

Corte Interamericana de Derechos Humanos

**SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE NIÑEZ MIGRANTE ANTE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

AMICUS CURIAE

presentado por

Gastón Chillier

Centro de Estudios Legales y Sociales

(CELS)

Gabriela Liguori

Servicio de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF)

SE PRESENTAN COMO *AMICUS CURIAE*

Buenos Aires, Febrero de 2012

Dr. Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Corte Interamericana

de Derechos Humanos

Ref: Solicitud de Opinión Consultiva Nro. 21, por parte de Estados del Mercosur

Gastón Chillier en mi carácter de Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Gabriela Liguori, en mi calidad de Directora Ejecutiva del Servicio de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF), con la colaboración de Bárbara Basile, Hilda Inés Gil de Muro, Luciana Salerno y Clara Santamarina, de la Clínica para la Protección de los Derechos de Inmigrantes y Refugiados (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, CAREF y CELS), constituyendo domicilio en la calle Piedras 547, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, se dirigen a usted con el propósito de presentarnos en calidad de *Amicus Curiae*, en el marco del procedimiento de solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante presentada el 7 de julio de 2011 por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante la Corte o Corte IDH-.

I. SOLICITUD DE SER CONSIDERADOS AMICUS CURIAE

Venimos a presentarnos en calidad de *Amicus Curiae* [“amigos de la Corte”], en el procedimiento iniciado a raíz de la solicitud de opinión consultiva realizada por los estados partes del MERCOSUR -Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay-, que tramita ante esta Honorable Corte. El objetivo es someter a su consideración el presente escrito en el que ofrecemos argumentos fácticos y jurídicos que consideramos útiles para el análisis que debe realizarse a fin de pronunciarse.

El Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS] es una organización no gubernamental que trabaja desde el año 1979 en la promoción y protección de los derechos humanos, el fortalecimiento del sistema democrático y el estado de derecho en Argentina. Los principales objetivos de la institución se encuentran orientados a: denunciar las violaciones a los derechos humanos; incidir en los procesos de formulación de políticas públicas basadas en el respeto por los derechos fundamentales; impulsar reformas legales e institucionales tendientes al mejoramiento de la calidad de las instituciones democráticas; y promover el mayor ejercicio de estos derechos para los sectores más desprotegidos de la sociedad. A partir de mediados de los años '90, el CELS comenzó a realizar una tarea de promoción y protección de los derechos de personas en situación migratoria irregular (migrantes y sus familiares que habitan en Argentina). Esta tarea es llevada adelante en la actualidad, mediante el litigio ante órganos administrativos y judiciales argentinos, ante los órganos de control de los instrumentos internacionales de los derechos humanos (Comisión Interamericana, Comités de las Naciones Unidas, Relatorías, etc.), así como a través de investigaciones, publicaciones y acciones de incidencia en la materia.

Por su parte, el Servicio de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados [CAREF] – fundado en el año 1973– es una asociación civil sin fines de lucro, que desde 1973 trabaja por la defensa de los derechos de refugiados, migrantes y desplazados en general. En el momento de su creación buscó dar ayuda a los migrantes que debieron exiliarse como consecuencia de los golpes militares. Luego, con el avènement de la democracia la misión que el CAREF ha asumido socialmente continúa, hoy en día, acompañando historias de migrantes y solicitantes de refugio, mujeres, hombres, niñas y niños de países latinoamericanos, de la ex Unión Soviética y de África, entre otros.

A partir del año 2000, el CAREF sumó en su agenda la temática de la trata y el tráfico de personas como un nuevo eje de trabajo, a través de la investigación, la sensibilización, la incidencia pública y la asistencia de aquellas personas que fueron víctimas de este delito, llevando adelante distintas actividades dirigidas al asesoramiento de migrantes, solicitantes de asilo y refugiados en el país, principalmente a través de un trabajo interdisciplinario.

En el año 2002, el CELS y el CAREF, en conjunto con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, celebraron en junio de 2002 un Convenio por medio del cual se creó la *Clínica Jurídica para la Protección de los Derechos de Inmigrantes y Refugiados*, la cual inició su labor en agosto de 2002.

Desde su origen, la Clínica Jurídica se ha dedicado al asesoramiento y patrocinio jurídico de personas migrantes y/o refugiados víctimas de violaciones de derechos humanos. El objetivo de la clínica es identificar casos testigos que evidencien las prácticas violatorias llevadas a cabo por el Estado mediante las cuales se niega o se restringe el acceso a derechos humanos

fundamentales (derecho a la salud, educación, el acceso a la justicia, el derecho al debido proceso y a la libertad personal) por su condición de extranjeros.

