

NOTA**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. Corte Interamericana de Derechos Humanos***por Rafael Benítez Giralt**

Doctor y consultor en Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

El 7 de julio de 2011 la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, solicitaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, Opinión Consultiva sobre niñez y adolescencia, a fin de que el Tribunal “determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de [los] Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”.

La especial relevancia del tema llevó al tribunal a determinar a través de un estudio exhaustivo, los parámetros de protección y obligaciones estatales de los derechos humanos de las niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres. Fue el día 19 de Agosto de 2014, que finalmente emitió su opinión.

El contenido de dicha Opinión se fundamentó en el análisis de los siguientes aspectos: a partir de las consultas de los Estados, la Corte procedió al estudio de la realidad del fenómeno migratorio en América Latina, en la que se muestran algunos datos; la protección internacional; el procedimiento ante la Corte, la competencia, los criterios de interpretación, las obligaciones generales y los principios rectores; procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes y, en su caso, la adopción de medidas de protección especial, garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucren a niñas y niños; el principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular; las características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes y garantías para su aplicación; las condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratorias; garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias; el principio de devolución (non-refoulement), procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo, el derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en el marco de procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios.

II. LA CONSULTA DE LOS ESTADOS SOLICITANTES, PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA DE LA CORTE

Las consultas a la Corte son desarrolladas en los siguientes capítulos de la Opinión Consultiva:

La primera pregunta, es abordada por la Corte en el capítulo VII, “se refiere al momento posterior al ingreso, que se relaciona con la cuestión de los procedimientos para la identificación de las necesidades de protección internacional, con base en los diversos riesgos para los derechos de las niñas y de los niños y, en su caso, la adopción de medidas de protección especial adecuadas.

Los capítulos VIII a XII se refieren exclusivamente a procesos migratorios relacionados con una situación irregular, en casos en que no se vislumbran situaciones que requieran una protección internacional. En este marco, las preguntas que se abordan tocan temas relacionados con el principio de no detención de niñas y niños por irregularidad migratoria, las medidas prioritarias que no impliquen privación de la libertad, las obligaciones estatales en caso de custodia de niñas y niños, así como las garantías aplicables tanto en los procesos migratorios como en situaciones que afecten la libertad personal.

El capítulo XIII desarrolla la pregunta relativa al principio de no devolución o *non-refoulement*, conceptualizándolo como un principio que permite dotar de eficacia al derecho a buscar y recibir asilo, pero también como un derecho autónomo establecido en la Convención y una obligación derivada de la prohibición de la tortura y otras normas de derechos humanos y, en particular, de la protección de la niñez.

El capítulo XIV especifica los procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo, los cuales solo finalizan hasta lograr una solución duradera, sea la repatriación voluntaria y en condiciones dignas y seguras al país de origen, la integración local en el país de acogida, o el reasentamiento en un tercer país seguro.

Por último, el capítulo XV toca una situación específica que se relaciona con niñas o niños cuyos progenitores se enfrentan a una expulsión o deportación por motivos migratorios, lo que impone fijar el alcance del derecho a la protección de la familia y la no injerencia arbitraria o abusiva en la vida de familia de aquéllos.”

Todas las preguntas formuladas por los peticionarios de opinión fueron sustentadas tanto en la Convención Americana como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, tal como se puede comprobar en el texto íntegro de la Opinión Consultiva.

Acorde con las cuestiones planteadas y dentro del procedimiento establecido para este tipo de consultas –la Corte– a través de su secretaría abrió un período para la presentación de observaciones a las consultas, artículo 73.1 del Reglamento. Es destacable la amplitud para la presentación de observaciones. En este caso se presentaron un buen número de ellas: cinco de Estados miembros de la OEA; dos de Órganos de la OEA; cuatro de organizaciones internacionales; treinta y un observaciones escritas presentadas por organismos estatales, asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil.

El artículo 73.4 del reglamento, establece que una vez finalizada la fase escrita se debe convocar a una audiencia pública para la presentación de comentarios orales. La audiencia pública se celebró los días 9 y 10 de octubre de 2013 en la ciudad de México,

en los Estados Unidos Mexicanos, en el marco del 48º Período Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comparecieron ante la Corte, en representación de Estados y Organizaciones nacionales e internacionales –gubernamentales y no gubernamentales– así como de universidades, un número aproximado de sesenta y un personas, y dos a título personal.

