

(Portadilla)

Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS

Dra. Ana Jaramillo

Rectora

Mg. Nerio Neirotti

Vicerrector

Comité Editorial

Dra. Mirta Fabris

Mg. Ana Farber

Prof. Héctor Muzzopappa

Dr. Daniel Rodríguez

Dr. Oscar Tangelson

La fotocopia mata al libro y es un delito.

(Portada)

Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica

Martín Lettieri

Editor

[Diseño de tapa]

Autores

[Víctor E. Abramovich / Emelina Alonso / Rodolfo Manuel Aseretto / Boris Calderón Arandia / Pablo Ceriani Cernadas / Carmen Gloria Daneri Hermosilla / Olga Díaz Pedemonte / Karina Dubinsky/ Andreas Feldmann / Nicolás B. Figari Costa / María Soledad Figueroa / Marcos Ezequiel Filardi / Alexandra Galvis / Gabriel Gualano de Godoy / Paula Lekanda / Martín Lettieri / Federico Martínez Monge / María José Marcogliese / Lucas Ramon Mendos / Juan Ignacio Mondelli / Alejandro Morlachetti / Mauricio Ortegón / Marcos Rasguido Serrudo / Patricio Rubio Correa / Laura Saldivia / Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto / Juan Pablo Terminiello]

[LOGOS]

ACNUR / IPPDH / UNLA

SERIE DERECHOS HUMANOS

Ediciones de la UNLa.

El MERCOSUR como espacio de coordinación de políticas en derechos humanos. Antecedentes de la solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de la niñez migrante

Victor E. Abramovich y Laura Saldivia*

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

I. INTRODUCCIÓN

En una iniciativa sin precedentes en la región, los cuatro países miembros del MERCOSUR firmaron y presentaron conjuntamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Corte IDH”) una opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, solicitantes de asilo y refugiados.

En este trabajo se describe, en un primer apartado, el contexto en el que se originó tal iniciativa, haciendo especial referencia a los actores que la idearon e impulsaron y al proceso concreto de elaboración de la petición de consulta que permitió ir acordando su forma y sustancia hasta alcanzar el producto final sometido a estudio de la Corte IDH. Luego se hace referencia a la situación concreta de vulneración en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares, solicitantes de asilo y refugiados, la cual motiva el pedido de opinión consultiva de los países del MERCOSUR. A continuación, se esbozan sintéticamente los temas planteados a la Corte IDH con el objeto de que especifique los estándares jurídicos que los rigen. Por último, se señala la relevancia que el tema y el camino elegido para impulsarlo tienen para el bloque subregional MERCOSUR.

II. EL CONTEXTO EN EL QUE SE ORIGINA LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

Los países miembros del MERCOSUR han incorporado la temática migratoria y de protección de refugiados en diversos foros y espacios de interlocución internacional (como la Conferencia Sudamericana de Migraciones y el Foro Global de Migración y Desarrollo o

* Agradecemos la colaboración de Constanza Argentieri para la elaboración de este artículo.

en el seno mismo de la Organización de Estados Americanos) y han suscripto acuerdos bilaterales, regionales y subregionales que reconocen derechos humanos de los migrantes y refugiados con independencia de su condición migratoria, además de haber suscripto los principales tratados internacionales sobre derechos humanos y en particular sobre derechos de la infancia¹.

En particular en el ámbito de las Reuniones de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (en adelante la “RAADDHH”) se le dio impulso a la elaboración y presentación de una solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH, a instancias de la Comisión Permanente específica en materia de los derechos de niños, niñas y adolescentes, Iniciativa Niñ@Sur. El texto de esta solicitud fue encomendado y elaborado por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (en adelante, IPPDH).

Para comprender los orígenes de la solicitud de la opinión consultiva, corresponde hacer una breve referencia a los orígenes y antecedentes de los principales actores involucrados como son la RAADDHH, la Iniciativa Niñ@Sur y el IPPDH.

II.1. Actores involucrados en la elaboración de la opinión consultiva

En el año 2004 y por decisión del Consejo del Mercado Común (en adelante, CMC), se crea la RAADDHH con el objetivo de velar por la plena vigencia de las instituciones democráticas, el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales². Esta reunión se realiza dos veces por semestre de manera ordinaria y está coordinada por el Estado a cargo de la Presidencia Pro Témpace del

¹ Además, en el ámbito de las Reuniones de Ministros de Interior del MERCOSUR y Estados Asociados funciona el Foro Especializado Migratorio del MERCOSUR y Estados Asociados –FEM-, el cual tiene entre sus funciones el estudio del impacto de las migraciones en la región y fuera de ella, el análisis y desarrollo de proyectos de normas y/o acuerdos en materia migratoria que regirán para los países del bloque y que, en materia de refugiados, ha realizado distintas iniciativas como un estudio de los estándares de protección de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado a nivel nacional, o la implementación en 2010 del 1º Curso Virtual del MERCOSUR sobre protección de refugiados para funcionarios/os de los miembros plenos y ampliados del MERCOSUR, entre otras iniciativas. Véase http://www.migraciones.gov.ar/foro_migratorio/, en particular el documento Memoria Institucional. Cabe destacar que en el ámbito de la OEA anualmente la Asamblea General adopta una Resolución sobre “Protección de los solicitantes de la condición de refugiado y de los refugiados en las américas” que suele estar firmemente impulsada en los últimos años por los países del MERCOSUR. Véase <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp>

² Decisión CMC N° 40/04.

