



Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general
24 de marzo de 2022
Español
Original: francés

Comité de los Derechos del Niño

Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 55/2018* ** ***

<i>Comunicación presentada por:</i>	E. B. (representada por el abogado Hind Riad)
<i>Presuntas víctimas:</i>	E. H. y otros
<i>Estado parte:</i>	Bélgica
<i>Fecha de la comunicación:</i>	17 de septiembre de 2018 (presentación inicial)
<i>Fecha de adopción del dictamen:</i>	3 de febrero de 2022
<i>Asunto:</i>	Detención administrativa; expulsión a Serbia
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Agotamiento de los recursos internos; fundamentación de las reclamaciones
<i>Cuestiones de fondo:</i>	Interés superior del niño; privación de libertad
<i>Artículos de la Convención:</i>	3, 9, 24, 27, 28, 29, 31 y 37
<i>Artículo del Protocolo Facultativo:</i>	7 e) y f)

1.1 La autora de la comunicación es E. B., nacida el 3 de octubre de 1994 en Kosovo, de nacionalidad serbia. Presenta la comunicación en nombre de sus cuatro hijos menores, todos ellos nacidos en Bélgica: E. H., nacida el 13 de febrero de 2012; R. B., nacido el 6 de julio de 2013; S. B., nacida el 16 de noviembre de 2014; y Z. B., nacida el 10 de agosto de 2017. La autora sostiene, por una parte, que sus hijos, en razón de su detención, son víctimas de una vulneración por el Estado parte del artículo 37 de la Convención, leído por sí solo y conjuntamente con los artículos 3, 24, 28, 29 y 31; y, por otra parte, que su expulsión a Serbia vulneraría los artículos 9 y 27 de la Convención. Está representada por el abogado Hind Riad. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 30 de agosto de 2014.

1.2 El 25 de septiembre de 2018, de conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, el Comité, por conducto de su Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones, pidió

* Aprobado por el Comité en su 89º período de sesiones (31 de enero a 11 de febrero de 2022).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Suzanne Aho, Hynd Ayoubi Idrissi, Rinchen Chopel, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Sopia Kiladze, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, Zara Ratou, José Ángel Rodríguez Reyes, Ann Marie Skelton y Velina Todorova.

*** Se adjunta en anexo al presente dictamen un voto particular conjunto (parcialmente concurrente) de Luis Ernesto Pedernera Reyna y José Ángel Rodríguez Reyes, miembros del Comité.



al Estado parte que pusiera en libertad a la autora y a sus hijos internados en el centro de detención de migrantes, pero denegó la solicitud de suspender el traslado a Serbia.

1.3 El 27 de septiembre de 2018, de conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, el Comité, por conducto de su Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones, reiteró al Estado parte su solicitud de que pusiera en libertad a la autora y a sus hijos internados en el centro de detención de migrantes.

1.4 Durante su 80º período de sesiones, el Comité decidió desestimar la solicitud del Estado parte de que se retirara el asunto de la lista de casos.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 La autora nació en Kosovo y pertenece a la comunidad romaní. En 2010 se trasladó a Bélgica; en 2011 presentó una solicitud de regularización que fue denegada por la Oficina de Extranjería en abril de 2012. Recibió órdenes de abandonar el territorio que se le notificaron los días 13 de diciembre de 2012, 18 de septiembre de 2013, 14 de marzo de 2017 y 5 de diciembre de 2017.

2.2 La autora decidió no abandonar el territorio. Entre el 13 de febrero de 2012 y el 10 de agosto de 2017, dio a luz a cuatro hijos. Todos ellos residían en la casa de la madre del padre de los niños, que está encarcelado en el Estado parte como consecuencia de varias condenas penales.

2.3 El 14 de agosto de 2018, a las 6.00 horas, los niños y su madre fueron detenidos en su domicilio. Como eran objeto de una orden de abandonar el territorio, fueron llevados a una “casa familiar” dentro de un centro de régimen cerrado para extranjeros, cerca del aeropuerto internacional de Zaventem, en Bruselas.

2.4 El 17 de agosto de 2018, los niños fueron examinados por la jefa del departamento de pediatría del Centro Hospitalario Universitario Saint-Pierre de Bruselas, que comprobó que sufrían porque echaban en falta a su abuela, no comían mucho y tenían dificultades para dormir.

2.5 El 18 de agosto de 2018, la autora presentó un recurso de extrema urgencia contra la orden de abandonar el territorio.

2.6 El 21 de agosto de 2018, la autora presentó una solicitud de puesta en libertad ante la Sala del Consejo de Amberes.

2.7 El mismo día, el Consejo de lo Contencioso en materia de Extranjería denegó el recurso contra la orden de abandonar el territorio.

2.8 El 22 de agosto de 2018, los niños debían ser expulsados con su madre, pero la expulsión no se llevó a cabo porque la autora presentó una solicitud ante el Tribunal de Primera Instancia de Amberes en la que pedía que se prohibiera la expulsión hasta que se adoptara la decisión relativa al recurso interpuesto contra la detención.

2.9 El 23 de agosto de 2018, se presentó una solicitud de asilo para los niños.

2.10 El 24 de agosto de 2018, el Tribunal de Primera Instancia de Amberes respondió favorablemente a la solicitud de la autora y pidió al Estado parte que no expulsara a la familia hasta que la Sala del Consejo de Amberes adoptara su decisión. El Estado parte interpuso entonces un recurso de oposición de terceros, que fue aceptado por el Tribunal.

2.11 El 27 de agosto de 2018, la Sala del Consejo de Amberes declaró infundada la solicitud de puesta en libertad. Remitiendo a una sentencia del Tribunal Constitucional según la cual el artículo 37 de la Convención permite la detención de menores si se lleva a cabo de acuerdo con la ley, como último recurso y durante el menor tiempo posible, la Sala consideró que el interés de los niños era no separarse de su madre, que debía abandonar el país, y que su detención constituía un último recurso dado que su madre ya había ignorado varias órdenes de abandonar el territorio y se había escapado en dos ocasiones del centro de detención en el que se encontraba internada con miras a su expulsión.

- 2.12 El 28 de agosto de 2018, la autora presentó una nueva solicitud de puesta en libertad ante la Sala del Consejo de Amberes, alegando que sus hijos debían ser puestos en libertad porque habían presentado una solicitud de asilo.
- 2.13 El 31 de agosto de 2018, la Oficina del Comisionado General de Refugiados y Apátridas denegó la solicitud de asilo de los niños.
- 2.14 En consecuencia, el 4 de septiembre de 2018, la Sala del Consejo de Amberes declaró infundada la segunda solicitud de puesta en libertad.
- 2.15 El 7 de septiembre de 2018, la autora presentó un recurso ante el Consejo de lo Contencioso en materia de Extranjería contra la decisión de denegación de asilo.
- 2.16 Ese mismo día el Tribunal de Primera Instancia de Amberes, tras denegar las solicitudes de puesta en libertad, declaró que la petición de no expulsar a la familia era improcedente hasta que las autoridades se pronunciaran al respecto.
- 2.17 La autora indica que, ese mismo día, un informe médico consideraba motivo de preocupación que los niños expresaran su tristeza por la posibilidad de ser enviados a Serbia.
- 2.18 El 10 de septiembre de 2018, la familia fue trasladada de la casa familiar dentro del centro de régimen cerrado (donde habían permanecido durante cuatro semanas, esto es, el máximo permitido por la normativa¹) a un “hogar de retorno”, que es otra forma de detención, en régimen abierto, del que las familias pueden ausentarse durante el día.
- 2.19 El 11 de septiembre de 2018, la familia presentó una solicitud de extrema urgencia ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas en la que pedían el fin de la detención, por haberse superado el período máximo de detención de cuatro semanas. La solicitud fue denegada, dado que la familia había sido colocada en un hogar de retorno de régimen abierto.
- 2.20 En consecuencia, el 13 de septiembre de 2018, la autora, ya que el Estado parte no consideraba que la familia estaba detenida y que ella deseaba trasladarse a un lugar más cómodo, abandonó el hogar de retorno con sus hijos.
- 2.21 El 14 de septiembre de 2018, la autora y sus hijos volvieron a ser detenidos, y posteriormente trasladados al centro de régimen cerrado, en una casa familiar.