Ante el interés manifestado por este buen número de organizaciones, tanto en la fase de presentación de observaciones escritas como en la audiencia oral, la Corte interpreta que es un asunto de gran relevancia para los derechos humanos de la niñez, “entiende que su respuesta a la consulta planteada prestará una utilidad concreta dentro de una realidad regional en la cual aspectos sobre las obligaciones estatales en cuanto a la niñez migrante no han sido establecidas en forma clara y sistemática, a partir de la interpretación de las normas relevantes.”

En ese sentido, es destacable, la amplitud en la legitimidad para solicitar opiniones consultivas y en la competencia de la Corte para conocerlas (dentro del marco de protección de los derechos humanos). Se encuentran legitimados “la totalidad de los órganos de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta y los Estados Miembros de la OEA, aunque no fueran partes de la Convención.” Otra característica es el amplio alcance de su función consultiva que se “relaciona con el objeto de la consulta, el cual no está limitado a la Convención Americana, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y, además, se concede a todos los Estados Miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.” Por tanto, la función de la Corte es –entre otras– coadyuvar a los Estados a cumplir con sus compromisos internacionales de defensa y protección de los derechos humanos.

III. CONSIDERACIONES GENERALES: LA REALIDAD MIGRATORIA Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Para describir el escenario migratorio la Corte utilizó un buen número de fuentes bibliográficas en las que se analiza el fenómeno, y estos son sus resultados:

Al año 2013 –fundamenta la Corte– “existían a nivel mundial 231.522.215 personas migrantes, de las cuales 61.617.229 correspondían a las Américas. A su vez, del total de personas migrantes en nuestro continente, 6.817.466 eran menores de 19 años. Según datos de finales de 2013, en el continente americano había alrededor de 806.000 personas refugiadas y personas en situación similar a la de los refugiados. En ese año, se presentaron más de 25.300 solicitudes de asilo individuales de niñas y niños no acompañados o separados en 77 países alrededor del mundo.

Las niñas y los niños se movilizan internacionalmente por muy variadas razones, en compañía o de forma independiente. La migración internacional es un fenómeno complejo que involucra a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo y refugiados. “En este contexto y, en particular, de los flujos migratorios mixtos que implican movimientos poblacionales de carácter diverso, las causas y características del traslado que emprenden niñas y niños por aire, mar o tierra hacia países distintos a los de su nacionalidad o residencia habitual pueden abarcar tanto personas que requieren de una protección internacional, como otras que se movilizan en busca de mejores oportunidades por motivos de índole diversa, los cuales pueden alterarse en el propio transcurso del proceso migratorio. Esto hace que las necesidades y requerimientos de protección puedan variar ampliamente.”

La Corte entiende –por protección internacional– “aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional –y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario–, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.”

Bajo este panorama, –la Corte– reconoce la facultad de cada Estado de regular normativamente el ingreso, acceso y salida de su territorio y de iniciar acciones legales contra aquellos que incumplan el ordenamiento estatal, pero siempre y cuando dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. Además, los Estados deben respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados.

Lo anterior comporta la necesidad imperiosa de adoptar un enfoque de derechos humanos con relación a las políticas migratorias y respecto a las necesidades de protección internacional, más aún, por tratarse de niñas y niños debe prevalecer un enfoque encaminado a la protección y garantía de sus derechos en forma integral.”

Bajo esta óptica, la Corte consideró “pertinente, primeramente, establecer la metodología de la interpretación que utilizará para responder a la consulta planteada, así como desarrollar las obligaciones generales y los principios rectores que se aplican de forma transversal a todas y cada una de las cuestiones que serán abordadas.” En este sentido, la Corte advirtió “que las diversas preguntas presentadas en la consulta sometida por los Estados solicitantes abarcan una serie de etapas del proceso migratorio, iniciando con la movilización transfronteriza de la niña o del niño y su contacto inicial con las autoridades del Estado receptor hasta la consecución de una solución duradera.”