En junio de 2003, el CELS y el CAREF, junto a otras organizaciones, se presentaron como Amicus Curiae en el proceso que dio como resultado la Opinión Consultiva N° 18 de esta Honorable Corte y años más tarde, se presentaron, en el mismo carácter, en el marco del Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, ambos procesos referidos a la temática de los derechos de los migrantes.

II. INTERÉS DEL AMICUS CURIAE

La respuesta a la solicitud de Opinión Consultiva, con relación la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos [en adelante, "CADH"] en lo que se refiere al trato de niños, niñas y adolescentes migrantes¹ -temática que cruza nuestro trabajo cotidiano- es una oportunidad para consolidar estándares de protección del sistema interamericano de derechos humanos desarrollados por esta Corte vinculando los derechos de los migrantes con la particular situación de vulnerabilidad a la que está sujeta el colectivo niñez migrante.

Esta oportunidad se presenta como consecuencia de un sincero interés de los Estados Parte del MERCOSUR que solicitan lineamientos claros, concretos y razonables para poder trabajar en la construcción de políticas públicas respetuosas de los derechos humanos. Sin dudas, la manifestación de la Corte en este sentido implicará un avance en el fortalecimiento del sistema interamericano y repercutirá de manera positiva en el trabajo diario de las organizaciones firmantes.

Cada una de las preguntas que conforman la solicitud de la opinión consultiva reviste especial importancia en tanto se refieren a una de las cuestiones más complejas de la región, esto es, la determinación de pautas interpretativas conforme al principio del interés superior del niño, en respuesta a la cantidad creciente de niños, niñas y adolescentes afectados por la migración. En efecto, los Estados al regular sus políticas migratorias no realizan diferenciaciones en sus normas sobre migraciones entre niños y adultos, situación que afecta el cumplimiento de la obligación de protección. Tal como lo afirma el Sr. Miguel Cillero Bruñol, este principio "no alude, ni puede aludir, más que a la satisfacción de sus derechos fundamentales. El interés superior del niño es, siempre, la satisfacción de sus derechos y nunca se puede aducir un interés del niño superior a la vigencia efectiva de sus derechos."²

¹ Se aclara que a lo largo del presente documento se utilizarán de manera indistinta las expresiones "niños, niñas y/o adolescentes".

² Cillero Bruñol, Miguel, *Infancia Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*, Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, n.º 234. También disponible on line:

Además, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que “El Estado Parte debería aplicar plenamente el principio de no discriminación; por consiguiente, el Comité recomienda que se adopten medidas efectivas para mejorar la situación de los grupos más vulnerables de niños, con inclusión de niñas y niños discapacitados, y que se extienda una protección total a los derechos de los niños inmigrantes ilegales y de los niños no acompañados”.³

En esta oportunidad, y a partir de la experiencia de las organizaciones que suscriben este documento, se abordarán las siguientes preguntas:

- Sistema de Garantías de Debido Proceso: *¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes?*
- La no detención de niños y niñas. Estándares para la aplicación de medidas: *¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de última ratio de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niño/as no acompañados o separados de sus padres?*
- Derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres: *¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación⁴ a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?*

III.I RESPUESTA A LA SEGUNDA PREGUNTA: Sistema de Garantías de Debido Proceso: ¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes?

http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf

³ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Portugal, del 27/11/1995, párr. 21. [U.N. DOC. CRC/C/15/Add.45]

⁴ En este documento utilizaremos de manera indistinta los términos deportación, expulsión y repatriación.

Esta Honorable Corte se ha pronunciado en reiteradas ocasiones a fin de interpretar las garantías de debido proceso reconocidas en la CADH y en la DADH, y lo ha hecho incluso con respecto a cuestiones migratorias⁵. En esta oportunidad la Corte puede analizar las garantías del debido proceso desde la especial protección que requieren los niños migrantes.

En este orden de ideas, es pertinente recordar que el Estado tiene el deber de respeto (artículo 1 de la CADH) y la obligación de adaptar su derecho interno (artículo 2 de la CADH) con el fin de respetar las garantías de debido proceso que se encuentran enumeradas en los artículos 8 y 25 de la CADH, y 25 de la DADH.