MERCOSUR. Asimismo, pueden convocarse reuniones extraordinarias por pedido de cualquiera de los Estados Parte o Asociados. Desde mayo de 2005 hasta la fecha -agosto 2011- se han desarrollado 19 reuniones ordinarias y tres extraordinarias.

La dinámica de las RAADDHH comprende actividades de diversas Comisiones Permanentes, Grupos de Trabajo (a término) y Relatorías Especiales donde se abordan temáticas específicas y se elevan informes³.

En el año 2005, en la I RAADDHH se aprobó la Iniciativa Niñ@Sur cuya finalidad consiste en promover el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos de derechos humanos universales y regionales. Asimismo, esta Iniciativa busca estimular el diálogo y cooperación entre los Estados para el seguimiento y cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, teniendo en cuenta que varias metas tienen una relación directa con los derechos de la infancia y adolescencia. El Grupo de Trabajo Permanente de la Iniciativa (que se reúne cada semestre en ocasión de la RRAADDHH) se conformó con el objeto de institucionalizar la temática de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la región, así como también para darle continuidad independientemente de los cambios a los que obliga la rotación de las Presidencias Pro-témpore por países. Esta Comisión Permanente ha sido una de las áreas más dinámicas de coordinación de políticas al interior del MERCOSUR. Ya en el Plan de Trabajo 2008/2009 de la XII RAADDHH que tuvo lugar en Buenos Aires en junio de 2008, se destacó la importancia de desarrollar líneas de acción tendientes a fortalecer los sistemas de protección integral de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes a través de: “a) Diálogo con el Sistema Interamericano, Universal de Protección de Derechos Humanos y con otros ámbitos del MERCOSUR; [...] d) Promover la solicitud de opiniones consultivas a instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, para lograr el cumplimiento de los estándares de derechos humanos y elaborar recomendaciones para su aplicación”⁴. En sintonía con el enfoque que se buscó imprimir a la RAADDHH, un primer antecedente que puede destacarse en materia

³ En la actualidad funcionan cinco Comisiones Permanentes y tres Grupos de Trabajo: Comisión Permanente de Iniciativa Niñ@Sur, Comisión Permanente de Educación y Cultura en Derechos Humanos, Comisión Permanente de Memoria, Verdad y Justicia, Comisión Permanente de Discriminación, Racismo y Xenofobia, Comisión Permanente de Adultos Mayores, Grupo de Trabajo de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, Grupo de Trabajo de Construcción de Indicadores de Progreso en materia de DESC y Grupo de Trabajo de LGTB.

⁴ Conforme a su Eje 1.

de política exterior previo a la iniciativa de consulta ante la Corte IDH y el trabajo de articulación que ella significó, consiste en la experiencia de articulación de posiciones comunes de los países del MERCOSUR en las Naciones Unidas respecto del Protocolo Adicional de la Convención sobre Derechos del Niño.

Por su parte, además de la RAADDHH y la Iniciativa Niñ@Sur, el tercer actor que cumplió un rol destacado en la elaboración de la solicitud de la opinión consultiva es el IPPDH. Este organismo internacional fue creado por Decisión CMC N° 14/09 en el año 2009 con sede permanente en la Ciudad de Buenos Aires⁵ y tiene como función principal la cooperación técnica, la investigación aplicada y la coordinación en el campo de las políticas públicas en derechos humanos en el ámbito de los países del MERCOSUR.

La creación del IPPDH apunta a fortalecer la institucionalidad pública de los Estados del MERCOSUR en materia de derechos humanos y a generar espacios de discusión sobre este nuevo campo de políticas públicas constituido por las políticas públicas en derechos humanos, con el fin de consolidar los derechos humanos como un eje fundamental de la identidad y del desarrollo del bloque.