La denuncia

- 3.1 La autora sostiene que se han agotado los recursos disponibles para cada una de las dos reclamaciones, correspondientes a la detención y a la expulsión. Por lo que se refiere a los recursos para la primera reclamación, especifica que las decisiones de privación de libertad pueden ser recurridas ante un tribunal penal, la Sala del Consejo, y, en apelación, ante la Sala de Acusación. Sin embargo, estos recursos no tienen carácter suspensivo y, por lo tanto, no impiden la ejecución de una medida de expulsión. En el presente caso, se presentaron dos solicitudes de puesta en libertad ante la Sala del Consejo para impugnar la primera detención —del 14 de agosto al 10 de septiembre de 2018—, ambas denegadas; a raíz de la segunda detención, el 14 de septiembre de 2018, la autora recurrió al Comité sin esperar a presentar otro recurso, ya que de todos modos este no habría impedido la expulsión.
- 3.2 En cuanto a los recursos relativos a la segunda reclamación —la expulsión—, la autora precisa que las decisiones de fin del permiso de residencia y expulsión pueden ser recurridas ante los tribunales administrativos, el Consejo de lo Contencioso en materia de Extranjería y el Consejo de Estado, en casación administrativa. En el presente caso, se presentó una solicitud de extrema urgencia contra la orden de abandonar el territorio, que fue denegada, y aún está pendiente un recurso interpuesto a raíz de la denegación de la solicitud de asilo de los niños.

¹ Bélgica, Real Decreto de 22 de julio de 2018, art. 83/11.

Reclamación relacionada con la detención por motivos migratorios: derecho a la libertad y derecho a un recurso efectivo en caso de privación de libertad; repercusiones en otros derechos

3.3 La autora sostiene que sus hijos, como resultado de su detención, son víctimas de violaciones de sus derechos a la libertad y a un recurso efectivo en caso de privación de libertad. Señala que la detención por motivos de migración es contraria a la Convención, ya que el derecho a la libertad es un derecho fundamental que solo puede ser objeto de excepciones de manera extremadamente limitada, lo que no ocurre con un motivo relacionado con la migración². La autora también señala que los tribunales encargados de examinar su detención deciden dentro de unos plazos incompatibles con la situación específica de los niños. Afirma, además, que había medidas sustitutivas de la detención, ya que la familia vivía en una residencia bien conocida por las autoridades y no había peligro de que desaparecieran. Por último, alega que la primera detención no fue lo más breve posible, ya que se extendió hasta el máximo legal de cuatro semanas, y que bastó con que fuesen puestos en libertad para volver a detenerlos.

3.4 Además, la autora sostiene que las condiciones de detención, en particular el hecho de que la normativa no prevea la presencia de un pediatra en el centro de régimen cerrado, la ubicación, a unos cientos de metros de las pistas del aeropuerto, la duración y el contexto vulneran gravemente muchos otros derechos, como el derecho a la integridad física y psicológica de los niños o los protegidos por los artículos 3, 24, 28, 29 y 31 de la Convención.

Reclamación relacionada con la expulsión: derecho a un nivel de vida adecuado que permita el desarrollo físico, mental y social; derecho al respeto de la vida privada y familiar

3.5 La autora sostiene asimismo que la expulsión de los niños a un país desconocido para ellos constituiría una vulneración de su derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social, ya que en Serbia los romaníes son discriminados y viven en la pobreza, sin acceso a la vivienda y a medios de subsistencia.

3.6 Por último, la autora afirma que la expulsión a Serbia también constituiría una violación del derecho de sus hijos a mantener el contacto con ambos padres, ya que su padre se encuentra en Bélgica, así como con su abuela, que reside en Bélgica.

Reparación

3.7 La autora solicita la prestación de ayuda psiquiátrica para sus hijos y una indemnización por los daños sufridos, estimada en 10.000 euros por hijo.

Información adicional presentada por la autora

4.1 El 26 de septiembre de 2018, la autora informó al Comité de que el Estado parte había denegado la solicitud de medidas provisionales presentada el día anterior.

4.2 El 3 de octubre de 2018, la autora informó al Comité de que el Consejo de lo Contencioso en materia de Extranjería había denegado la solicitud de asilo de los niños, ya que este consideró que Serbia había elaborado planes de acción para mejorar la situación de las personas pertenecientes a la comunidad romaní.

4.3 El 9 de octubre de 2018, se informó al Comité de que los niños y su madre habían sido devueltos a Serbia, dado que la autora, a fin de obtener una asistencia *in situ*, había aceptado un “retorno voluntario”. Se informó asimismo al Comité de que, a su llegada a Belgrado, S. B. tuvo graves problemas de salud y fue hospitalizada inmediatamente.

² Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, párrs. 11 y 42; y Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, párr. 5.

Solicitud del Estado parte de retirar el asunto de la lista de casos

5.1 El 6 de noviembre de 2018, el Estado parte afirmó que si la autora y sus hijos habían seguido residiendo en un centro de retorno de régimen cerrado a pesar de la solicitud de medidas provisionales era porque la autora no había cumplido ninguna de las órdenes de abandonar el territorio y ya se había fugado varias veces de los hogares de retorno unifamiliares y de régimen abierto, que son una solución alternativa a la detención, ya que se puede salir libremente de ellos durante el día. En concreto, el 25 de abril de 2017, la autora se había escapado de un hogar de retorno con los tres primeros hijos que tenía en ese entonces; el 5 de diciembre de 2017 volvió a ser objeto de un control y colocada de nuevo en un hogar de retorno de régimen abierto, del que se había escapado al día siguiente con sus hijos, que esta vez eran cuatro, pues el último había nacido en agosto de 2017.

5.2 El Estado parte considera que ya en dos ocasiones se había adoptado una medida más humana y menos restrictiva, en sustitución de la detención, pero que la familia se había escapado. Por esta razón, cuando la autora y sus hijos fueron detenidos de nuevo el 14 de agosto de 2018, fueron internados en un centro de retorno de régimen cerrado. El 10 de septiembre de 2018, —debido a que, a causa de los numerosos recursos presentados por la autora para evitar la expulsión, se había agotado el plazo legal de internamiento en un centro de régimen cerrado—, la autora y su familia fueron trasladados a un hogar de retorno de régimen abierto, del que se escaparon, por tercera vez. En consecuencia, cuando fue detenida el 14 de septiembre de 2018, la familia fue internada en un centro de régimen cerrado a la espera de que se resolviera su solicitud de protección internacional y, posteriormente, se organizara logísticamente su repatriación, que finalmente se produjo el 9 de octubre de 2018.

5.3 Por consiguiente, el Estado parte indica que, debido a las tres fugas de la familia a pesar de que se había adoptado una medida sustitutiva de la detención, así como a la reiterada negativa de la autora a cumplir las cinco órdenes de abandonar el territorio, y a la multiplicación de los procedimientos iniciados por ella para impedir la expulsión, se consideró que la puesta en libertad anularía cualquier posibilidad de expulsión efectiva en caso de que se denegara la solicitud de protección internacional de los niños. Por lo demás, la normativa prevé que, en caso de riesgo de fuga, es posible la detención.

