grupo, es de los niños que llegan a un país por otras situaciones, con sus familias o solos, pero están vulnerables a una posible violación de derechos porque, por ejemplo, son víctimas de violencia o abuso familiar, trata de personas, trabajo infantil o, directamente, no están accediendo a la educación o la salud porque no tienen la documentación en regla y sus padres tampoco. Estos son niños y niñas que requieren de una protección especial.

La OC 21 avanzó, sobre todo, en los estándares para la protección internacional, clarificando conceptos, situaciones y casos que entran dentro de este tipo de protección y, por ende, definiendo qué pasa con aquellos niños que no cumplen específicamente los requisitos para obtener el estatuto de refugiado pero precisan de lo que se conoce como protección complementaria.

Hechas estas aclaraciones, es que podemos iluminar aquellos aportes de la OC 21 que son novedosos para la protección de los derechos de la niñez. La solicitud presentada por el MERCOSUR planteó nueve consultas que la Corte IDH respondió estableciendo, en líneas generales, una serie de obligaciones y garantías esenciales para la protección de la niñez migrante y refugiada en el contexto de los movimientos migratorios mixtos. Entre los puntos abordados por la Corte IDH, hay cuatro temas centrales en donde sus definiciones significaron un gran paso para la protección de los derechos humanos.

1.

## Prohibición de la privación de la libertad

Actualmente existen en la región países en donde se detiene y se priva de la libertad a personas migrantes por su condición migratoria irregular, entre ellos también a niños y niñas, sobre todo cuando están solos. En este sentido, la Corte IDH ya había establecido el principio de excepcionalidad de la privación de la libertad al tratarse de personas adultas que infringen las disposiciones migratorias. Sobre ese estándar, al ser consultada sobre la situación de niños y niñas que infringen la ley migratoria, la Corte IDH estableció que teniendo en cuenta la especial protección que requieren los niños, el principio debe ser que no puede privarse a un niño o niña de su libertad por su condición migratoria irregular: los Estados están obligados a adoptar medidas alternativas que no impliquen una detención o privación de libertad.

¿Qué sucede con los chicos cuándo los padres o tutores son privados de su libertad por su situación migratoria irregular? La respuesta a esta pregunta conjuga la interpretación del principio de la no detención con la interpretación del derecho a la vida familiar del niño. En ese sentido, la Corte IDH avanzó y sostuvo que ante una situación

migratoria irregular de los padres o adultos que se encuentren acompañando al niño, la prohibición de la privación de la libertad del niño y el derecho a la vida familiar deben prevalecer y entonces demanda que el Estado adopte también en ese caso medidas alternativas para todo el grupo familiar de manera de garantizar el derecho del niño a la vida familiar y el respeto a la garantía de no detención. Según puede leerse en el texto de la OC 21, “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”.

2.

## Principio de no devolución

Otro tema central es el principio de no devolución, muy asociado a la protección internacional, el cual establece la prohibición de devolver a una persona a un país donde corra riesgo su vida, su libertad o su integridad física. La Corte IDH confirmó que este principio es aplicable a toda persona extranjera, y no únicamente a aquellas que solicitan o requieren de protección internacional. A cualquier persona que entra a un país y puede certificar que está corriendo en su lugar de origen o en otro país peligros o amenazas conforme lo establecen las distintas normas del derecho internacional que regulan este principio, le corresponde la aplicación de la no devolución y los Estados tienen la obligación de garantizarla. En el caso de niños y niñas se agrega una protección adicional por su especial condición de menores de edad. Así, para una efectiva aplicación de este principio los Estados deben evaluar no sólo si la vida, libertad o integridad física del niño corren peligro en el país al cual se lo quiere devolver, sino, desde un sentido más amplio, si se encuentran amenazadas las condiciones mínimas para su desarrollo integral, como por ejemplo alimentación, vestimenta, educación o salud. El análisis sobre el desarrollo integral del niño debe formar parte de la aplicación del principio de no devolución en el caso de niños y niñas.

Este apartado introduce elementos innovadores sobre la “protección complementaria” de niños y niñas migrantes. Así, estableció que “cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño 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 humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad”.

3.

## Derecho a la vida familiar

En cuanto al derecho a la vida familiar, resulta interesante resaltar que la Corte IDH utilizó una definición amplia de familia que no se restringe a la noción tradicional de familia biológica sino que abarca también a otros parientes y allegados; más aun considerando el contexto migratorio en el cual los lazos familiares de un niño se ven alterados. Así, señaló la Corte que el Estado tiene la obligación en cada caso de determinar la constitución del núcleo familiar. Una vez sentado dicho principio, la Corte IDH afirmó que cualquier órgano que deba decidir sobre la expulsión familiar, motivada por la condición migratoria de los padres, debe ponderar las circunstancias particulares y

4.

### Identificación de riesgos

garantizar una decisión individual, es decir, revisar cada caso en particular priorizando, siempre, el interés superior del niño. En aquellas situaciones en que el niño tiene la nacionalidad del país, gracias al principio *ius soli* el cual otorga la nacionalidad del lugar de nacimiento, o tiene la residencia legal, y los padres son sujetos de una posible expulsión, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo y tienen que tomar otras medidas para que los padres permanezcan junto a sus hijos en el país de residencia. Este es el estándar frente a infracciones administrativas de los padres. En palabras de la Corte: “En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño”.