Las funciones centrales del IPPDH pueden agruparse en cuatro áreas. En primer lugar la coordinación de políticas públicas en derechos humanos al interior del MERCOSUR, lo cual se refleja en su funcionamiento como una especie de secretaría técnica de la RAADDHH con el objeto de darle seguimiento a las reuniones de éste ámbito, facilitar la agenda de las mismas y brindarle continuidad a los acuerdos alcanzados. Tiene también un rol de coordinación en otros ámbitos del MERCOSUR donde se discuten temáticas directa o indirectamente vinculadas con los derechos humanos -como son las reuniones de Ministros- y trabaja de forma articulada con otras instituciones del MERCOSUR, por ejemplo, el Instituto Social, que tiene su sede en la ciudad de Asunción.

La segunda función consiste en brindar cooperación técnica a los gobiernos en el diagnóstico, la formulación, la implementación y la evaluación de políticas, o el fortalecimiento de agencias y sus funcionarios/as en el campo de políticas de igualdad, derechos humanos y ciudadanía en sentido amplio.

⁵ Además, la Decisión CMC 12/00 establece la Estructura del IPPDH.

Una tercera función consiste en la promoción y desarrollo de investigaciones aplicadas a los temas bajo su competencia y, la cuarta, comprende la promoción y capacitación de funcionarios públicos tanto de gobiernos locales como de los tres poderes del Estado.

En relación con estas cuatro funciones se han planteado cinco líneas de trabajo que, a su vez, deben entenderse como objetivos del IPPDH.

En primer lugar, mejorar la coordinación y la articulación de las políticas públicas.

En segundo lugar, desarrollar recursos de investigación en este nuevo campo de políticas como son las políticas en derechos humanos y fortalecer los ya disponibles en la materia, con el fin de generar nuevos recursos pero también de orientar las agendas y el financiamiento para la investigación ya existente en el campo de las políticas de derechos humanos, tales como las que se desarrollan en el marco de las universidades y de las agencias públicas de los Estados parte.

En tercer lugar, impulsar el fortalecimiento de la institucionalidad pública en derechos humanos de las agencias en el interior de los gobiernos, pero también de las instituciones nacionales de derechos humanos, promoviendo e impulsando el trabajo con los sistemas de protección y, en particular, con los sistemas de justicia.

En cuarto lugar, facilitar la relación entre el Estado y la sociedad civil mediante la implementación de ciertas políticas, pero también y fundamentalmente por medio de la participación de la sociedad civil en las distintas instancias del MERCOSUR. En este sentido se pretenden impulsar reglas claras y generales sobre la participación de la sociedad civil en sus distintos foros.

El quinto objetivo consiste en trabajar en el fortalecimiento de los sistemas de protección. Esto incluye promover el diálogo entre los gobiernos y los sistemas de protección internacionales, como así también acciones concretas vinculadas con debates sobre fortalecimiento de los sistemas, aplicación de nuevos protocolos, nuevos mecanismos, y discusiones incluso sobre cuestiones institucionales tales como los aportes presupuestarios y las designaciones de candidatos a ocupar cargos. Es decir, todas aquellas cuestiones vinculadas con la relación de los gobiernos con los sistemas de protección.

II.2. Los orígenes de la solicitud y su proceso de elaboración

En el contexto del Seminario "Diálogo con los Sistemas Interamericano y Universal de Protección de Derechos Humanos desde la Iniciativa Niñ@Sur" realizado en el mes de julio de 2010 en la Cancillería Argentina, representantes gubernamentales y el IPPDH discutieron entre otras posibles iniciativas de coordinación en foros internacionales, la viabilidad de un pedido de opinión consultiva ante la Corte IDH sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, identificando este tema como de especial relevancia para toda la Región⁶.

En tal sentido, se requirió al IPPDH que realizara una presentación sobre los antecedentes que existen en el Sistema Interamericano sobre los derechos humanos de los migrantes y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como así también que avanzara, por un lado, en el desarrollo de los estándares de derechos que podrían conformar el contenido de la solicitud de opinión consultiva y, por el otro, en los aspectos vinculados con el procedimiento de presentación de opiniones consultivas, tales como la capacidad del MERCOSUR como bloque para presentar iniciativas semejantes y los antecedentes de otros casos de coordinación entre gobiernos en solicitudes similares. En el marco del seminario, por primera vez los representantes gubernamentales discutieron abiertamente estos temas.

Habiéndose hecho eco de la propuesta presentada en dicho seminario, la XVIII RAADDHH le otorgó al IPPDH el mandato para elaborar un texto de solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante⁷.

Por su parte, en la RAADDHH extraordinaria de Foz de Iguazú de diciembre de 2010, el IPPDH presentó una versión preliminar de la solicitud de opinión consultiva para su discusión por los gobiernos con miras a la próxima reunión. Allí también se presentó un documento donde se esbozaban las distintas modalidades, formatos y estrategias de presentación de la solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH que podían adoptar los países del bloque.

El texto final de la propuesta de solicitud de opinión consultiva elaborada por el IPPDH fue aprobada por la XIX RAADDHH en el mes de abril de 2011 en la ciudad de Asunción, Paraguay.