5.4 Por último, el Estado parte pide al Comité que retire el asunto de la lista de casos, dado que la autora había abandonado voluntariamente el territorio.

Comentarios de la autora sobre la solicitud del Estado parte

6.1 El 12 de enero de 2019, la autora aclaró que la expulsión de la familia no constituía un retorno voluntario; se había visto obligada a aceptar una expulsión para obtener una ayuda económica *in situ*, consistente en una ayuda durante tres meses para pagar el alquiler, el agua y la electricidad, recibir paquetes de alimentos, inscribir a la familia en la municipalidad, la escuela y el servicio social, y comprar material escolar para los niños y los medicamentos necesarios.

6.2 Una acompañante viajó con la familia hasta Belgrado, y luego abandonó Serbia después de haberle entregado 800 euros. La familia se fue a vivir a la ciudad de Niš con la abuela del padre de los niños, esto es, con su bisabuela. La autora dice que los niños no están escolarizados y no tienen acceso a la atención sanitaria, por lo que pide al Comité que no retire el asunto de la lista de casos y obligue al Estado parte a repatriarlos para que los niños puedan disfrutar de sus derechos fundamentales.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

7.1 El 26 de marzo de 2019, el Estado parte consideró que la comunicación debía ser declarada inadmisibles por existir recursos internos que no habían sido agotados. En lo que respecta a la detención, la autora no presentó una nueva solicitud de puesta en libertad cuando sus hijos y ella, a raíz de su fuga del hogar de retorno, fueron nuevamente internados en un centro de régimen cerrado. En cuanto a la expulsión, la autora no recurrió el auto del Tribunal de Primera Instancia de Amberes, que había aceptado el recurso de oposición de terceros interpuesto por el Estado parte después de que el Tribunal hubiera solicitado la suspensión de la repatriación hasta que se adoptara una decisión definitiva sobre su detención.

7.2 Por lo que se refiere a la primera reclamación en cuanto al fondo, el Estado parte sostiene que el argumento de la autora de que los niños menores de edad nunca pueden ser detenidos por motivos migratorios no es válido, ya que el artículo 37 de la Convención no prohíbe de manera absoluta la detención de menores ni contempla ninguna oposición a la detención por motivos de migración. Por el contrario, remitiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³, el Estado parte recuerda que los niños pueden ser privados de su libertad si se trata de una medida de último recurso, durante el menor tiempo posible y si su interés superior es una consideración primordial en la duración y las condiciones de la detención. Así, en la legislación belga, la ley prevé por motivos migratorios la posibilidad de detener a menores en un centro de régimen cerrado⁴, y el Tribunal Constitucional confirma que la detención de los menores es legal, si se realiza de conformidad con la ley, no es arbitraria, se decide solo como último recurso, dura el menor tiempo posible y se adapta a los menores⁵. Aplicando estos criterios al presente caso, el Estado parte recuerda que la detención de la autora y de sus hijos fue examinada por los tribunales de instrucción y por el Tribunal de Primera Instancia, que concluyeron que la detención era legal; la autora no invocó ninguna denegación de justicia o de apreciación arbitraria en las decisiones de las autoridades nacionales.

7.3 En concreto, el Estado parte reitera que la medida fue de último recurso, recordando que, entre julio de 2010 y marzo de 2017, se habían notificado a la autora cinco órdenes de abandonar voluntariamente el territorio, lo que se facilitaba por la aceptación de las autoridades serbias de expedir documentos de viaje para ella y sus hijos. Debido a su negativa, se le expidió una orden de abandonar el territorio, esta vez combinada con una colocación en un hogar de retorno (medida de sustitución de la detención familiar); todas las veces anteriores, la autora y sus hijos se habían fugado de estos hogares. Por lo tanto, el Estado parte considera que después de estas medidas de sustitución de la detención, que no habían dado resultados, podía aplicar la medida prevista por la ley, según la cual, en caso de no cooperación, se puede mantener detenida a la familia en un centro de régimen cerrado. Este fue el caso de la detención objeto de esta comunicación, ya que la familia fue alojada en una casa familiar dentro del centro de régimen cerrado. Además, el Estado parte también afirma que la opción de mantener a la familia en su domicilio no era aplicable porque no se cumplían las condiciones establecidas por la ley: el padre podía poner en peligro la tranquilidad pública debido a sus diversas condenas penales, el plazo para la salida voluntaria ya había expirado y la autora no podía depositar una garantía financiera. Por lo tanto, según el Estado parte, era efectivamente una medida de último recurso.

7.4 El Estado parte sostiene también que el interés superior de los niños se tuvo en cuenta en todas las fases del procedimiento: antes de la detención de la familia, la Oficina de Extranjería le dio cinco oportunidades para abandonar el territorio voluntariamente a fin de evitar el procedimiento de repatriación forzosa; se la colocó, sin que la medida surtiera efecto, en un hogar de retorno, un centro de alojamiento abierto creado específicamente para familias con hijos menores; la hija mayor fue entrevistada durante su detención y asistió, junto con su madre, a una reunión de retorno, en la que tuvo la oportunidad de expresar su opinión tanto sobre la expulsión como sobre la prolongación de la detención. En cuanto a los otros hijos, no fueron entrevistados porque la Oficina de Extranjería consideró que no tenían suficiente discernimiento para responder a las preguntas.

7.5 Respecto de las condiciones de detención, el Estado parte sostiene que las casas familiares dentro del centro de régimen cerrado garantizan el desarrollo adecuado del niño. La casa está completamente separada de los demás internos, está totalmente reservada para sus ocupantes y está provista del mobiliario y el equipo necesarios, incluida una cocina para

³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, demanda núm. 13178/03, sentencia, 12 de octubre de 2006, párr. 101.

⁴ Posibilidad introducida por el artículo 2 de la Ley de 16 de noviembre de 2011, que inserta un artículo, el 74/9, en la Ley de Entrada en el Territorio, Residencia Temporal y Permanente y Expulsión de Extranjeros, de 15 de diciembre de 1980, en lo que respecta a la prohibición de la reclusión de niños en centros cerrados. Véase también, Real Decreto de 2 de agosto de 2002 modificado por el Real Decreto de 22 de julio de 2018, para organizar la detención de familias con hijos menores en casas familiares establecidas dentro de un centro de régimen cerrado.

⁵ Tribunal Constitucional de Bélgica, sentencia núm. 166/2013, 19 de diciembre de 2013, párr. B.14.2.

que los padres puedan atender las necesidades alimentarias de sus hijos, preparando sus propias comidas con ingredientes elegidos a partir de una lista de pedidos para respetar al máximo los hábitos alimentarios de las familias. Además, al contrario de lo que afirma la autora, los miembros de la familia pueden recurrir a diario a los servicios médicos y psicológicos. A su llegada, cada miembro de la familia fue sometido a un reconocimiento médico y, como todos tenían piojos, se les prescribió un tratamiento adecuado; por otro lado, los niños llevaban ropa sucia, por lo que se puso a su disposición ropa de segunda mano. En el centro, los niños participaban además en actividades educativas adecuadas a su edad. En cuanto al problema del ruido, planteado por la autora debido a la proximidad del aeropuerto, el Estado parte indica que un estudio independiente ha demostrado que, desde el exterior, el ruido de los aviones es de 58 decibelios en el aterrizaje y 68 decibelios en el despegue, lo que se ajusta a las normas aplicables; estas casas familiares han obtenido la licencia de obras necesaria. En consecuencia, en lo que respecta al derecho a ser protegido de tratos inhumanos y degradantes, el Estado parte se basa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶ para sostener que las condiciones de detención son adecuadas y que el umbral de gravedad no se cumple en este caso.

