



Solicitud de Opinión Consultiva de los Estados del MERCOSUR sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes ante la Corte IDH

Resumen Ejecutivo

El respeto de los derechos humanos en las políticas migratorias es un tema destacado en la agenda de los países miembros del MERCOSUR y del resto de los otros países de América Latina y el Caribe. Estos países han incorporado la temática migratoria en diversos foros y espacios de interlocución internacional (tales como la Conferencia Sudamericana de Migraciones y el Foro Global de Migración y Desarrollo) y han suscripto acuerdos bilaterales, regionales y subregionales que reconocen derechos humanos de los migrantes con independencia de su condición migratoria, además de haber suscripto los principales tratados internacionales sobre derechos humanos y en particular sobre derechos de la infancia.

En este contexto regional, en la XVIII Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías (RAADDHH) del MERCOSUR y Estados Asociados, los Estados participantes decidieron impulsar una solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH en relación con la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Para ello, le otorgaron al Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) el mandato para elaborar el texto final de la solicitud, el cual fue aprobado por la RAADDHH en la reunión de Asunción en el mes de abril de 2011. Un actor central en este proceso fue la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@Sur de la RAADDHH, quien promovió el desarrollo de la solicitud desde sus inicios y en todas sus etapas.

La decisión de los países signatarios de presentar conjuntamente una solicitud de opinión consultiva ante el máximo tribunal del sistema interamericano de derechos humanos, expresa una tendencia hacia la coordinación de posiciones sobre aquellos temas de alto interés público que presentan una incidencia fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región. Además, esta iniciativa es indicativa del firme compromiso de nuestros gobiernos con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el cual es concebido como una pieza clave del sistema de garantías de protección de derechos humanos en el continente americano.

En particular, cabe señalar que iniciativas tales como la presentada sin dudas contribuirá en los esfuerzos de los Estados de la región por adecuar su legislación, su política migratoria y de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes a este piso común de estándares jurídicos regionales, sirviendo además como base para los diálogos bilaterales con los países centrales y las posiciones comunes de los Estados y del bloque MERCOSUR en los foros regionales y globales.

Más allá de los importantes avances realizados en la adecuación de la normativa migratoria a los estándares del derecho internacional de derechos humanos, todavía existe en el



continente una situación grave y pendiente de afectación de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que migran por motivos económicos, sociales, culturales o políticos.

En la región de América Latina y el Caribe unos 25 millones de personas han migrado hacia países de América del Norte y Europa, y otros 6 millones se han desplazado hacia países de la región. Los niños, niñas y adolescentes afectados de una u otra forma por la migración internacional representan un número significativamente más alto.

De acuerdo con la opinión de diversos organismos internacionales de derechos humanos, las personas migrantes en 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 vulnerabilidad. 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 de migrantes) y de otros actores concernidos.

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 el concerniente a los procedimientos y mecanismos institucionales para identificar las distintas situaciones de riesgo en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes para el ejercicio de derechos. Es notoria la falta de tales procedimientos en los países de la región, ausencia que impide identificar en los flujos migratorios mixtos 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.

Por otro lado, la ausencia de un enfoque basado en la protección de los derechos de la niñez y de su vinculación con políticas migratorias, también puede observarse en la falta, en varios sistemas legales, de garantías procesales 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 en los cuales puedan defender sus derechos (por ejemplo, proveyendo un tutor a niños, niñas y adolescentes no acompañados).

Todavía muchos sistemas legales permiten que los niños, niñas y adolescentes vean restringida su libertad personal por motivos migratorios. 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, 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, niñas y adolescentes, pueden implicar restricciones a la libertad y llegar a la detención de adultos y de niños, niñas y adolescentes migrantes.

Por este motivo, sin desmedro de la abundante jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en la materia, los países firmantes de la solicitud de opinión consultiva estimaron importante que dicho tribunal especifique aún más sus estándares respecto de los niños, niñas y adolescentes migrantes consultando específicamente sobre las garantías que debieran regir en los procesos migratorios que los involucra.

Además, otra circunstancia que tiene un impacto directo sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es la propia condición migratoria de sus padres. 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.

Los países signatarios de la opinión consultiva peticionada 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 recurso.

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.

En el contexto de aumento de flujos migratorios mixtos se hace además necesario contar con sistemas adecuados para identificar de manera oportuna el ingreso de niños, niñas y adolescentes eventuales solicitantes de asilo o refugio, y tener disponibles procedimientos claramente establecidos para resolver medidas adecuadas de protección antes y después de reconocida su condición de refugiado.

Finalmente, el último punto puesto a consideración a 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 del niños, niñas y adolescentes, que priorice entre otros, el derecho a la vida familiar y el derecho a un desarrollo integral.

Concretamente, teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente donde se establecen los puntos prioritarios de preocupación de los gobiernos que suscriben la solicitud de opinion consultiva, los países signatarios sometieron las siguientes cuestiones a consideración de la Corte IDH:

1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes;
2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes;
3. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes.
4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal.
5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios.
6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios.
7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes.
8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio.
9. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.

Estos temas seleccionados no agotan el repertorio de cuestiones problemáticas relativas a los derechos humanos de la niñez migrante, pero por cuestiones metodológicas los países signatarios de la solicitud consideraron que constituyen un conjunto de problemas íntimamente vinculados y que podrían ser tratados por la Corte IDH. Son cuestiones que permitirían a la Corte desarrollar y profundizar principios jurisprudenciales y reglas de interpretación de la Convención Americana ya insinuadas en sus precedentes.