Previamente a su aprobación, el proyecto de opinión consultiva fue discutido y

⁶ Véase *Diálogo entre la Iniciativa Niñ@Sur y los Sistemas Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Publicación de Iniciativa Niñ@Sur, 2011, pp. 94 a102.

⁷ Realizada en el mes de octubre de 2010 en la ciudad de Brasilia-DF, Brasil.

consensuado en el seno de la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@Sur por los representantes de los países miembros del MERCOSUR, y contó además en este ámbito con la adhesión de los representantes de los países asociados. Cabe destacar que el proyecto de opinión consultiva fue confeccionado luego de un intenso proceso de consulta y articulación de partes y posiciones de diversos actores llevado adelante por el IPPDH.

Para la elaboración del texto de la solicitud de opinión consultiva el IPPDH utilizó como base de la misma, en primer lugar, el “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular y algunas líneas de acción para su protección”⁸. En segundo lugar, documentos e información provista por expertos/as en temas de migración, protección de refugiados y niñez, tanto de organizaciones no gubernamentales como estatales e internacionales, quienes fueron consultados durante las distintas etapas de elaboración del documento. Estos expertos/as no sólo proveyeron de material actualizado, sino que además revisaron versiones preliminares de la solicitud y brindaron valiosos comentarios que fueron receptados en su texto, los cuales contribuyeron en transformar su contenido y su estructura. Asimismo, se realizaron varias reuniones con los funcionarios públicos de las áreas concernientes a los temas sobre los que trata la opinión consultiva solicitada (migraciones, refugiados, niñez, derechos humanos, relaciones exteriores) a los efectos de informarles del trabajo, conocer su parecer e involucrarlos en el mismo.

En este sentido es importante destacar que, en la formulación de la solicitud de opinión consultiva, los países firmantes adelantan su posición sobre algunos aspectos que consideran deberían incluirse en el análisis que vaya a realizar la Corte IDH y en ocasiones también enuncian posiciones acerca del alcance que debería darse a las normas de la Convención en los temas propuestos, de manera tal que el documento presentado ante la Corte IDH expresa un consenso entre los Estados signatarios acerca de los puntos de vista que allí se expresan. La experiencia de articulación fue de una riqueza extraordinaria y se

⁸ Centro de Derechos Humanos UNLa, UNICEF, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños, niñas y adolescentes migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*, diciembre de 2009. Véase en este mismo libro una versión reducida de este estudio que incorpora lo concerniente a la protección de niñas, niños y adolescentes refugiados a sus consideraciones, Alonso, E., Ceriani Cernadas, P. y Morlachetti, A., “Políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe” [N. del Ed.].

destacó por la excelente predisposición de todos los actores involucrados⁹.

Finalmente, una vez trabajado y consensuado el texto de la solicitud, el día 6 de julio de 2011 se presentó ante la Corte IDH firmada conjuntamente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, constituyéndose en la primera oportunidad en que los cuatro Estados con carácter de miembros plenos del MERCOSUR realizan una presentación de esta naturaleza en un foro internacional estableciendo una posición común en un tema de importancia central para la vigencia de los derechos humanos en el continente. Por lo demás, ésta era también primera ocasión en que la Corte Interamericana recibía una presentación conjunta que expresa la posición común de cuatro Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La elaboración de la opinión consultiva se inserta en un marco de diálogo de los gobiernos con el Sistema Universal y con el Sistema Interamericano, como así también en un contexto más amplio de trabajo y articulación regional entre los países signatarios. Esto resulta fundamental para la discusión y fortalecimiento de ambos sistemas y de las políticas públicas en derechos humanos de los gobiernos. Al respecto, la decisión de presentar mancomunadamente una solicitud de opinión consultiva ante el tribunal del Sistema Interamericano expresa una tendencia hacia la coordinación de posiciones entre los Estados sobre aquellos temas de alto interés público que presentan una incidencia fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región.

III. EL CONTENIDO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA

La idea de elaborar una solicitud de opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, solicitantes de asilo y refugiados surgió en virtud de la concreta existencia de una situación grave de afectación de los derechos humanos de este grupo que se desplaza por motivos económicos, sociales, culturales o políticos en el continente.

A modo de ejemplo, los números ilustran que en América Latina y el Caribe alrededor de 25 millones de personas habían migrado hacia países de Norteamérica y Europa,

⁹ Para un detalle pormenorizado del proceso de elaboración y articulación de la solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante, véase su memoria en archivos del IPPDH, agosto 2011.

mientras que otros seis millones lo habían hecho a otros países dentro de la región¹⁰, mientras que a finales de 2010 aproximadamente 445.240 personas habían solicitado la condición de refugiado o habían sido reconocidas como tales en algún país de América Latina o el Caribe¹¹.