Conforme lo ha reconocido esta Honorable Corte, las disposiciones contenidas en los artículos 8 y 25 de la CADH, y 25 de la DADH, se aplican a toda situación en que se deba determinar el contenido y alcance de los derechos de una persona sometida a la jurisdicción de un Estado parte, ya sea que se trate de asuntos de índole penal, administrativa, fiscal, laboral, de familia, contractual o de cualquier otra índole⁶.

En esta misma línea argumentativa se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al reconocer que el artículo 25 de la CADH es igualmente aplicable a los procesos administrativos que involucren cuestiones migratorias. En palabras de la Comisión:

“negar a una alegada víctima la protección del artículo 25 simplemente en virtud de la naturaleza de los procedimientos de inmigración contradiría el objeto mismo de esta disposición y su propósito de examinar de cerca los procedimientos mediante los cuales se establecen los derechos, las libertades y el bienestar de las personas bajo la jurisdicción del Estado”⁷.

Al mismo tiempo, con respecto al alcance del artículo 8 de la CADH, la CIDH dijo que *“establece los elementos básicos del debido proceso a que tienen derecho todos los inmigrantes, cualquiera sea su situación”⁸.*

Por otro lado, adquiere relevancia lo resuelto por la Corte IDH en su Opinión Consultiva N° 18 al reconocer que como los migrantes se encuentran en una situación de desigualdad real, y

⁵ Nos referimos a la Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, cit., a la Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, cit. y a la Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, cit.

⁶ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No 72.

⁷ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso No. 12.534, Andrea Mortlock (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr.83.

⁸ CIDH, *Segundo Informe de Progreso del Relator Especial sobre los Trabajadores Migrantes, Informe Anual 2000*, 16 de abril de 2001, párr. 90

que esta condición puede derivar en la afectación de las garantías de debido proceso, el Estado debe adoptar medidas especiales tendientes a compensar la indefensión en que se encuentran.⁹ De esta forma, se parte de la base de que esta Honorable Corte ya ha reconocido que los procedimientos que involucren a migrantes deben tener en consideración los factores de desigualdad a los que se ven enfrentados cuando son llevados ante la justicia y, por ello, los estados tienen la obligación positiva de adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los intereses de los migrantes.

Ahora bien, la cuestión que debe resolverse en esta oportunidad se refiere a la especial interpretación desde una perspectiva de niñez que debe dársele a estas garantías de debido proceso con respecto a los niños que se ven involucrados a procesos migratorios.

De esta manera, los derechos de los niños migrantes deben interpretarse a la luz de los contenidos de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN). En efecto, los estados tienen obligación de respetar los derechos establecidos en la CDN a todos los niños sin discriminación, que se encuentren dentro de su jurisdicción, lo cual incluye a aquellos que tratan de ingresar al territorio nacional.¹⁰

En este sentido, tal como lo ha afirmado el Comité de los Derechos del Niño, los niños migrantes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, y destaca que el derecho a ser oído debe cobrar una especial relevancia¹¹. El alcance de este derecho implica que, por un lado, puedan ser escuchados por las autoridades competentes y, por otro, el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de adoptar decisiones que los

⁹ Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, cit. párr. 119; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, cit. párr. 121

¹⁰ “Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción (art. 2). Estas obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado. Por otra parte, las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores -sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración”. (Observación general Nro. 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, del 1 de septiembre del 2005, cit. párr. 12.)

¹¹ Observación general Nro. 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, del 1 de septiembre del 2005, cit. párr. 25; *El derecho del niño a ser escuchado*. Observación General Nro. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño, del 20 de julio del 2009, párr. 57 - 67, 123 - 124. [U.N. DOC. CRC/C/GC/12]

incumban. Esto implica, también, que se posibilite su participación activa durante todo el procedimiento.

Al incorporar el derecho de los niños a ser escuchados, la CDN está dando legitimidad jurídica a un hecho casi ignorado por las normas, las instituciones y las prácticas sociales. Por esta razón, saber cuál ha sido la opinión del niño respecto al desplazamiento –decisión que transforma radicalmente su vida- es primordial para poder pensar en forma integral la satisfacción o vulneración de otros derechos. El derecho a ser oído y que sus opiniones sean tenidas en cuenta estructura la lógica del sistema de protección integral de derechos de los niños migrantes.