7.6 Para concluir sus observaciones sobre la primera reclamación, el Estado parte afirma que la duración de la detención no fue el resultado de la actitud de las autoridades nacionales sino de la excesiva persistencia procesal de la autora, que, por ejemplo, presentó una solicitud de protección internacional la víspera de la repatriación prevista, lo que obligó al Estado parte a prolongar la detención en espera del resultado del procedimiento de solicitud de asilo. Además, la renovación del período de detención está sujeta a una serie de garantías que tienen en cuenta el interés superior de los niños: un informe elaborado por la dirección del centro, que ponía de manifiesto la precaria situación de los niños a su llegada al centro, constataba en cambio su perfecta integración en la vida del centro. En este sentido, los niños participaban en las actividades propuestas por los educadores, jugaban con ellos, tomaban prestados DVD de la ludoteca y jugaban en la zona de recreo con las bicicletas y los monopatines. En particular, el informe precisa que “la estructura y el ritmo diario que se les ofrece en el centro son bien recibidos por los niños”, que “buscan el contacto con el personal presente en el lugar [para darle] un abrazo”. La prórroga podía hacerse precisamente sobre la base de estos indicios que demostraban que los niños no sufrían a causa de la detención.

7.7 En cuanto a la segunda reclamación, el Estado parte señala que el Comité denegó la solicitud de la autora de medidas provisionales para suspender la expulsión de la familia a Serbia. También observa que la autora no demuestra que existiera un riesgo real de vulneración del artículo 27, párrafo 1, de la Convención al ser trasladada a Serbia, donde, por el contrario, S. B. recibió atención médica a su llegada.

7.8 En cuanto al derecho al respeto de la vida privada y familiar en relación con la expulsión, el Estado parte indica que las autoridades nacionales ya consideraron que la orden de expulsión no suponía tal vulneración, sin que la autora haya invocado la existencia de una denegación de justicia o una apreciación arbitraria. En particular, aunque no hubieran sido expulsados, los niños se habrían visto privados de la función educativa de su padre, que estará en prisión hasta el 16 de noviembre de 2022 por la comisión de actos delictivos⁷, y no se había demostrado que los niños lo hubieran visitado regularmente en prisión. Además, al final de su condena, el padre de los niños podría solicitar a las autoridades competentes un permiso de residencia serbio, ya que su familia vive en Serbia⁸. El Estado parte también señala que el derecho a la vida privada y familiar no es un derecho absoluto y que la familia no podía esperar razonablemente poder llevar una vida familiar en Bélgica cuando la autora y su pareja habían entrado ilegalmente en el país y, a pesar de varios órdenes de expulsión, permanecieron ilegalmente en él y, entretanto, trajeron al mundo a cuatro hijos. A este

⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *A. B. et autres c. France*, demanda núm. 11593/12, sentencia, 12 de julio de 2016, párrs. 113 a 115; y *R. M. et autres c. France*, demanda núm. 33201/11, sentencia, 12 de julio de 2016, párrs. 74 a 76.

⁷ Fue condenado el 9 de febrero de 2015 a 18 meses de prisión por robo con allanamiento de morada; el 2 de enero de 2017 a tres meses de prisión por hurto; y el 3 de octubre de 2018 a 40 meses de prisión por robo con violencia, nocturnidad y allanamiento de morada.

⁸ Además de su mujer y sus hijos, su abuela también vive allí y su padre fue repatriado sin mayores problemas.

respecto, el Estado parte recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que “el hecho de que una solicitante haya fundado una familia y, por lo tanto, haya puesto a las autoridades del país de acogida ante un hecho consumado no significa que las autoridades estén obligadas [...] a permitirle establecerse en el país”. El Tribunal ya ha dicho que, en general, las personas en esta situación no tienen motivos para esperar que se les conceda un derecho de residencia⁹.

Comentarios de la autora sobre las observaciones del Estado parte

8.1 El 8 de octubre de 2019, la autora reiteró que el derecho a la libertad era un derecho fundamental que no podía ser objeto de excepciones por motivos migratorios. La autora cita a este respecto un estudio mundial sobre la situación de los niños privados de libertad, en el que se afirma que “la detención de niños en un contexto migratorio nunca puede considerarse una medida de último recurso o en el interés superior del niño¹⁰”. Cita asimismo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual “proteger el interés superior del niño implica [...] considerar alternativas para que la detención de los menores se utilice solo como último recurso¹¹”.

8.2 La autora también reitera que las detenciones causaron graves problemas de salud a los niños, ya que el ruido provocaba trastornos del sueño y alteraba su vida cotidiana porque no siempre llevaban auriculares contra el ruido, dado que eran incómodos para jugar y, para obtenerlos, había que pedirlos sistemáticamente y devolverlos luego.

8.3 La autora también afirma que en Serbia, si bien tres de sus cuatro hijos obtuvieron finalmente un documento de identidad en mayo de 2019, no es el caso de su hija mayor. Sin embargo, los niños no van a la escuela, y la autora no trabaja ni recibe ninguna ayuda económica del Estado serbio, lo que constituye un trato inhumano y degradante en perjuicio de los niños.

8.4 Por último, además de los 10.000 euros solicitados por niño, la autora también pide la repatriación de la familia al Estado parte.

Intervención de terceras partes

9.1 El 20 de diciembre de 2019, la organización Défense des Enfants International – Belgique presentó una intervención de terceras partes en la que sostenía que la detención de un niño por motivos relacionados con su situación migratoria o la de sus padres constituía una violación de sus derechos según un consenso que se apoyaba en el Estudio Mundial sobre los Niños Privados de Libertad, de 2009. A este respecto, el Comité había pedido al Estado parte en 2019, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Bélgica, que pusiera fin a la detención de niños migrantes en centros cerrados¹².

9.2 La tercera parte interviniente observó que, en el Estado parte, entre 2008 y julio de 2018, los niños ya no eran detenidos en centros cerrados debido a su situación migratoria, sino en hogares de retorno, que eran instalaciones de detención de régimen abierto que constituían una medida de sustitución de los centros cerrados. Sin embargo, como consecuencia de la aprobación del Real Decreto de 22 de julio de 2018, el Estado parte había reanudado la detención de niños en centros cerrados. Así pues, la detención de menores en centros cerrados por motivos migratorios se basa en la Ley de 15 de diciembre de 1980, modificada en 2011, y en este Real Decreto de 22 de julio de 2018, que especificó las condiciones de detención. A raíz de su aprobación, algunas asociaciones presentaron un recurso de nulidad ante el Consejo de Estado. El 4 de abril de 2019, el Consejo de Estado

⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Jeunesse c. Pays-Bas*, demanda núm. 12738/10, sentencia, 3 de octubre de 2014, párr. 103; *Chandra et autres c. Pays-Bas*, demanda núm. 53102/99, sentencia, 13 de mayo de 2003; *Benamar c. Pays-Bas*; demanda núm. 43786/04, sentencia, 5 de abril de 2005; y *Priya c. Danemark*, demanda núm. 13594/03, sentencia, 6 de julio de 2006.

¹⁰ *A/74/136*, párr. 56.

¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Popov c. France*, demandas núms. 39472/07 y 39474/07, sentencia, 19 de enero de 2012 párr. 141 (véanse también los párrafos 91 y 140).