Para un mejor entendimiento de la Opinión, la Corte procedió a definir los siguientes conceptos: niña o niño, niña o niño no acompañado, niña o niño separado, emigrante, inmigrar, inmigrante, migrante, estatus migratorio, Estado o país de origen, estado de acogida o Estado receptor, persona apátrida, solicitante de asilo, refugiado (a), protección internacional.

IV. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

La Corte recordó –en su fundamentación– que el propósito “central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.” Por ello no es un contencioso en la que existen

partes ni litigio a resolver. El parámetro normativo de interpretación lo constituye la Convención Americana y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, especialmente los principios rectores que las rigen, artículos 31 y 32 Convención de Viena: regla general de interpretación de los tratados internacionales de naturaleza consuetudinaria; la buena fe, el sentido natural de los términos empleados, el contexto de estos y el objeto y fin.

El objeto y fin de la Convención Americana “es la protección de los derechos humanos fundamentales de los seres humanos” frente a los Estados, los cuales se encuentran obligados a brindar protección y a garantizarlos. La Convención establece ciertas pautas entre las que se encuentran el principio pro persona, aplica criterios de interpretación evolutiva, es decir, la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. La Corte ha recalado reiteradamente la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la Convención Americana respecto a las niñas y niños, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto. La Corte reconoce que los principios y derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana, cuando el titular de derechos es una niña o un niño. Constituye un parámetro clave (*opinio iuris comunis*) para la debida protección de los derechos de todas las niñas y niños independientemente de su origen.

Además, del *corpus iuris* del derecho internacional de protección de los derechos humanos, la Corte se basó para fundamentar su decisión, en su propia jurisprudencia, tanto en materia de niñez como de derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados.

V. OBLIGACIONES GENERALES Y PRINCIPIOS RECTORES

La Corte aludió a tres disposiciones de la Convención Americana para fundamentar la respuesta a la consulta. Los artículos 1.1, 2 y 19. El primer artículo referido a la protección de los derechos humanos dentro de la jurisdicción de cada Estado, desde el momento en que intente ingresar. En cuanto a las obligaciones del país de origen de la migración, la Corte no ahonda por no ser objeto de la consulta, pero recuerda que debe brindar asistencia a través de los servicios consulares y a crear las condiciones básicas sociales y económicas, para evitar que sus ciudadanos emigren forzosamente; en relación con el segundo artículo, recuerda que el Estado soberanamente se ha comprometido a salvaguardar y proteger los derechos humanos de la persona que ha ingresado en su territorio. No tiene relevancia los motivos, causas o razón del ingreso. El tercer artículo, la Corte lo relaciona con el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en cuanto a la adopción de medidas de protección para toda niña o niño de modo especial.

Recuerda la Corte, bajo la interpretación de la Convención Americana y la Declaración Americana, que todo Estado está obligado a la protección de los derechos de las niñas y niños por ser sujetos de derecho, su progresivo ejercicio, y la obligación que tiene frente a ellos tanto el Estado como la familia y la sociedad. Los siguientes cuatro principios rectores de la Convención 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 le afecte, de modo que se

garantice su participación. Además de la especial protección por ser migrantes, su participación y opinión en el proceso o en aquellos casos que pertenezcan a grupos minoritarios, discapacitados o vivir con VIH/SIDA, o ser víctimas de trata, estén separados o acompañados.

VI. PROCEDIMIENTOS PARA IDENTIFICAR NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y, EN SU CASO, ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECIAL

La Opinión de la Corte en cuanto a que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales de protección de los derechos de las niñas y niños, en situación de migrantes, deben identificar a los niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, “ya sea como refugiado o de algún otro tipo, 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 mediante la adopción de medidas de protección especial. La Corte consideró 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.

La Corte consideró que el procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niña o del niño.

Al ser una etapa inicial de identificación y evaluación, la Corte consideró que el mecanismo procedimental que los Estados adopten, aparte de ofrecer ciertas garantías mínimas, debe tener como meta, acorde a la práctica generalmente seguida, los siguientes objetivos prioritarios básicos: (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma. Cuando no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, debe considerarse que se trata de una niña o niño y brindarle un tratamiento acorde; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) 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; y (v) 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. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información.