De ellas, una cantidad creciente, aunque todavía inestimable, son niños, niñas y adolescentes, algunos de los cuales migran junto a sus padres (o con uno de ellos) al tiempo que otros lo hacen, de manera creciente, en forma no acompañada o separada.¹²

No obstante, los niños, niñas y adolescentes afectados de una u otra forma por la migración internacional representan un número significativamente más alto, ya que no se contabilizan, por ejemplo, a muchos hijos e hijas de migrantes nacidos con posterioridad a la migración de sus padres, quienes por lo general adquieren la nacionalidad del país de destino en razón del principio *ius soli* que rige en casi toda la región, así como tampoco se incluye a muchos niños, niñas y adolescentes que permanecen en el país de origen cuando sus padres deciden migrar. La cantidad de niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran en situación migratoria irregular en la región es otro dato del que no se tiene certeza. De ahí que sea posible aseverar que las cifras citadas al comienzo respecto de la

¹⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago, 2006, p. 73. Cifras similares cita Naciones Unidas, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision*, United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008, 2009. Este organismo afirma que hay 26 millones de personas latinoamericanas que viven fuera de sus países de origen de las cuales 7.480.267 millones habitan en otros países latinoamericanos (migración sur-sur). Asimismo, los principales destinos de los inmigrantes en América Latina son Argentina (19%), Venezuela (13%), México (9,7%) y Brasil (9,19%), conforme <http://www.un.org/esa/population>. Cerca de la mitad de los emigrantes regionales salió de su país de origen en el decenio de 1990 para dirigirse, en especial, a los Estados Unidos, actualmente el mayor receptor de inmigrantes del mundo. Hacia el año 2004, la cuantía alcanzada por la población latinoamericana y caribeña en ese país se acercaba a los 18 millones de personas. En el 2008 dicho país albergaba poco más de 45 millones de latinoamericanos, conforme el US Census Bureau, 2006-2008, American Community Survey. Esto es indicativo de que Estados Unidos todavía es el destino de preferencia de la mayoría de los emigrantes de la región. México es el país que registra la mayor población residente en Estados Unidos (cerca de 30 millones en 2008), seguido por Puerto Rico (4 millones), Cuba (1.572.138), El Salvador (1,477.210), República Dominicana (1.249.471), Guatemala (915,743) y Colombia (822,036), información según el U.S. Census Bureau, 2006-2008 American Community Survey.

¹¹ ACNUR, *Tendencias Globales 2010*, 2011, p. 41, Tabla 1.

¹² Según el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, los niños no acompañados son quienes se encuentran fuera de su país de origen y están “separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”; mientras que los niños separados serían los que están “separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes”, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, del 1 de septiembre de 2005, párrs. 8 y 9.

población migrante en general resultan acotadas respecto de la cantidad real de población infantil migrante¹³.

De acuerdo con la opinión de diversos organismos internacionales de derechos humanos, las personas migrantes y refugiadas, en particular las que se encuentran en una situación migratoria irregular, por un lado, y los niños, niñas y adolescentes, por el otro, son grupos sociales que se encuentran en una condición de vulnerabilidad¹⁴. Tal cuadro de vulnerabilidad se profundiza como resultado de la combinación entre edad y condición migratoria, demandando una protección específica y adecuada de sus derechos por parte de los Estados (de origen, tránsito y destino) y de otros actores concernidos.

El tema objeto de la solicitud de opinión consultiva presentada ante la Corte IDH surge principalmente de los problemas que en la práctica se suscitan por la correspondiente falta de articulación entre varias leyes y políticas migratoria y de asilo con el sistema de protección de derechos de la niñez, lo cual limita la posibilidad de las instituciones públicas de definir de forma adecuada las medidas que tienen que adoptar cuando ingresa un niño, niña o adolescente al país ya sea de manera irregular o regular.

Dicha falta de articulación entre políticas migratorias y de asilo y políticas de protección de derechos de la infancia, genera problemas muy apremiantes que son tratados en los distintos apartados de la consulta donde los Estados signatarios de la misma enuncian sus posiciones acerca del alcance que consideran debe darse a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los temas propuestos.

La primera cuestión que se pone a consideración de la Corte IDH, y que sirve como antesala y marco general para los restantes temas consultados, es la concerniente a los

¹³ Cabe aclarar que en este artículo la categoría “niñez migrante” se utiliza en un sentido general que comprende a los niños, niñas y adolescentes que migran por motivos diversos, sea por reagrupación familiar, búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales, para escapar de la pobreza extrema, la degradación ambiental, la violencia u otras formas de abuso y persecución a las que se ven sometidos.