¹² *CRC/C/BEL/CO/5-6*, párr. 44 a).

suspendió temporalmente el artículo 13 del Real Decreto de 22 de julio de 2018, que establece que el internamiento en una casa familiar puede durar hasta un mes; el recurso de nulidad sigue pendiente.

9.3 La tercera parte también señaló que la exposición a la contaminación acústica y atmosférica podría agravar los daños ya causados a los niños detenidos.

9.4 Además, la tercera parte señala a la atención del Comité dos salvaguardias esenciales en relación con la privación de libertad de un niño: el control de la legalidad de su detención y el control de los lugares en los que está privado de libertad.

9.5 Por último, la tercera parte alega que las consideraciones relativas al control migratorio no pueden prevalecer sobre el interés superior del niño, que debe ser evaluado por una autoridad de protección de la infancia.

Información adicional de las partes

La autora

10. El 22 de junio de 2020, la autora indicó que se sumaba a lo expuesto en la intervención de la tercera parte, reiterando que no puede haber privación de libertad de un niño por motivos de migración.

El Estado parte

11.1 El 25 de junio de 2020, el Estado parte indicó que en la legislación belga la posibilidad de detener a niños menores de edad en un centro de régimen cerrado en el contexto de la migración fue introducida por el artículo 2 de la Ley de 16 de noviembre de 2011, que introduce un artículo, el 74/9, en la Ley de Entrada en el Territorio, Residencia Temporal y Permanente y Expulsión de Extranjeros, de 15 de diciembre de 1980. A este respecto, el Tribunal Constitucional señaló que, dado que el artículo 37 de la Convención no prohíbe de forma absoluta la detención de menores, esta puede tener lugar si se lleva a cabo de conformidad con la ley y siempre que no sea arbitraria, si se decide como último recurso y dura el menor tiempo posible y si las familias con hijos son colocadas en un centro adaptado a las necesidades de los niños. Así pues, el Tribunal Constitucional dictaminó que, con estas condiciones, la legislación belga que autorizaba la detención de familias con hijos menores era legal y respetaba sus derechos fundamentales.

11.2 El Estado parte especifica que la norma prevé un sistema en cascada por lo que se refiere a la detención de las familias con hijos menores: primero se les da la oportunidad de salir voluntariamente del país, informándoles de las posibilidades de retorno voluntario con asistencia para el retorno; si, por razones válidas, la familia no puede irse en el plazo establecido, puede solicitar el aplazamiento de su salida; si la familia no sale del país en el plazo previsto, se le asigna un funcionario de apoyo y se le invita a una entrevista sobre el retorno voluntario; si decide no regresar en el plazo establecido, se traslada a sus miembros a un hogar de retorno, un alojamiento abierto que estos pueden abandonar diariamente durante el día sin autorización previa, en particular para ir a la escuela o hacer la compra; desde ese lugar de alojamiento, aún puede decidir salir del país voluntariamente y sin coacción, para lo cual se le proporciona la asistencia necesaria; si se niega a irse, se organiza un retorno forzoso. En este último caso, se decidirá el traslado de la familia a un centro cerrado adaptado a las necesidades de las familias con hijos menores durante un período lo más breve posible para organizar la expulsión.

11.3 Respecto de la duración de la detención, el artículo 13 del Real Decreto de 22 de julio de 2018 establece que una familia con hijos menores de edad solo puede ser retenida “por el menor tiempo posible”, que “no podrá exceder de dos semanas” y que solo podrá prorrogarse “por un máximo de dos semanas” y bajo determinadas condiciones, entre ellas que la detención no afecte a la integridad física y psicológica del menor. Así pues, la normativa establece expresamente que la duración de la detención debe ser lo más breve posible, que la duración de dos semanas no es la norma y que la posibilidad de prórroga es excepcional y está sujeta al cumplimiento de diversos criterios.

11.4 En cuanto a las distancias entre el centro y las pistas del aeropuerto, el Estado parte afirma que la pista más cercana está a unos 250 m y solo se utiliza para el aterrizaje, que es menos ruidoso que el despegue, que una segunda pista está a 1 km aproximadamente y que una tercera pista está a 2 km. El Estado parte remite a sus observaciones sobre la contaminación acústica y precisa que, desde entonces, se han realizado nuevos estudios sobre el ruido, y los informes de expertos independientes han concluido que todos los resultados de las mediciones se ajustan a la normativa. El nivel de ruido nocturno es de 19,8 decibelios, lo que cumple con creces la recomendación de la Organización Mundial de la Salud (40 decibelios como máximo), que es también el caso del nivel de ruido diurno, ya que la Organización Mundial de la Salud recomienda un máximo de 45 decibelios y las mediciones realizadas son de 28 decibelios.

11.5 Por lo que se refiere al control del impacto de la detención en la integridad física y psicológica de los niños, el Estado parte especifica que no solo se verifica el bienestar de los niños si van a permanecer detenidos durante más de 14 días, sino que también, antes de ello, los niños son objeto de un seguimiento médico y psicológico regular. La normativa también establece que cuando el médico se oponga a la expulsión o considere que la salud mental o física del niño está gravemente amenazada por la detención, el Director General podrá suspender la ejecución de la orden de expulsión o de detención.

11.6 El Estado parte también indica, con respecto al derecho de cualquier niño detenido a impugnar la legalidad de su detención, que si las familias detenidas con hijos menores consideran que existe una emergencia o una necesidad absoluta, y que el plazo legal de cinco días para que la autoridad tome una decisión es, por lo tanto, demasiado largo, pueden dirigirse al juez de medidas provisionales mediante una citación o una solicitud unilateral, y se puede obtener una decisión el mismo día.

11.7 En cuanto a la vigilancia de los lugares en los que hay niños privados de libertad, el Estado parte indica que la normativa prevé la posibilidad de que las organizaciones no gubernamentales acreditadas visiten los lugares de detención.

11.8 Por último, el Estado parte sostiene que las declaraciones de los expertos que figuran en el Estudio Mundial sobre los Niños Privados de Libertad no tienen carácter de norma de derecho, y añade que él aplica las disposiciones legales internacionales y nacionales vigentes. En este sentido, el artículo 37 de la Convención no contempla ninguna oposición a la detención de menores por motivos de migración. Del mismo modo, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, de 19 de septiembre de 2016, no prohíbe en modo alguno la detención de niños menores; insiste en que debe ser el último recurso, que su duración debe ser lo más breve posible y que las condiciones de internamiento deben tener en cuenta el interés superior del niño y respetar sus derechos fundamentales, como ocurre en la legislación belga. Además, la Directiva de la Unión Europea 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008¹³, prevé en su artículo 17 el internamiento de menores y familias. La observación general núm. 35 (2014) del Comité de Derechos Humanos establece que el derecho a la libertad no es un derecho absoluto, que los niños solo deben ser privados de su libertad como medida de último recurso y durante el período más breve posible y que su interés superior debe ser una consideración primordial para determinar la duración y las condiciones de la privación de libertad¹⁴. Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que se puede detener a un menor en determinadas circunstancias para evitar que entre ilegalmente en el país o si está en marcha un procedimiento de expulsión o extradición¹⁵. El Estado parte también señala que la situación en la presente comunicación es diferente a la del asunto *R. M. y otros c. Francia*, en el que las condiciones de internamiento de un niño de corta edad, aunque necesariamente eran una fuente de estrés y angustia

¹³ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 348, 24 de diciembre de 2008, pág. 98.

¹⁴ Véanse también *Jalloh c. los Países Bajos* (CCPR/C/74/D/794/1998), párrs. 8.2 y 8.3; y *D. y otros. c. Australia* (CCPR/C/87/D/1050/2002), párr. 7.2.

¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, demanda núm. 13178/03, sentencia, 12 de octubre de 2006, párrs. 100 y 101.

considerables, no se habían considerado lo suficientemente graves como para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), a pesar de que el centro de detención estaba situado en una zona en la que no se permitía la construcción precisamente por la considerable contaminación acústica; en el presente caso, el centro se encuentra en una zona edificable.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

12.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité debe decidir, de conformidad con el artículo 20 de su reglamento en relación con el Protocolo Facultativo, si dicha comunicación es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo.

12.2 El Comité toma nota de los argumentos del Estado parte de que la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 7 e) del Protocolo Facultativo porque la autora no ha agotado todos los recursos internos, al no haber presentado una nueva solicitud de puesta en libertad cuando la familia volvió a ser ingresada en un centro de detención a raíz de la fuga del hogar de retorno, y al no haber recurrido el auto del Tribunal de Primera Instancia de Amberes, que había aceptado recurso de oposición de terceros interpuesto por el Estado parte después de que el Tribunal hubiera solicitado la suspensión de la repatriación hasta que se adoptase una decisión definitiva sobre la detención de la familia. No obstante, el Comité también observa que, según los argumentos de la autora, la interposición de nuevos recursos contra la segunda detención no habría suspendido su expulsión ni la de sus hijos. El Comité considera que, en el contexto de una expulsión inminente, un recurso que no suspenda la ejecución de la orden de expulsión vigente no puede considerarse eficaz¹⁶. El Comité también considera que no hay indicios de que un recurso contra la segunda detención hubiera implicado una decisión diferente por parte de las autoridades del Estado parte de las adoptadas en respuesta a los recursos ya interpuestos contra la primera detención. También recuerda que la norma del agotamiento de los recursos internos no exige que los autores agoten todos los recursos internos existentes, dado que su propósito es, más bien, permitir que las autoridades nacionales se pronuncien sobre las reclamaciones de los autores. En el presente caso, las autoridades del Estado parte tuvieron la oportunidad de pronunciarse tanto sobre la detención como sobre la expulsión en varias ocasiones. Asimismo, aunque la autora no haya recurrido el auto del Tribunal de Primera Instancia de Amberes que había aceptado la acción de tercería interpuesta por el Estado parte después de que el Tribunal hubiera solicitado la suspensión de la repatriación hasta que se adoptase una decisión definitiva sobre su detención, el Comité observa que el procedimiento interno siguió posteriormente su curso y que el Tribunal de Primera Instancia de Amberes declaró finalmente que la solicitud de no expulsar a la familia era improcedente, ya que, entretanto, las autoridades se habían pronunciado al respecto y habían desestimado las reclamaciones de la autora. Por consiguiente, el Comité considera que la comunicación es admisible en virtud del artículo 7 e) del Protocolo Facultativo.

12.3 El Comité toma nota de la alegación de la autora, formulada en relación con el artículo 27 de la Convención, de que la expulsión a Serbia vulneraría el derecho de sus hijos a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social, ya que los romaníes en Serbia son discriminados y viven en la pobreza, sin acceso a la vivienda y a medios de subsistencia. El Comité, que denegó la solicitud de medidas provisionales encaminadas a suspender la expulsión de la autora y sus hijos a Serbia, observa que la autora no fundamentó posteriormente esta alegación, que siempre se presentó de manera muy general. Por consiguiente, el Comité declara esta reclamación manifiestamente infundada e inadmisibles de conformidad con el artículo 7 f) del Protocolo Facultativo.

12.4 El Comité también toma nota de la alegación de la autora formulada en relación con el artículo 9 de la Convención de que la expulsión a Serbia vulneraría el derecho de sus hijos al respeto de la vida privada y familiar, ya que su padre y su abuela paterna se encuentran en Bélgica. El Comité considera que corresponde por lo general a los órganos de los Estados

¹⁶ *B. I. c. Dinamarca*, párr. 5.2.

partes examinar y evaluar los hechos y las pruebas a fin de determinar si existe el riesgo de que se produzca una vulneración grave de la Convención en caso de retorno, a menos que se constate que la evaluación haya sido claramente arbitraria o constituido una denegación de justicia¹⁷. El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que, aunque no hubieran sido expulsados, los niños se habrían visto privados del papel educativo de su padre, que está en prisión desde 2015 y sin que se haya demostrado que los niños lo visitasen con regularidad. El Comité considera que, aunque la autora no esté de acuerdo con las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales, no ha demostrado que la evaluación que estas realizaron de los hechos y las pruebas fuera claramente arbitraria o equivaliera a una denegación de justicia, o que el interés superior de los niños no hubiera sido una consideración primordial en los procedimientos internos. El Comité también observa que la autora finalmente aceptó un retorno voluntario a su país de origen, y que la autora y sus hijos se fueron a vivir a Serbia con la bisabuela paterna de los niños, país en el que también se encuentra su abuelo paterno. Por consiguiente, el Comité considera que la alegación de la autora formulada en relación con el artículo 9 de la Convención no ha sido suficientemente fundamentada y la declara inadmisibles de conformidad con el artículo 7 f) del Protocolo Facultativo.

12.5 En cambio, el Comité considera que las alegaciones de la autora formuladas en relación con el artículo 37 de la Convención, leído por sí solo y conjuntamente con los artículos 3, 24, 28, 29 y 31, en razón de la detención administrativa de la familia por motivos de migración, se han fundamentado suficientemente a efectos de su admisibilidad. Por consiguiente, el Comité declara admisibles estas últimas alegaciones y procede a examinarlas en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

13.1 El Comité ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 1, del Protocolo Facultativo.

13.2 El Comité toma nota de las alegaciones de la autora de que el Estado parte vulneró los derechos de sus hijos protegidos por el artículo 37 de la Convención, leído por sí solo y conjuntamente con los artículos 3, 24, 28, 29 y 31, en razón de su detención administrativa por motivos de migración. El Comité observa en particular que la autora sostiene que la detención de sus hijos no fue una medida de último recurso, ya que existían medidas alternativas a dicha detención, que no fue lo más breve posible, y que el ruido causado por la proximidad del aeropuerto provocaba trastornos del sueño y alteraba su vida cotidiana en el centro, que no disponía de un pediatra permanente.

13.3 El Comité también tiene en cuenta la posición del Estado parte de que, en virtud de la legislación nacional¹⁸, y de conformidad con el derecho internacional, la detención de menores es legal si se lleva a cabo con arreglo a la ley, no es arbitraria, se decide solo como último recurso y dura lo menos posible, y se adapta a las necesidades de los niños.

13.4 En particular, el Estado parte precisa que existen varias fases antes de detener a familias con hijos menores en centros cerrados pero que, en el presente caso, las detenciones del 14 de agosto y del 14 de septiembre de 2018 fueron efectivamente de último recurso debido a varios factores: la negativa reiterada de la autora a cumplir las cinco órdenes de abandonar el territorio, sus fugas previas y reiteradas cada vez que se había puesto en marcha una alternativa a la detención para ella y sus hijos, y las condiciones que no se cumplían para poder mantener a la familia en su domicilio a la espera de la organización de su expulsión.

13.5 El Comité también toma nota del argumento del Estado parte de que las casas familiares dentro del centro cerrado garantizan el desarrollo adecuado del niño durante su tiempo de detención: están completamente separadas de los otros detenidos, están totalmente reservadas a las familias y provistas del mobiliario y el equipo necesarios, las familias pueden

¹⁷ U. A. I. c. *España* (CRC/C/73/D/2/2015), párr. 4.2; A. Y. c. *Dinamarca* (CRC/C/78/D/7/2016), párr. 8.8; y B. I. c. *Dinamarca*, párr. 5.4.

