

## **2012 Day of General Discussion of the Committee on the Rights of the Child The Rights of All Children in the Context of International Migration**

### **Presentación del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR**

La solicitud de una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes por parte de los Estados del MERCOSUR, y otras experiencias sobre esta materia al interior del Bloque Regional

### **I. INTRODUCCIÓN**

El Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR -en adelante, IPPDH- es un organismo regional creado por el Consejo del Mercado Común en el año 2009, con sede permanente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina. El IPPDH tiene como funciones principales la cooperación técnica, el apoyo a la coordinación de políticas regionales en derechos humanos, y la investigación aplicada. Este organismo tiene el objetivo de contribuir en el diseño, implementación, evaluación y consolidación de las políticas públicas en derechos humanos como eje fundamental de la identidad, el desarrollo y la integración de los países plenos y asociados del MERCOSUR. Tiene como contrapartes nacionales a las Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías de los Estados Miembros y Asociados del MERCOSUR quienes se reúnen semestralmente en un espacio especializado conocido como la RAADDHH en el cual se coordinan actividades e iniciativas a nivel regional. En el ámbito específico de la RAADDHH funciona una Comisión Permanente llamada Iniciativa Niñ@Sur que tiene como función principal institucionalizar la temática de derechos humanos de niños, niñas, y adolescentes en el ámbito de la región. Este espacio ha sido el promotor de la presentación de una solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante, Corte IDH- por parte de los Estados Miembros del MERCOSUR, que contó con la asistencia técnica del IPPDH.

Cabe señalar que los países miembros del MERCOSUR han incorporado la temática migratoria en diversos foros y espacios de interlocución internacional (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 del niño.<sup>1</sup>

Esto permitió que, en una iniciativa sin precedentes en la región los, en aquel entonces, cuatro países miembros del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, firmaran y presentaran conjuntamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante,

---

<sup>1</sup> 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.

Corte IDH) una solicitud de opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes. La solicitud ha sido declarada admisible por la Corte IDH y en el mes de febrero de 2012 finalizó el plazo para las presentaciones de *amicus*, por lo que se espera la realización de una audiencia, y luego la decisión del Tribunal.

El documento presentado expresa una posición común de los países firmantes en materia de protección de los derechos de los niños y niñas migrantes, siendo además el resultado del trabajo de los Estados del MERCOSUR en la materia, así como también de la articulación con otros actores relevantes en esta temática. Cabe destacar que esta iniciativa contó con el apoyo de las Presidentas y los Presidentes de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR, quienes reunidos en la ciudad de Montevideo el día 20 de diciembre de 2011 “destacaron la formalización de una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que por primera vez en la historia de la misma cuatro países de manera conjunta se hicieron presente en el máximo órgano jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos”.<sup>2</sup>

## II. EL ORIGEN DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

En el ámbito de las Reuniones de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, específicamente en el marco de una de las Comisiones Permanentes vinculada con la promoción y protección de los derechos del niño, la mencionada Iniciativa Niñ@Sur, 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 Región. 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. Finalmente, el texto de esta solicitud fue encomendado y elaborado por el IPPDH.

El documento final de solicitud de opinión consultiva elaborado por el IPPDH fue aprobado por la XIX RAADDHH en el mes de abril de 2011 en Asunción, Paraguay. Previamente a su aprobación, el proyecto de opinión consultiva fue discutido y consensuado en el seno de la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@Sur por los representantes de los países miembros del MERCOSUR. En este ámbito, contó además con la adhesión de los representantes de los países asociados del MERCOSUR. Cabe destacar que el proyecto de opinión consultiva

---

<sup>2</sup> Comunicado Conjunto de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR, XLII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común, 20 de diciembre de 2011.

fue confeccionado luego de un intenso proceso de consulta y articulación de partes y posiciones de diversos actores el cual fue llevado a cabo por el IPPDH. Para la elaboración del texto de la solicitud de opinión consultiva el IPPDH utilizó distintos estudios académicos, documentos e información provista por expertos/as en temas de migración 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, niñez, derechos humanos, relaciones exteriores) a los efectos de informarles del trabajo, conocer su parecer e involucrarlos en el mismo.

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 han enunciado posiciones acerca del alcance que debería darse a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los temas propuestos. 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 destacó por la excelente predisposición de todos los actores involucrados.