Para llevar adelante esto, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que el niño entienda¹² al mismo tiempo que deben proveer a los niños un tutor que los represente y que lleve su voz a las autoridades. Esta figura del tutor está determinada por la CDN, y sus funciones están orientadas a asegurar el respeto y ejercicio efectivo de sus derechos. Como destaca el propio Comité, esto incluye el acceso a la información por parte del niño sobre todas las decisiones que vayan a tomarse durante el proceso, así como el derecho a la participación durante el mismo, incluso en lo relativo a la designación del tutor. Por estas razones, es vital que la Corte IDH pueda delinear estándares precisos sobre el papel del tutor, no solamente como garantía procesal sino para que ésta no sea una mera figura tutelar que sea contraria al enfoque previsto en la CDN, es decir, del niño como sujeto pleno de derechos y no como objeto de protección.

Además, es importante destacar que la obligación de respetar y garantizar los derechos de los niños y niñas migrantes, rige durante todo el proceso migratorio –ingreso, tránsito, permanencia y egreso.¹³

Las definiciones que la Corte brinde a esta pregunta tendrán una especial relevancia para analizar en particular en las cuestiones más sensibles para el resguardo de los derechos del niño, esto es, en los procedimientos de expulsión y de rechazo en frontera. Para el primero de los supuestos, la existencia de debido proceso constituye una garantías para salvaguardar el principio del interés superior del niño (por ejemplo, realización plena de sus derechos, como por ejemplo, la identidad, el arraigo, realización de su proyecto de vida y la consideración del

¹² CIDH, *Segundo Informe de Progreso del Relator Especial sobre los Trabajadores Migrantes, Informe Anual 2000*, cit., párr. 99 inciso c. A su vez el Comité de Derechos del Niño, al examinar los procedimientos de repatriación de NNA no acompañados aplicados en España, recomendó que se garantice plenamente el artículo 12 de la CDN, según los estándares definidos en su Observación General Nro. 12 (*Observaciones Finales: España*, del 3 de noviembre de 2010, párr. 29-30 [U.N. DOC. CRC/C/ESP/CO/3-4])

¹³ Cf. *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo*. Informe del Relator el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes del 14 de mayo de 2009, cit., párr. 84.

impacto subjetivo del proceso migratorio) y por tanto, que la expulsión no sea consecuencia de una sanción administrativa.

Con relación al rechazo en frontera, la definición de las garantías del debido proceso, será conducente para proteger el interés superior del niño, siempre y cuando se logre evaluar, por ejemplo, el alcance de la medida que se decida adoptar y se cuente con la necesaria intervención de una representación legal para asegurar el cumplimiento de las garantías procesales ante la medida restrictiva en defensa de sus derechos. Todas estas son cuestiones que de ninguna forma podrán dilucidarse en la frontera por las características específicas de la evaluación requerida (rápido, expedito, sin el correspondiente análisis requerido y evaluación de todas las circunstancias).

Por lo demás, con relación al alcance de las obligaciones de derechos humanos en la frontera conviene señalar lo dicho por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva en la que estableció que la CDN también debía ser aplicada por el Estado aún fuera de su territorio.¹⁴

III. II RESPUESTA A LA TERCER PREGUNTA: La no detención de niños y niñas. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un proceso migratorio. ¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de última ratio de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niño/as no acompañados o separados de sus padres?

Bajo la órbita del derecho internacional de los derechos humanos la protección del derecho a la libertad personal implica que la privación de libertad es una medida excepcional¹⁵ lo cual conlleva que la decisión de adoptar una medida cautelar de detención en el marco de un procedimiento migratorio que involucra de alguna manera un niño o niña, debe ser tomada sobre la base de un enfoque de los principios de *favor libertatis*, protección integral de los derechos del niño y unidad familiar.

¹⁴ “Con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ese instrumento contiene un artículo 2 según el cual los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la ... Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción. ... La Convención es en consecuencia aplicable en el territorio palestino ocupado”. (Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, publicado por Naciones Unidas el 13 de Julio de 2004, párr 113.)

¹⁵ CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553 (Fondo) Jorge, José y Dante Peirano Basso (República Oriental del Uruguay) del 6 de agosto de 2009, párr. 93

En el sistema universal de derechos humanos, es el artículo 9.1 del PIDCP el que dispone que *“todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”* y que *“nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias”*. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que supervisa la implementación del tratado, en su Observación General 8 ha sostenido que este artículo se aplica a todas las formas de privación de la libertad, inclusive las relacionadas con el control de la inmigración¹⁶.