¹⁸ Artículo 2 de la Ley de 16 de noviembre de 2011; y Real Decreto de 2 de agosto de 2002, modificado por el Real Decreto de 22 de julio de 2018.

recurrir a los servicios médicos y psicológicos a diario, y los niños participan en actividades educativas adaptadas a su edad.

13.6 El Comité observa además que, según el Estado parte, una familia con hijos menores de edad solo puede ser detenida durante el período más breve posible, que no puede exceder de dos semanas y puede prorrogarse por un máximo de dos semanas solo en determinadas condiciones, entre ellas que la detención no afecte a la integridad física y psicológica del menor. En el presente caso, la duración de la detención fue, según el Estado parte, el resultado de la excesiva persistencia procesal de la autora, lo que obligó al Estado parte a prorrogar la detención a la espera de las decisiones de los distintos organismos implicados, prórroga que se hizo también a raíz de un informe que constataba la plena integración de los niños en la vida del centro.

13.7 En cuanto a la cuestión del ruido causado por la actividad del aeropuerto, el Comité también toma nota del argumento del Estado parte de que los informes de expertos independientes han concluido que todos los resultados de las mediciones se ajustan a la normativa.

13.8 Por último, el Comité toma nota de la posición del Estado parte de que el interés superior de los niños se tuvo en cuenta en todas las etapas del procedimiento: la Oficina de Extranjería dio a la familia, en cinco ocasiones, la oportunidad de abandonar el territorio voluntariamente para evitar el procedimiento de repatriación forzosa; se la colocó infructuosamente en un hogar de retorno, un centro de alojamiento abierto creado específicamente para familias con hijos menores; y la hija mayor fue entrevistada durante su detención y asistió con su madre a una reunión de retorno.

13.9 El Comité recuerda su observación general núm. 23 (2017), conjunta con la observación general núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, según la cual la detención de cualquier niño por la situación de residencia de sus padres constituye una violación de los derechos del niño y una contravención del principio del interés superior de este, teniendo en cuenta el daño inherente a cualquier privación de libertad y la repercusión negativa que la detención como inmigrante puede tener en la salud física y mental de los niños y en su desarrollo, y que la posibilidad de detener a los niños como medida de último recurso no debería ser aplicable en los procedimientos relativos a la inmigración¹⁹. Asimismo, el Comité recuerda sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Bélgica, en las que pidió al Estado parte que pusiera fin a la detención de niños en centros cerrados y utilizara soluciones no privativas de la libertad²⁰.

13.10 El Comité observa que, en el presente caso, los niños estuvieron detenidos con su madre en una “casa familiar” en un centro cerrado para extranjeros desde el 14 de agosto hasta el 10 de septiembre de 2018, cuando se les dio la posibilidad de acogerse a una solución alternativa a la detención, es decir, un hogar de retorno unifamiliar y abierto. Tras haber huido el 13 de septiembre de 2018 de este hogar de retorno abierto, la familia fue detenida al día siguiente y luego colocada de nuevo en un hogar familiar en un centro cerrado; los niños y su madre permanecieron allí hasta su repatriación a Serbia el 9 de octubre de 2018.

13.11 Así, el Comité observa que los niños fueron internados en un centro cerrado una primera vez durante cuatro semanas —del 14 de agosto al 10 de septiembre de 2018— y luego una segunda vez durante tres semanas y cuatro días, del 14 de septiembre al 9 de octubre de 2018.

13.12 El Comité observa, en primer lugar, que aunque este lugar de detención se denomina casa familiar, se trata en realidad de un centro de detención cerrado. A este respecto, el Comité considera que la privación de libertad de los niños por razones relacionadas con su

¹⁹ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, párrs. 5, 9 y 10.

²⁰ CRC/C/BEL/CO/5-6, párr. 44 a).

situación migratoria —o la de sus padres— es generalmente desproporcionada²¹ y, por lo tanto, arbitraria en el sentido del artículo 37 b) de la Convención.

13.13 En el presente caso, el Comité observa que el Estado parte considera que estos largos períodos de detención se debieron en particular a los múltiples recursos presentados por la madre de los niños; en este sentido, la autora presentó un recurso de puesta en libertad en vísperas de la deportación prevista, y luego siguió interponiendo una serie de recursos, lo que obligó al Estado parte a esperar las decisiones de las autoridades a las que se había recurrido. Sin embargo, el Comité considera que el ejercicio por la autora de su derecho a un control judicial no justifica la detención de sus hijos. El Comité también es consciente de que: a) las condiciones para considerar la detención de niños en el contexto de la migración están establecidas en la legislación del Estado parte; b) que en el centro cerrado para extranjeros los niños tenían una casa reservada para su unidad familiar; c) que los niños participaban en los juegos y actividades de ocio que proponían los educadores; y d) que la madre de los niños no había cumplido ninguna de las cinco órdenes de abandonar el país voluntariamente y en todas las ocasiones había huido con sus hijos de los hogares de retorno abiertos.

13.14 Sin embargo, el Comité observa que el Estado parte no ha considerado ninguna solución alternativa a la detención de los niños. A este respecto, el Comité observa que los niños vivían con su abuela paterna, y nada demuestra que las autoridades nacionales hayan previsto el mantenimiento de este modo de vida, o cualquier otra solución apropiada, ni que se haya realizado una evaluación del interés superior en las decisiones que ordenaban y prolongaban su detención. El Comité considera que, al no considerar las posibles alternativas a la detención de los niños, el Estado parte no tuvo debidamente en cuenta su interés superior como consideración primordial, ni en el momento de su detención ni en el momento de su prolongación.

13.15 En vista de lo anterior, el Comité concluye que las detenciones de E. H., R. B., S. B. y Z. B., constituyeron una vulneración del artículo 37 de la Convención, leído por separado y conjuntamente con el artículo 3.

13.16 Habiendo constatado una vulneración del artículo 37 de la Convención, leído por separado y conjuntamente con el artículo 3, el Comité no considera necesario pronunciarse separadamente sobre la existencia de una vulneración del artículo 37 de la Convención, leído conjuntamente con los artículos 24, 28, 29 y 31, en relación con los mismos hechos.

14. En consecuencia, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a E. H., R. B., S. B. y Z. B. una indemnización adecuada por las vulneraciones sufridas. También tiene la obligación de velar por que estas vulneraciones no se repitan, garantizando que el interés superior del menor sea una consideración primordial en las decisiones relativas a su retorno.

15. Con arreglo a lo establecido en el artículo 11 del Protocolo Facultativo, el Comité desea recibir del Estado parte, a la mayor brevedad y en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que se hayan adoptado para aplicar el dictamen del Comité. Asimismo, se pide al Estado parte que incluya información sobre esas medidas en los informes que presente al Comité en virtud del artículo 44 de la Convención. Por último, se pide al Estado parte que publique el dictamen del Comité y le dé amplia difusión.

²¹ A/HRC/28/68, párr. 80 (“En el contexto de la detención administrativa por motivos de inmigración, en la actualidad resulta evidente que la privación de libertad de niños a causa de la situación de migración de los padres nunca respeta el interés superior del niño, supera el requisito de necesidad, se convierte en extremadamente desproporcionada y puede ser constitutiva de trato cruel, inhumano o degradante de los niños migrantes.”). Véase también Manfred Nowak, *Niños privados de libertad – Estudio mundial de las Naciones Unidas*, noviembre de 2019, pág. 467 (donde se indica que los estudios han demostrado repetidamente que los niños detenidos por su condición de inmigrantes sufren graves perjuicios. La detención de inmigrantes siempre ha estado asociada a problemas de salud física y mental, ya sea debido a que los niños detenidos tienen problemas de salud ya existentes que se agravan durante la detención —en particular el trauma— o debido a las nuevas condiciones que surgen en los contextos de detención —como la ansiedad y la depresión).