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 es 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 SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA: los estándares de derechos humanos en materia de protección de niños, niñas y adolescentes migrantes propuestos por los Estados del MERCOSUR**

La idea de elaborar una solicitud de opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes surgió en virtud de la concreta existencia de una situación grave y pendiente de afectación los derechos humanos de este grupo que migra por motivos económicos, sociales, culturales o políticos en el continente. El tema objeto de la 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 con el sistema de protección de derechos de la niñez. Este déficit 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 de manera irregular.

Dicha falta de articulación entre políticas migratorias 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. A continuación se describen los nueve temas que han sido sometidos a consideración de la Corte.

## **1. Los procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes**

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 ausencia 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

La identificación es en particular apremiante respecto de niños, niñas y adolescentes cuya migración 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 amplia gama de situaciones que rodean el ingreso de un niño a un país exige a los Estados actuar y procurar que la identificación sea efectiva, bajo un enfoque de protección integral de los derechos de niños/niñas. Es decir, con la debida diligencia, debería identificarse, caso por caso, el tipo de problemas que afecta al niño/a, los derechos afectados –o potencialmente afectados (amenazados)-, así como las causas que los originan y los factores que contribuyen a potenciarlos. Ello significa iniciar las acciones del Estado con un proceso que permita determinar claros cursos de acción, identificando los niños/as que se encuentran no acompañados y separados, aquellos que son víctimas de trata, solicitantes de asilo/refugio o migrantes, entre otros.

Asimismo, los Estados entienden que estos procedimientos deberían ser oportunos e idóneos. Se debería contar con personal debidamente capacitado que efectúe entrevistas a los niños/as, en un lenguaje comprensible, no invasivas, ni intimidatorias, respetuosas de la

perspectiva de género, brindando al niño/a información sobre el propósito de la misma y el objetivo de la obtención de información, la cual debería ser confidencial. Además, los sistemas y aparatos estatales administrativos que implementan políticas migratorias deberían contar con la capacidad técnica de evaluar a la luz del interés superior del niño, la adopción de medidas especiales de protección de derechos en las diferentes fases o instancias de un procedimiento migratorio. El tratamiento diferenciado de los derechos de los niños y el objetivo de alcanzar su protección integral, debe conducir a una evaluación estricta de las consecuencias jurídicas, sociales, culturales y personales que puede suponer para el niño/a medidas tales como la deportación, cualquiera sea la modalidad o nombre que ésta tenga. En diversos países de la región, los niños y niñas pueden ser deportados en razón de su condición migratoria o la de su familia con total prescindencia del análisis de otras consideraciones basadas en su interés superior y afectando sus derechos fundamentales. La expulsión no debiera concebirse como sanción por la irregularidad migratoria y la repatriación. En cualquier caso, una medida de retorno al país de origen debería ser una medida cuya idoneidad debiera ponderarse en función de un enfoque de protección integral de derechos de los niños y niñas y realizarse en estrictas condiciones de seguridad para ese niño. En definitiva, resulta fundamental que los procedimientos migratorios o aquellos que puedan decidir sobre el retorno o la repatriación de niños estén guiados por el objetivo de determinar en cada caso concreto cuál es la medida más respetuosa de sus derechos.

## **2. El sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes**

La segunda cuestión planteada por el MERCOSUR es la referida a las garantías en los procedimientos migratorios en los que se encuentren involucrados niños. Al respecto, la Corte IDH ha determinado que “los estándares internacionales reconocen, con particular intensidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que cualquier actuación de los órganos estatales en un proceso administrativo o jurisdiccional debe respetar el debido proceso legal y que estas garantías mínimas se aplican en todos los órdenes en los cuales puedan afectarse los derechos de las personas, lo que incluye los procedimientos de índole migratoria [...] Sin perjuicio de que los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes “indocumentados”, esas medidas “deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana””. En la misma línea, la Corte IDH en su reciente jurisprudencia ha delimitado con claridad las garantías del debido proceso que deben respetarse a lo largo de todo el procedimiento migratorio y ha señalado que “el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio”.