¹⁴ Sobre la vulnerabilidad de la situación de las personas migrantes véase la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, preámbulo y el Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, E/CN.4/AC.46/1998/5 noviembre de 1998. La protección especial que necesitan los niños, niñas y adolescentes justificada en razón de su posición de desventaja o vulnerabilidad fue reconocida en el preámbulo de la Declaración de los derechos del Niño de la ONU de 1959, A.G. Res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354. 1959. Para una explicación del desarrollo de la idea de vulnerabilidad de los niños en la Corte Interamericana véase la presentación de Ibáñez Rivas, J. M., “El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes desde su jurisprudencia”, en *Diálogo entre la Iniciativa Niñ@Sur y los Sistemas Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Publicación de Iniciativa Niñ@Sur, 2011, pp. 94 a 102.

procedimientos y mecanismos institucionales para identificar las distintas situaciones de riesgo en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes y eventuales solicitantes de asilo para el ejercicio de derechos, así como para determinar sus necesidades de protección internacional. Es notoria la ausencia o, en los casos en que existen, la debilidad de muchos de estos procedimientos en los países de la región, lo cual impide en ciertas situaciones realizar una correcta identificación y determinación en los flujos migratorios mixtos de las diversas necesidades de protección internacional que pueden presentar los niños, niñas y adolescentes migrantes que han ingresado o procuran ingresar al territorio del Estado.

La identificación es en particular apremiante respecto de niños, niñas y adolescentes cuyo desplazamiento internacional puede responder a múltiples causas, tales como: ser víctima del delito de trata de personas y de severas formas de violencia en el país de origen, tránsito o destino; la reagrupación familiar; la búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales; escapar de la pobreza, la exclusión y la degradación ambiental; u otras formas de abuso y persecución que pudieran calificar en línea con los principios y criterios de los marcos normativos internos y del sistema de protección internacional.

La ausencia de un enfoque basado en la protección de los derechos de la niñez y de su vinculación con políticas migratorias y de asilo también puede observarse en la falta, en varios sistemas legales, de garantías básicas de debido proceso adecuadas a su edad que deben contemplarse en relación con las medidas aplicables a los niños, niñas y adolescentes en el marco de procedimientos migratorios y de asilo en los cuales puedan defender sus derechos (por ejemplo, proveyendo un tutor a niños, niñas y adolescentes no acompañados)¹⁵.

Sin desmedro de la abundante jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en la materia¹⁶, los países firmantes de la opinión consultiva estimaron importante que dicho

¹⁵ Para un estudio sobre las garantías en los procedimientos migratorios y de asilo que involucran a niñas, niños y adolescentes véase en este mismo libro Filardi, M. E., Dubinsky, K., y Mendos, L. R., “El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias” [N. del Ed.].

¹⁶ Una exhaustiva descripción de los estándares fijados por la Corte IDH en materia de niñez se encuentran en la presentación de Ibáñez Rivas, J. M., *op. cit.*, pp. 94 a 102. Sobre los estándares en materia migratoria véase entre otros, Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia del 2 de febrero de 2001; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein v. Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001; Corte IDH, *OC-17/02, Condición Jurídica y*

tribunal especifique aún más sus estándares respecto de los niños, niñas y adolescentes migrantes consultando en la segunda pregunta de la solicitud específicamente sobre las garantías que debieran regir en los procesos migratorios que los involucran.

Más allá de que sea posible hablar de un principio de no criminalización de la migración irregular reconocido por nítidas posiciones de los Estados de la región, el cual se ve a su vez reforzado por los estándares fijados por la Corte IDH y por diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos sobre esta cuestión, todavía muchos sistemas legales permiten que los niños, niñas y adolescentes vean restringida su libertad personal por motivos migratorios, cualquiera sea la denominación que estas medidas reciban en los diferentes países, en algunas circunstancias sin resguardo de mínima razonabilidad, ni mediando la evaluación de medidas alternativas, ni aplicando las correspondientes garantías de debido proceso¹⁷.

Mientras que algunos países prevén la detención de migrantes (sin perjuicio de su edad) como sanción penal por infringir la legislación migratoria, en otros se dispone la detención administrativa como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios y de asilo, sin contemplar medidas que no impliquen restricciones a la libertad ambulatoria o detención. A su vez, en muchos casos esta detención de niños, niñas y adolescentes y adultos migrantes se impone (con base legal o de facto) en virtud de la condición migratoria de la persona, sin necesidad de alegar otros motivos o causas para justificar la medida.

En muchos casos, carencias importantes respecto de la autoridad competente (por ej. falta de intervención del poder judicial), la no estipulación de plazos de tales medidas y la ausencia de garantías elementales del debido proceso para dictar y ejecutar medidas de procedimiento respecto de los niños/as, pueden implicar restricciones a la libertad y llegar a la detención de adultos y niños, niñas y adolescentes migrantes.

Derechos Humanos del Niño; Corte IDH, OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia del 31 de agosto de 2010.