La OC 21 también subraya la situación de vulnerabilidad de las niñas y niños en el contexto de la migración, como el riesgo de ser víctimas de trata o encontrarse separados o no acompañados, y reconoce que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello.

En este apartado, la Corte provee una visión muy novedosa para todo el grupo de migrantes beneficiarios de la protección internacional y complementaria, ya que la OC 21 parte de considerar la Declaración de Cartagena (aprobada en 1984) como norma para definir los requisitos en los casos de solicitud de estatus de refugiados, declaración que, en su momento, amplió las causales para esos pedidos, los cuales habían sido definidos en 1951 por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. De esta forma, la Corte sienta las bases, a través de la OC 21, para conceptualizar estos pedidos desde un parámetro mucho más amplio que, a su vez, repercute en los requisitos para definir situaciones que requieran protección complementaria, ampliando su marco considerablemente.



## Alcances y contribuciones

Una OC 21 emitida por la Corte IDH tiene distintos efectos y contribuciones, resultado de su rol central como tribunal regional. En primer lugar, su carácter vinculante para los poderes judiciales, ejecutivos y legislativos de los países que integran la Organización de los Estados Americanos (OEA). En efecto, la OC 21 contribuirá en los esfuerzos de los Estados de la región por adecuar su legislación, su política migratoria y de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes a este piso común de estándares jurídicos regionales.

Este documento vinculante de la Corte Interamericana complementa y fortalece los esfuerzos de los Estados y de organismos especializados, y aquellos de la sociedad civil, por avanzar en una agenda regional común de protección de las personas migrantes, refugiadas, solicitantes de asilo, apátridas y desplazadas internas.

Es una herramienta central al momento de planificar políticas o sancionar o modificar normas, ya que determina estándares y sienta las bases para generar mecanismos, procedimientos, y acciones al tratar con niños y niñas migrantes conforme a lineamientos comunes para todos los Estados americanos.

Asimismo, y desde un punto de vista estratégico sirvió, porque es una manera de generar un vínculo, un diálogo, entre el MERCOSUR y los sistemas de protección internacional de derechos humanos. Políticamente fue provechoso mostrar un MERCOSUR unido en un tema importante de derechos humanos, con una posición común frente a un organismo regional, pero además confrontando distintos modelos de política migratoria.

En palabras de los cinco presidentes del MERCOSUR: “las políticas migratorias no pueden guiarse exclusivamente hacia objetivos de seguridad y control de fronteras, sino también a la búsqueda de soluciones a los problemas estructurales que provocan la migración”.

---

**Diez puntos**  
destacados  
de la OC 21

1.

### **Régimen jurídico de infancia por sobre el migratorio**

“Es niña o niño toda persona menor de 18 años de edad y los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio”

2.

### **Protección internacional**

Los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que necesiten de “protección internacional dentro de sus jurisdicciones, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario acorde a su condición de niña o niño”,

3.

### **Garantizar el debido proceso**

“Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a niñas o niños son: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un

traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y el plazo razonable de duración del proceso.”

4.

### **No privación de la libertad**

“Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños 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”.

5.

### **Protección integral del niño/a**

“Los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios, que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad, y las decisiones que ordenen dichas medidas deben adoptarse por una autoridad administrativa o judicial competente en un procedimiento que respete determinadas garantías mínimas.”

6.

### **Espacios de alojamiento**

“Deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se trata de niñas o niños no acompañados o separados deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y, si se trata de niñas o niños acompañados, alojarse

con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño y, además, asegurar condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y los niños en un ambiente no privativo de libertad”.

7.

### Principio de no de devolución

“Los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros

tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos. Cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño 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 humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.”

8.

### Solicitud de asilo y refugio

“La obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado a través de un análisis adecuado e individualizado de las peticiones con las correspondientes garantías,

debe incorporar los componentes específicos desarrollados a la luz de la protección integral debida a todos las niñas y niños, aplicando a cabalidad los principios rectores y, en especial, lo referente al interés superior de la niña o del niño y su participación.”

9.

### **Separación familiar por expulsión**

“Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño.

10.

### **Normas y obligaciones para los Estados**

“Acorde a lo requerido por los Estados solicitantes, la presente Opinión Consultiva determina seguidamente, con la mayor precisión posible y de conformidad a las normas citadas precedentemente, las obligaciones estatales respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres y que deben, en consecuencia, los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias, incluyendo en ellas, según corresponda, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratados y/u otros instrumentos internacionales”.

[Ver completa aquí](#)

## Más información

Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH)

[www.ippdh.mercosur.int](http://www.ippdh.mercosur.int)

Corte Interamericana de Derechos Humanos

[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)

[www.cepal.org](http://www.cepal.org)

Naciones Unidas

[www.un.org/es/](http://www.un.org/es/)

Unicef

[www.unicef.org/spanish/](http://www.unicef.org/spanish/)