Ahora bien, la intención de los Estados signatarios es determinar cómo se aplican dichos estándares para el caso específico de niños, niñas y adolescentes que se encuentren sometidos a un procedimiento migratorio. De esta manera, entienden, entre otras cuestiones, que para los niños migrantes el derecho a ser oído -consagrado en el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño- cobra una especial relevancia. También respecto de los niños/as no



acompañados o separados de sus familias es de suma importancia, a fin de garantizar eficazmente sus derechos, brindarles acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica, y nombrarles un tutor y representante legal a fin de defender sus derechos, intereses y asegurar su bienestar.

Cabe tener en cuenta que la dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza a la seguridad de los niños y niñas, dejándolos expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos. Estas garantías deberían ser tenidas en cuenta también en el marco de todos los procedimientos en especial para determinar la opción más adecuada al caso. Como también lo ha señalado la Corte IDH en ejercicio de su función consultiva, las garantías reconocidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana deben relacionarse con las medidas de protección especial establecidas en el artículo 19, debiendo adoptar medidas para la específica protección de los derechos de los niños. En esta línea, ha manifestado que “la obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar en particular en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”.

Por último, un problema recurrente que enfrentan los niños/as migrantes es el debate en torno a las modalidades y criterios para la definición de su edad. En muchos casos, los niños y niñas se encuentran en el país de tránsito o destino sin ningún documento que acredite su identidad y su edad, ante lo cual suelen ser tratados como adultos y no se les brinda la atención y protección adecuada a su condición. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que la determinación de la edad debe tomar en cuenta no sólo el aspecto físico del individuo sino también su madurez psicológica, y que la evaluación debe realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al respeto de sus derechos y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando su dignidad humana y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, ante la imposibilidad de establecer con certeza la edad se lo trate como niño/a.

### **3. Los estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes**

La tercera consulta está vinculada con los estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niños y niñas migrantes. 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, en particular por el Comité de Derechos del Niño, 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 resguardos de mínima razonabilidad, ni evaluación de medidas alternativas, ni las correspondientes garantías de debido proceso.<sup>3</sup>

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. Igualmente, 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.

La Corte IDH ha sido enfática al afirmar que “la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias”, y que “[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”. También estableció al referirse a la situación de las personas migrantes que las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto y únicamente durante el menor tiempo posible. Y señaló que la medida privativa de libertad debe estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional.

Siguiendo los estándares previstos por el Tribunal Interamericano en materia de personas migrantes, la posición del Bloque Regional es que al referirse a niños, niñas o adolescentes el principio debe ser la prohibición de la detención o privación de su libertad. Los Estados firmantes entienden por privación de libertad toda forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente conforme establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, sostienen que

---

<sup>3</sup> 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 el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

en el caso específico de los niños que se encuentran acompañados, al momento de tomarse decisiones por parte de las autoridades competentes, debería ponderarse el derecho a la unidad familiar del niño, su derecho a un adecuado nivel de desarrollo, su derecho a la educación, a la salud, al esparcimiento y al juego, entre muchos otros. Por ello, a fin de garantizar los derechos de los niños debería prevalecer, antes que la detención de la familia, el mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de la libertad.

En cuanto a los niños/as migrantes no acompañados o separados de sus padres, los organismos internacionales subrayan, como principio general, que no deberían nunca ser privados de libertad. De esta manera, las medidas cautelares que podrían adoptarse en el marco de los procedimientos migratorios deben priorizar las soluciones basadas en la familia y en la comunidad y no en el alojamiento en instituciones hasta tanto se resuelva de manera definitiva su situación. La privación de la libertad no podría, de ningún modo, ser en el “interés superior del niño”, en tanto afecta sus derechos fundamentales, por lo que debería recurrirse a medidas de otra naturaleza. Finalmente, tomando en cuenta los estándares que han sido fijados la Corte IDH, señalan que el alojamiento en espacios de cuidado con fines cautelares que pueda implicar algún grado de restricción a la libertad ambulatoria de niños/as migrantes, requeriría en primer lugar, que una ley formal autorice y regule esa posibilidad y que de manera expresa lo haga como una opción de última ratio, dando prioridad a aquellas medidas que no cercenen el derecho a la libertad personal. A su vez, la normativa debería establecer las causas particulares concretas que habilitan a las autoridades competentes a utilizar este último y excepcional recurso, a fin de asegurar fehacientemente que se trata de una restricción estrictamente necesaria para brindar una protección adecuada a los derechos del niño y que constituye una medida proporcional al objetivo que se busca alcanzar.