¹⁷ En la solicitud de opinión consultiva se adopta un entendimiento amplio sobre la acepción “detención”, asimilándola a la de privación de libertad conforme fuera definida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del año 2009, párr. 143. En igual sentido, véanse los “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, 2008, como así también la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en la Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990. Finalmente, también cabe tener en cuenta el artículo 4.2 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Además, la condición migratoria de los padres tiene un impacto directo sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esto se da por ejemplo, cuando son obligados a alojarse con sus padres en estaciones migratorias, o cuando sufren el alojamiento en instituciones migratorias cerradas como consecuencia de medidas cautelares aplicadas a sus padres en razón de su condición migratoria, o cuando deben acompañar a sus padres expulsados pese a ser nacionales de un país, o cuando sufren la expulsión de sus padres y la ruptura del vínculo familiar. Por ello, al analizar la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes es indispensable vincularla a los derechos de los adultos migrantes.

Es ante estas circunstancias cuando las necesidades particulares de protección de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes migrantes, en virtud de su situación de vulnerabilidad, se visibilizan con especial intensidad.

En un reciente pronunciamiento la Corte IDH ha afirmado el principio relativo a que no debe darse un tratamiento criminal a las situaciones de irregularidad migratoria y tampoco imponerse sanciones de privación de la libertad como consecuencia del incumplimiento de las normas migratorias. También ha restringido sustancialmente la posibilidad de aplicar medidas de privación de la libertad con fines cautelares en los procesos migratorios y ha definido con claridad una serie de garantías de debido proceso aplicables a estos procesos¹⁸. Sin embargo este caso trata sobre un migrante adulto, lo que hace necesario extender y precisar sus preceptos al caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes, cuestiones sobre las que se consulta a la Corte en las preguntas tercera a sexta.

El examen de la posibilidad de detención de migrantes como medida cautelar, debería realizarse bajo un criterio restrictivo y de último recurso y sólo para el caso excepcional de que no pudiera imponerse, o no haya resultado efectiva, ninguna de las medidas alternativas más flexibles, que de manera previa y prioritaria deberían aplicarse. Este principio es importante para evitar el uso abusivo y/o arbitrario de las detenciones administrativas como un dispositivo de control o gestión de los flujos migratorios.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218. En este caso la Corte IDH afirma que “la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Así, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados *supra* y únicamente durante el menor tiempo posible”. Asimismo, destaca que los Estados tienen la obligación de disponer medidas alternativas a la privación de la libertad que cumplan con los requisitos descritos, y que sean menos restrictivas de los derechos fundamentales de las personas migrantes, párrs. 170 y 171.

Los países signatarios de la opinión solicitada ponen el acento en que el deber prioritario de los Estados consiste en diseñar e implementar mecanismos de protección específicos para niños, niñas y adolescentes migrantes dirigidas a asegurar su protección de derechos sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad. Para ello, solicitan a la Corte IDH que especifique las obligaciones del Estado relativas a disponer de otras medidas alternativas a la restricción de la libertad, basadas en la familia y en la comunidad, que sean obligatorias y de previa implementación a cualquier medida de institucionalización para que tornen a la restricción de la libertad en un último recurso¹⁹.

Otro tema objeto de consulta consiste en que en numerosas ocasiones, niños, niñas y adolescentes y adultos migrantes son alojados en centros carcelarios o comisarías policiales. Estas dependencias, por un lado, no han sido destinadas para albergar a personas acusadas de cometer infracciones migratorias y, por otro, no han sido adecuadas a los estándares de derechos humanos en materia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, en diversos países en los cuales existen centros especialmente creados (o acondicionados) para el alojamiento de migrantes, éstos presentan una lógica de funcionamiento que en poco, o nada, se distingue de un régimen penitenciario, lo que incide en la criminalización y estigmatización de la población migrante sin residencia, repercutiendo de manera negativa y perjudicial en la niñez.

El tema relativo a las características que debería tener la adecuación a la situación de los niños, niñas y adolescentes de las garantías procesales y sustantivas es otra de las consultas formuladas a la Corte IDH. La aplicación de dicho sistema de garantías relacionadas con restricciones a la libertad personal debe reunir elementos específicos y diferenciados cuando está en juego la libertad personal de niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, en la región también es notoria la ausencia de un enfoque basado en los derechos de los niños, niñas y adolescentes (ya sean migrantes e hijos de migrantes) en el marco de procedimientos de expulsión de migrantes como sanción a infracciones a la regulación de las condiciones de ingreso y residencia a un país. El principio del interés superior del niño, entendido como la satisfacción integral de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, resulta medular en los procedimientos migratorios.