El artículo 16.4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que

“Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias; no serán privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca”.

Por su parte, la CIDH¹⁷ y la Corte IDH¹⁸ han establecido que en el caso de detención por razones migratorias, el estándar sobre la excepcionalidad de la privación de libertad debe considerarse aún más elevado debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal,¹⁹ y esto así toda vez que *“...los inmigrantes irregulares no son delincuentes per se, por lo que no deben ser tratados como tales...”*²⁰.

Por ello, según la CIDH, para satisfacer las garantías contenidas en los artículos 1 y 25 de la DADDH, los Estados deben establecer leyes y políticas de inmigración que partan de una presunción de libertad. Es decir que el migrante tiene derecho a permanecer en libertad durante todo el procedimiento migratorio no existiendo ningún tipo de presunción en la detención²¹. El Comité de Derechos Humanos consideró que la detención preventiva podría

¹⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 8, “El Derecho a la Libertad y a la Seguridad Personal,” párr. 1

¹⁷ CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, del 30 diciembre 2010, párr.38.

¹⁸ Corte IDH *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218

¹⁹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. cit., párr. 169

²⁰ ONU, Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85 (30 de diciembre de 2002)

²¹ CIDH, “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, 2008. El Principio III.2 afirma que *“Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad”*

considerarse arbitraria si no está justificada en todas las circunstancias del caso y que debe realizarse con base en un análisis individual.²²

Pero estos estándares adquieren otra dimensión cuando un niño o niña pueda verse afectado por una decisión de privación de la libertad. Para el caso de niños migrantes el análisis de cada caso individual, debe incluir el principio del interés superior, de manera que la medida cautelar que se adopte, sea consecuente con éste. En este sentido, un espacio de encierro nunca podría configurar un ámbito propicio para el desarrollo y crecimiento de un niño o niña y la realización plena de sus derechos. Tampoco la privación de la libertad de un niño no podrá justificarse en la protección de la familia,²³ por lo que los estados deben proponer:

*“...alternativas al internamiento de las familias cuando los padres sean internados únicamente como consecuencia de su estatus migratorio, teniendo presente el necesario equilibrio entre la necesidad de proteger la unidad de la familia y el interés superior del niño. En los casos excepcionales en que se decida el internamiento de algún niño, debería hacerse en un lugar que garantice su protección y bienestar integral, teniendo en cuenta el respeto de los derechos del niño a la educación, la atención de la salud, el ocio, la asistencia consular y la representación jurídica, entre otros”.*²⁴

Por ello, si existen niños o niñas que pueden verse afectados por la detención de un adulto, siempre deberá adoptarse aquella medida que redunde en su mejor interés, teniendo en cuenta los principios de no detención de niños, la detención como medida de último recurso, la preeminencia del derecho a la reunificación familiar, y la posibilidad de adoptar medidas que sean menos gravosas o perjudiciales para la persona del migrante y su familia, en especial los niños y niñas, tal como lo ha expuesto la CIDH se “*debe considerar en primer lugar el interés superior del niño y utilizar mecanismos alternativos a la detención, que al mismo tiempo preserven la unidad de la familia*”.²⁵

Además, se señalan argumentos que sustentan la prohibición de detener a un niño migrante.

²² Comité de Derechos Humanos, *C. c. Australia*, Comunicación No. 900/1999, CCPR/C/76/DE/900/1999, 13 de noviembre de 2002.

²³ Cf. *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo*. Informe del Relator el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes del 14 de mayo de 2009, cit., párr. 62

²⁴ *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo*. Informe del Relator el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes del 14 de mayo de 2009, cit., párr. 107

²⁵ CIDH, Relatoría de Derechos Humanos de Migrantes, *Informe Preliminar de su Visita a México*, del 2 de agosto de 2011, Anexo al Comunicado de Prensa 82/11.

Ya ha dicho la Corte que el desarrollo del niño “y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”²⁶ Por lo tanto, no es acorde con la protección de los derechos fundamentales que un niño que su vida se desenvuelva en lugares que impliquen un riesgo para su vida y normal desarrollo.

En este sentido, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha manifestado que “...la detención de un niño por cuestiones migratorias nunca será en su interés superior”²⁷. Por lo tanto, como los Estados se ven obligados a respetar este derecho, el poder controlar y regular la inmigración irregular, debe reflejarse en la búsqueda de alternativas orientadas al interés superior del niño donde él pueda desarrollarse libremente, teniendo acceso a la educación, al cuidado de la salud, al ocio, a lugares de recreación y esparcimiento.