#### **4. Las medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal**

Los países signatarios de la opinión solicitada ponen el acento en que el deber prioritario de los Estados consiste en diseñar políticas dirigidas a asegurar la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad. Para ello el Estado debe disponer de otras acciones y creación de otros mecanismos idóneos alternativas a la restricción de la libertad que sean obligatorias y de previa implementación a cualquier medida de institucionalización, para que la tornen un último recurso. Así lo afirmó la Corte IDH en el marco de un caso contencioso relativo a la situación de una persona adulta migrante: “es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas”.

En lo que refiere a los niños no acompañados o separado de sus padres es fundamental la implementación de las “Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños” que brinda como ejemplo el cuidado por parte de otros familiares o referentes afectivos del niño, o la permanencia con familias de acogida de la comunidad, o en hogares de guarda entre otras opciones. Para el caso de los niños que se encuentran con sus familias, y a fin de garantizar el principio de unidad familiar, se pueden tomar como ejemplo las



medidas que han receptado las legislaciones de países de la región tales como, Venezuela, Costa Rica o México, entre las que pueden mencionarse la presentación periódica ante la autoridad de aplicación, establecer domicilio en el lugar de residencia, no ausentarse del lugar de residencia sin previa autorización, prestación de una caución monetaria, presentación de una persona o institución como garante de la comparecencia, entre otras.

En la misma línea, el Relator de la ONU sobre Derechos de los Migrantes señaló que las políticas estatales deben incluir opciones expresamente adecuadas para los niños y niñas migrantes, tanto cuando se encuentren con su familia como en caso de no estar acompañados. Y afirmó que las decisiones acerca de qué medida adoptar en cada caso deberán respetar ciertos recaudos básicos de legalidad, razonabilidad y debido proceso adjetivo. En definitiva, los Estados del bloque señalan que a fin de evitar la detención cautelar, deberían implementarse soluciones alternativas basadas en la familia y en la comunidad tales como: la búsqueda en el país receptor de familia ampliada o referentes afectivos que pueda responsabilizarse por el niño o niña; otras medidas de alojamiento recurriendo a familias sustitutas; la exigencia de una caución juratoria (compromiso jurado ante la autoridad competente); la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes (niños/as y, en su caso, sus padres) en las diferentes etapas de los procesos (administrativos y judiciales) ligados a su ingreso y/o residencia en el país, como podría ser la presentación periódica en determinada institución pública; el nombramiento de un garante, entre otras.

## **5. Las obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios**

En que en numerosas ocasiones, niños, niñas y adolescentes y adultos migrantes son alojados en centros carcelarios o comisarías policiales. Al respecto, los Estados son enfáticos en afirmar que las personas migrantes nunca pueden ser alojadas en establecimiento carcelarios u otros destinados a personas condenadas o acusadas de haber cometido infracciones de naturaleza penal. La detención en este tipo de instituciones resulta total y absolutamente incompatible con las garantías básicas de los derechos humanos. La Corte IDH afirmó que de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, los migrantes deben ser alojados en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de la posible detención de una persona por su situación migratoria.

Asimismo, destacó que los lugares de alojamiento deben encontrarse diseñados a los fines de garantizar condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal, y cuyo personal esté debidamente cualificado, evitando en lo posible la desintegración de los núcleos familiares. En este sentido, los firmantes señalan que los Estados deberían contar con lugares y recursos adecuados que permitan el alojamiento de familias a fin de garantizar la unidad familiar. En cuanto a las condiciones de alojamiento resulta imprescindible asegurar ciertos aspectos referidos a la protección de los derechos del niño: que las reglas del lugar, las autoridades competentes, los espacios, los horarios, las actividades, entre otros, estén diseñados según las

necesidades y derechos de los niños, y que las personas encargadas de los centros en los que se disponga el alojamiento de niños y niñas deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido. Para ello, la participación directa de organismos y autoridades encargados de la protección integral de la niñez constituye un requisito ineludible.