¹⁹ Ya en el caso Vélez Loor la Corte IDH para los migrantes adultos, afirmó que ante procesos migratorios, y a fin de evitar medidas que restrinjan la libertad personal, “es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas, Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, op. cit.*, párr. 171.

Componentes claves del derecho internacional de los derechos humanos como el principio de no devolución, exigen la adopción de medidas específicas en el marco de los mencionados procesos, que incluyen una serie de estándares concretos dirigidos a asegurar los derechos de la niñez, velar por la protección de su vida e integridad física antes de adoptar la decisión de salida del país de destino.

La octava consulta que se refiere a la Corte guarda relación con la primera de ellas, y apunta a determinar las obligaciones que surgen de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre respecto de los procedimientos para identificar de manera oportuna a niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo o de la condición de refugiados, así como respecto de los procedimientos para resolver medidas adecuadas de protección antes y después de reconocida su condición de refugiado.

En el contexto actual donde se verifica el aumento de flujos migratorios mixtos, las decisiones que se adopten en el marco de los procedimientos sobre solicitudes de asilo deben partir también de un enfoque basado en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a la luz del principio del interés superior, por ejemplo al implementar las garantías procesales, o para decidir las políticas y acciones en materia de soluciones duraderas, entre otras situaciones.

Finalmente, el último punto puesto a consideración de los miembros de la Corte IDH se refiere a los mecanismos de expulsión de padres de niños, niñas y adolescentes residentes o nacionales de países de destino, los cuales también requieren de una profunda revisión desde un paradigma basado en el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que priorice entre otros, el derecho a la vida familiar y el derecho a un desarrollo integral.

IV. RELEVANCIA DE LA SOLICITUD PARA EL BLOQUE

Los derechos humanos hoy no sólo sirven como una herramienta de fiscalización y de protección en casos de violación a los derechos humanos, sino que también funcionan como un marco para las políticas públicas de los Estados. Esto se refleja en la postura que adoptan en la actualidad los Estados frente a los sistemas internacionales de protección, quienes ya no están sólo a la defensiva, sino que hacen un uso más estratégico de las

herramientas internacionales a los efectos de definir o adaptar políticas públicas. Dicho uso estratégico puede observarse en el proceso de elaboración de la solicitud de opinión consultiva.

Los países miembros del MERCOSUR pensaron en la intervención ante la Corte IDH por vía de su competencia consultiva a los efectos de profundizar y precisar los estándares y principios que han sido sentados en sus precedentes sobre niñez y sobre migraciones y asilo, con la idea de fijar tanto un piso común de estándares como un marco conceptual que sirva de referencia insoslayable para, por un lado, ajustar y revisar las leyes y las políticas públicas en esta materia y, por el otro, para los diálogos que los gobiernos de la región tengan a nivel regional y con otros bloques regionales.

En particular en materia de asilo y protección de refugiados, la solicitud podría contribuir a precisar ciertas obligaciones y estándares que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte han avanzado en casos de fondo o medidas de tipo cautelar, pero sobre los que todavía persisten ciertos vacíos respecto de su interpretación y aplicación²⁰. Asimismo podría colaborar en la consolidación de los vínculos entre el marco internacional de protección de derechos humanos -particularmente respecto de niñas, niños y adolescentes- y el de protección de refugiados en lo que concierne a la región, complementariedad en la cual los países del MERCOSUR también han fijado precedentes relevantes que se esbozan en la solicitud.

Además, hay otros objetivos de carácter político que se alcanzan por medio de la iniciativa de consulta ante la Corte IDH que van más allá del tema concreto de la consulta y que se refieren al fortalecimiento del MERCOSUR como bloque. Por un lado, ésta sería la primera opinión consultiva presentada ante dicho tribunal por un bloque subregional lo cual contribuye a consolidar al MERCOSUR como un proceso de integración social y político, y no sólo económico y comercial. Asimismo, sirve como vector para afirmar los derechos humanos como un tema de identidad común del bloque. También, consolida la integración entre el MERCOSUR y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, finalmente, presenta al MERCOSUR como un ámbito de coordinación de políticas y posiciones

²⁰ Véase en este mismo libro Unidad Legal Regional de la Oficina para América del ACNUR, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el desplazamiento forzoso” [N. del Ed.].

comunes en el eje de derechos humanos, migraciones, refugiados, derechos de los niños, niñas y adolescentes y política exterior.

Esta iniciativa de articulación regional de una política pública en el ámbito internacional sirve de antecedente para otras experiencias semejantes. Es por ello que es esperable que la misma pueda ser complementada con decisiones que apunten a fortalecer otras políticas regionales sobre derechos humanos en general y, en particular, respecto del desarrollo e implementación a nivel regional de iniciativas vinculadas al tema que suscitó en primer término el consenso del bloque MERCOSUR para la presentación de la solicitud de opinión consultiva: la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, solicitantes de asilo y refugiados.