Es más, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) para las Migraciones sugiere que el principio de no detención –que se ha cristalizado en el derecho internacional de los refugiados- debe aplicarse con el mismo ímpetu en niños migrantes.²⁸

El Comité de Derechos del niño ha establecido que:

“En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, no deberá privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente por que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. Cuando la privación de libertad esté excepcionalmente justificada por otras razones, se ajustará a lo dispuesto en el párrafo b) del artículo 37 de la Convención, en cuyos términos se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Por consiguiente, deberá hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los

²⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. cit., pág. 137.

²⁷ *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo*. Informe del Relator el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes del 14 de mayo de 2009, cit., parr. 62.

²⁸ Cf. Migration Law Nro. 15. *Human Rights of Migrant Children*. Organización Internacional par alas Migraciones, pg. 34. Disponible en http://www.globalmigrationgroup.org/uploads/gmg-topics/children/1.C_Int_Migration_Law_N_15_Human_Rights_IOM.pdf

*menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento*²⁹.

Respecto a los niños, se ha manifestado que

...no debe privarse de su libertad a los migrantes únicamente a causa de su estatus migratorio y que, según la Observación general N° 6 del Comité de los Derechos del Niño, como norma general, no debería internarse a los niños migrantes no acompañados...³⁰

En el mismo sentido se sostuvo:

“Los menores no acompañados nunca podrán ser detenidos por razones relacionadas con su estatus de inmigrante. En este concepto se incluye, por ejemplo, la detención en la frontera, en zonas internacionales, en centros de detención de menores, en calabozos de la policía, en cárceles u otros centros de detención especiales para menores”.³¹

Por lo tanto, a partir de lo señalado, la detención de niños migrantes es incompatible con las obligaciones de la CADH.

III. III. RESPUESTA A LA NOVENA PREGUNTA: Derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres. ¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

²⁹ Observación general Nro. 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, del 1 de septiembre del 2005, cit. parr. 61.

³⁰ *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo*. Informe del Relator el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes del 14 de mayo de 2009, cit., párr. 103

³¹ Declaración de Buenas Prácticas 2004 (STATEMENT OF GOOD PRACTICE) Separated Children in Europe Programme, punto 9: Protección contra la detención

En la normativa migratoria de la región existen lagunas en relación con la vulneración de los derechos del niño al momento de dictar una orden de expulsión. Estas omisiones configuran un obstáculo para asegurar el respeto del derecho de la vida familiar³².

La Corte IDH ha analizado la cuestión de la unidad familiar:

*... el derecho a la vida privada y familiar (comprendiendo el derecho a la unidad familiar)...; ese es un tema que trasciende a la dimensión puramente estatal o interestatal y que tiene que ser abordado a la luz de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados.*³³

Las medidas de expulsión de padres se encuentran en contradicción con varios de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el principio pro homine o el principio de proporcionalidad.

Si tal como afirma la Corte Interamericana apoyándose en las Directrices de Riad 99, “*la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño*” y por ende “*los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar*” su integridad, resulta evidente que una infracción administrativa (en este caso, la irregularidad migratoria) no configuraría una conducta justificante de una medida que implicara la separación entre padres e hijos³⁴.

En virtud de la obligación positiva de los estados de actuar de conformidad con el interés superior del niño, se debe constatar, previo al dictado de una orden de expulsión, cómo la decisión afectará a los niños en cuestión. Una orden de expulsión sobre uno o ambos progenitores causa la separación de la familia y extiende sus consecuencias afectando también a los niños. El desconocimiento de la existencia de los vínculos familiares implica una violación clara y directa de los derechos humanos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.³⁵

³² Cf. *Estudio Sobre Los Estándares Jurídicos Básicos Aplicables a Niños y Niñas Migrantes en Situación Migratoria Irregular en America Latina y El Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección.* UNLAM UNICEF, cit.

³³ Corte IDH, Opinión consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003, cit. párr. 35

³⁴ Cf. Corte IDH, citada en *Estudio Sobre Los Estándares Jurídicos Básicos Aplicables a Niños y Niñas Migrantes en Situación Migratoria Irregular en America Latina y El Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección.* UNLAM UNICEF, cit.