Anexo

[Original: español]

Voto particular conjunto (parcialmente concurrente) de Luis Ernesto Pedernera Reyna et José Ángel Rodríguez Reyes, miembros del Comité

1. Acerca de la comunicación núm. 55/2018 presentamos nuestro voto concurrente respecto del dictamen aprobado por el Comité por las razones que se exponen a continuación.

2. Aunque en el párrafo 13.9 se hace referencia a la observación general conjunta núm. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017) sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, hay aspectos de esta que no fueron ponderados como parte de los argumentos necesarios para incluir en el dictamen. En particular, nos referimos al principio de no devolución.

3. En la observación mencionada se indica en el párrafo 45 lo siguiente:

Los Estados partes deben respetar las obligaciones de no devolución dimanantes del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho de los refugiados y el derecho internacional consuetudinario. Los Comités resaltan que el principio de no devolución ha sido interpretado por órganos internacionales de derechos humanos, tribunales regionales de derechos humanos y tribunales nacionales como una garantía implícita derivada de las obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. Prohíbe a los Estados expulsar de su jurisdicción a las personas, con independencia de su situación de residencia o en materia de nacionalidad, asilo u otra condición, cuando correrían el riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar, como persecución, tortura, violaciones graves de los derechos humanos u otro daño irreparable.

4. Es necesario indicar que, según lo indicado en el párrafo 5.4 del dictamen, el Estado parte pidió al Comité que retirara el asunto de la lista de casos, dado que la autora había abandonado voluntariamente el territorio belga. Sin embargo, la autora en sus comentarios aclaró que la expulsión de la familia no constituía un retorno voluntario; se había visto obligada a aceptar una expulsión para obtener una ayuda económica *in situ*, consistente en una ayuda durante tres meses para pagar el alquiler, el agua y la electricidad, recibir paquetes de alimentos, inscribir a la familia en la municipalidad, la escuela y el servicio social, y comprar material escolar para los niños y los medicamentos necesarios (párr. 6.1 del dictamen). Además, la autora indicó que una acompañante viajó con la familia hasta Belgrado y, luego abandonó Serbia después de haberle entregado 800 euros. La familia se fue a vivir a la ciudad de Niš con la abuela del padre de los niños, esto es, con su bisabuela. La autora dice que los niños no están escolarizados y no tienen acceso a la atención sanitaria, y pide al Comité que no retire el asunto de la lista de casos y obligue al Estado parte a repatriarlos para que los niños puedan disfrutar de sus derechos fundamentales (párr. 6.2 del dictamen).

5. Igualmente, como se indica en el párrafo 7.7 del dictamen, el Estado parte observa que la autora no demostró la existencia de un riesgo real de vulneración del artículo 27, párrafo 1, de la Convención al ser trasladada a Serbia, donde, por el contrario, S. B. recibió atención médica a su llegada. Ahora bien, en el párrafo 8.3 se indica que la autora rebatió estas argumentaciones al afirmar que, en Serbia, si bien tres de los cuatro hijos obtuvieron finalmente un documento de identidad en mayo de 2019, no es el caso de su hija mayor. A lo anterior se suma que los niños van a la escuela y la autora no trabaja ni recibe ninguna ayuda económica del Estado serbio. Estas situaciones dejan en evidencia la ausencia de un plan de retorno que garantice una reintegración sostenible mediante un enfoque basado en los derechos, incluidas unas medidas inmediatas de protección y soluciones a largo plazo, en particular el acceso efectivo a la educación, la salud, el apoyo psicosocial y la vida familiar.

6. Lo anterior nos permite concluir que, al deportar a los cuatro niños, que hoy tienen edades que van desde los 5 hasta los 10 años, hacia un entorno que no conocen donde no hablan el idioma local, es decir, son extranjeros en toda la dimensión del término, constituye de por sí una violación de sus derechos. Es claro que la deportación, al privarlos de su entorno familiar y comunitario, provocó la alteración de las actividades que desarrollan los niños en su proceso de crecimiento. Fueron alejados del lugar donde nacieron, vivieron, aprendieron su idioma y cultura; se rompieron amistades y vínculos afectivos, entre otras consecuencias.

7. Cabe resaltar que el testimonio de la madre es elocuente al confirmar que los niños en su nueva situación han sufrido demora en obtener documentos, incluso la niña mayor no los había obtenido aún, y lo que es más grave, no han podido asistir a la escuela viviendo en precariedad económica, ya que la madre, como se indicó, no tiene trabajo ni ayuda estatal para paliar su situación.

8. Es importante mencionar que el Comité, en anteriores oportunidades¹, ha realizado una adecuación del principio de no devolución. Es decir, el Comité ha ido más allá de los requisitos de violencia física o actos de tortura o penas crueles inhumanas y degradantes para reconocer que este principio debe adaptarse reconociendo la particularidad de ser menor de edad cuando nos enfrentamos a situaciones como esta.

9. En relación con lo anterior, el Comité ha recordado que la evaluación de la existencia de un riesgo de vulneraciones graves de la Convención en el Estado receptor debe efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género, que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en las decisiones relativas a la devolución de un niño, y que esas decisiones deben garantizar que, a su regreso, el niño estará a salvo, recibirá una atención adecuada y se garantizará el disfrute pleno y efectivo de los derechos que lo amparan en virtud de la Convención, así como su desarrollo holístico².

10. Por tanto luce necesario reiterar estas consideraciones en el presente dictamen para poder afirmar la necesidad de tomar en cuenta el principio de no devolución, visto que los niños están sufriendo daños que pueden ser considerados irreparables al ser devueltos a Serbia.

11. Otro punto que consideramos debió ser señalado con mayor precisión es el relativo al interés superior del niño. En el párrafo 13.14 del dictamen, se señala que el Comité observa, a este respecto, que los niños habían estado viviendo con su abuela paterna, y nada demuestra que las autoridades nacionales hayan considerado el mantenimiento de ese modo de vida, o cualquier otra solución apropiada, ni que se haya realizado una evaluación del interés superior en las decisiones que ordenaban y prorrogaban su detención. El Comité considera que, al no contemplar posibles alternativas a la detención de los niños, el Estado parte no tuvo debidamente en cuenta su interés superior como consideración primordial ni cuando los detuvo ni cuando prorrogó su detención.

12. Lo anterior se acepta como cierto, pero tal como fue afirmado en el caso *A. B. c. Finlandia*³, se debió además indicar al Estado parte que el interés superior del niño debe garantizarse explícitamente mediante procedimientos individuales como parte esencial de toda decisión administrativa o judicial que se refiera a la devolución de un niño, y la justificación jurídica de todas las sentencias y decisiones judiciales y administrativas también debe descansar en este principio.

13. Por lo anteriormente expuesto afirmamos que es necesario en el presente caso invocar la violación del principio de no devolución, para con ello señalar la vulneración de los artículos 6, 8, 24, 29 y 31, leídos en conjunto con el artículo 3, de la Convención; y ampliar y precisar el modo de aplicación del interés superior del niño, y en especial la necesidad de aplicarlo de forma individual en la situación de cada niño.

¹ *A. B. c. Finlandia* (CRC/C/86/D/51/2018).

² *Ibid.*, párr. 12.2.

³ *Ibid.*