La Corte estimó crucial que los Estados definan de forma clara y dentro de su diseño institucional, la correspondiente asignación de funciones en el marco de las competencias que incumben a cada órgano estatal y, en caso que fuese necesario, adopten las medidas pertinentes para lograr una eficaz coordinación interinstitucional en la determinación y adopción de las medidas de protección especial que correspondan, dotando a las entidades competentes de recursos presupuestales adecuados y brindando la capacitación especializada a su personal.”

VII. GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO APLICABLES EN PROCESOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCRAN A NIÑAS Y NIÑOS

La Corte opinó que “los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos.

Sobre esta base, la Corte se refirió a los siguientes aspectos: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.”

VIII. PRINCIPIO DE NO PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE NIÑAS O NIÑOS POR SU SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR

La Corte opina que en ningún concepto pueden equipararse las infracciones que puedan causar las migraciones con aquellas que derivan de la comisión de un delito, por lo que se debe atender las diferentes finalidades procesales aplicadas a los migrantes y los de tipo penal. Desestima el principio de la última ratio de la privación de libertad de niñas y niños en situación migratoria, ya que “no constituye un parámetro operativo en el ámbito sometido a consulta, esto es, a los procedimientos migratorios.”

A criterio de la Corte, “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.”

IX. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS PRIORITARIAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y GARANTÍAS PARA SU APLICACIÓN

El primer punto, se encuentra relacionado con la legislación interna de cada Estado. Deben –los Estados– contemplar medidas prioritarias en la protección de los derechos de las niñas y niños por motivo de irregularidad migratoria. La Corte consideró “que el referido conjunto de medidas a ser aplicadas a niñas y niños por motivo de irregularidad migratoria debe estar contemplado en el ordenamiento interno de cada Estado. De forma similar, se debe reglamentar la forma procedimental de la aplicación procurando que se respeten las siguientes 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.

A tal fin, los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia, deben diseñar e incorporar en su ordenamiento interno un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser ordenadas y aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, de conformidad con las características descriptas, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad.”

X. CONDICIONES BÁSICAS DE LOS ESPACIOS DE ALOJAMIENTO DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES CORRESPONDIENTES A LA CUSTODIA POR RAZONES MIGRATORIAS

Determina la Corte la separación por custodia entre personas migrantes de las personas procesadas o condenas por delitos penales. “Los 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.”

XI. GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO ANTE MEDIDAS QUE IMPLIQUEN RESTRICCIONES O PRIVACIONES DE LA LIBERTAD PERSONAL DE NIÑAS Y NIÑOS POR RAZONES MIGRATORIAS

Las niñas y niños bajo la jurisdicción extranjera y dadas una serie de desigualdades reales, tales como el idioma, deberán procurar los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

En consecuencia, la Corte consideró los siguientes aspectos: “(i) legalidad de la privación de libertad; (ii) prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios; (iii) derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda; (iv) derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente; (v) derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados; (vi) derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular; (vii) derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor; y (viii) derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.

XII. PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN (NON-REFOULEMENT)

El principio de no devolución encuentra –según la Corte– un cuerpo jurídico de protección internacional complementario que debe ser interpretado en los términos del artículo 29 de la Convención Americana y el principio *pro persona*. La protección

complementaria debe contar con el reconocimiento de los derechos básicos de las personas protegidas. “De acuerdo a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas de protección de los derechos humanos, 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.”

XIII. PROCEDIMIENTOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE LAS NIÑAS Y NIÑOS A BUSCAR Y RECIBIR ASILO

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; disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya; emitir un documento de identidad para evitar la devolución; estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba; asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados; en caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar, si fuere necesario de conformidad con el interés superior, y finalmente, buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo a la determinación del interés superior de la niña o del niño.”

XIV. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL MARCO DE PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN O DEPORTACIÓN DE SUS PROGENITORES POR MOTIVOS MIGRATORIOS

Los órganos administrativos o judiciales deben motivar sus decisiones acerca de la separación familiar por expulsión de uno o ambos progenitores, empleando 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.” ■