³⁵ OEA, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, “Migraciones de Niñas, Niños y Adolescentes bajo el enfoque de Derechos” en

http://www.iin.oea.org/iin/cad/actualizacion/pdf/3_1/Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf

En este sentido, la CIDH ha señalado que los procedimientos de expulsión de adultos migrantes deben garantizar que los derechos e intereses de sus hijos serán tomados en cuenta, ya que la decisión tendría un impacto dramático sobre su bienestar y desarrollo. Subrayó además, que un Estado no puede dejar librada a los padres (que serían expulsados) una elección entre, por un lado, “el amor y cuidado” a sus hijos en un contexto de pobreza, o por el otro, los “beneficios de salud, educación y bienestar” de los niños en un país con servicios como educación y salud eficientes. Por esta razón, la Comisión resalta la relevancia de incluir la perspectiva e intereses del niño en esos procesos”³⁶

Es aquí donde cobra relevancia la correcta interpretación del derecho a la unidad familiar en procedimientos migratorios. De esta forma, se puede coincidir con el IPPDH en que “es imposible concluir que la separación provocada por la expulsión de los padres en razón de su irregularidad migratoria, constituya la medida más adecuada y respetuosa de los derechos del niño”.³⁷

Por lo tanto los estados incurren en responsabilidad internacional, cuando la autoridad migratoria no realiza una evaluación exhaustiva tendiente a establecer si la persona de cuya expulsión se trata afectará el interés superior de los niños que tenga a su cargo. De esto se desprende que en los casos donde una expulsión afecte la realización plena de los derechos de un niño, el Estado debe abstenerse de dictarla.

IV. Conclusión

La solicitud de la opinión consultiva realizada por los estados miembros del MERCOSUR resulta de vital importancia para el desarrollo y crecimiento del SIDH.

El interés demostrado por los estados consultantes pone de relieve el debate que se suscita en la región y la preocupación de la comunidad americana de dar respuestas a una situación que, si bien el derecho internacional de los derechos humanos no ha dejado de lado, las prácticas estatales no lo tienen en cuenta al momento de diseñar y aplicar políticas públicas en materia migratoria.

De todo lo que fue expuesto en esta presentación, resulta central que se destaque, en el marco de la problemática de la niñez migrante, el principio al interés superior del niño³⁸, el

³⁶ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, del 28 de febrero de 2000, También CIDH: Wayne Smith, Hugo Armendariz c. Estados Unidos de America, del 12 de julio de 2010, párrafo 158 y 159

³⁷ IPPDH – MERCOSUR “Solicitud...” pp 40

³⁸ Art. 3 de la CDN

principio de protección especial de la niñez y protección integral del niño y el principio de unidad familiar.³⁹

La lógica de protección invita a repensar las medidas destinadas a regular las políticas migratorias de los estados americanos. En la medida en que los derechos de los niños y niñas se vean afectados, el estado debe garantizar el interés superior del niño. Esta afirmación implica que el estado está obligado no solo a evitar medidas que puedan vulnerar los derechos del niño sino incluso a implementar medidas de acción positiva que hagan posible el goce de dichos derechos.

El desafío para los Estados es lograr políticas públicas que reflejen el compromiso para garantizar los derechos humanos a la luz de los principios vinculados con la protección de niños y niñas. En el caso de la niñez migrante el desafío es aun más profundo ya que implica revisar los mecanismos de regulación migratoria.

En particular, la decisión de imponer medidas de expulsión que puedan afectar a niños y niñas (ya sea por que se expulsa al menor o a su grupo familiar o porque se produce un rechazo en frontera) debe sin duda ser coherente con los principios rectores ya enunciados: interés superior del niño, principio de protección y de unidad familiar. Más allá de la necesidad de evaluar cada caso en particular, se puede afirmar que en la generalidad de los casos la medida de expulsión se opone a estos tres principios fundamentales. La expulsión de niños y niñas tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar en virtud de contraponerse al derecho a la unidad familiar, al derecho de arraigo, a la identidad, derecho a la distinción entre niños y adultos y al principio de no criminalización de la migración.

Deviene imprescindible la opinión de la Corte IDH, para que en su carácter de máximo intérprete de la CADH, brinde las pautas que guíen la correcta aplicación de los derechos que reconoce el instrumento interamericano, haciendo al máximo goce y ejercicio de los derechos humanos de los niños y niñas migrantes.



Gastón Chillier

Director Ejecutivo CELS



P/ Gabriela Liguori -

CAREF

³⁹ Art. 8 CDN y art. 17 de la CADH