De esta manera, cualquier medida aplicable a niños y niñas migrantes debe estar acompañada por una serie de políticas públicas que aseguren que tanto la determinación de los espacios como las condiciones de alojamiento (así como la causa que justifica tal decisión) se orienten por el principio de respeto de todos los derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que durante el período de alojamiento en instituciones públicas los niños tienen derechos a recibir enseñanza, de ser posible fuera del lugar de alojamiento, a fin de facilitarles la continuación de su educación una vez fuera de dichos lugares. También tendrán derecho a recibir tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica, a recibir productos de primera necesidad y ejercer su derecho al esparcimiento y al juego. Asimismo, el Comité expresa que los centros de alojamiento no deberán localizarse en zonas aisladas donde no pueda accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. Los niños deberán tener oportunidad de establecer contactos periódicos con amigos y parientes y con su tutor y recibir la visita de éstos, así como asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica. Y remarcan que los principios que conducen a evitar la restricción de la libertad de los niños deberían ser determinantes al momento de definir la situación de sus padres, más allá de su condición migratoria. En lugar de privar de la libertad a los niños para que acompañen a sus padres, deberían explorarse formas adecuadas para garantizar la protección de los derechos de los niños.

## **6. Las garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios**

Esta sexta pregunta se vincula con las garantías del debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios. Luego de reafirmar la posición del MERCOSUR sobre la prohibición de la detención de niños y niñas por razones migratorias. Los Estados señalan que la Corte IDH se refirió al elenco de garantías de debido proceso que resultan aplicables a decisiones de las autoridades migratorias que importan restricciones o privación de la libertad personal de migrantes. Entendemos que la aplicación de este sistema de garantías procesales relacionadas con restricciones a la libertad personal deberían reunir elementos específicos y diferenciados cuando está en juego la libertad personal de niños y niñas.

En este sentido, sostienen que el Estado debe reconocer y respetar al menos, las siguientes garantías: el derecho de todo niño/a a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial; el derecho a una pronta decisión sobre dicha acción; el derecho a contar con un recurso efectivo para evitar una detención arbitraria; el derecho a ser informado de los motivos y razones de la aplicación de la medida en un lenguaje accesible a los niños; el derecho a ser oído; el derecho a que se informe a

una tercera persona sobre la aplicación de cualquier medida, máxime si se ha restringido la libertad de la persona -por ejemplo, un familiar, un abogado y/o al cónsul del país de origen, según corresponda-; el derecho a recibir asistencia legal gratuita y a ser asistido por un intérprete si fuera necesario; el derecho a establecer contacto con un familiar o adulto referente; y el derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen.

## **7. El principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes**

La solicitud aborda uno de los principios fundamentales en materia migratoria, el principio de no devolución. Los firmantes afirman que ningún niño/a podría ser expulsado a un territorio en el que su vida, su supervivencia, su desarrollo integral o su libertad corrieran riesgo, no sólo por el temor de ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino también por la ausencia de elementos esenciales para un crecimiento normal y digno. En este sentido, al momento de examinar si correspondería adoptar una medida de repatriación, consideran que los Estados están obligados a tener en cuenta estas circunstancias, cuya valoración resulta ineludible si se aspira a identificar la solución que respete en términos adecuados los derechos de la niñez comprometidos y potencialmente afectados.

Así, las normas del derecho internacional que receptan el principio de no devolución ordenan al Estado realizar una identificación de las necesidades de protección integral de los derechos de los niños y niñas. Y en esta misma línea, el Comité de los Derechos del Niño destacó la importancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el riesgo que podría suponer una medida de repatriación y señaló que el retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundaría en el interés superior del menor. De esta manera, las garantías de debido proceso constituyen una salvaguarda esencial para el respeto del principio de no devolución, una norma imperativa del derecho internacional. Los niños/as que no hayan obtenido la condición de refugiados, ni puedan exigir formas complementarias de protección internacional, deberían ser tratados de un modo compatible con las demás obligaciones que impone la protección integral de sus derechos.

## **8. Los procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio**

Conforme ha sido señalado por los Estados del MERCOSUR los niños y niñas con necesidades de protección internacional que han llegado a ser identificados, han solicitado asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado o podrían necesitar hacerlo, caen bajo el ámbito del artículo 22.7 de la Convención Americana relativo al derecho de buscar y recibir asilo. Como lo señala el ACNUR en su escrito de presentación ante la solicitud de opinión consultiva, resulta fundamental que la Corte IDH pueda aclarar el alcance y contenido del derecho de asilo desde una perspectiva de derechos humanos, en particular sobre la aplicabilidad de la Convención de

1951 y su Protocolo de 1967, tal como se contempla en el artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo XXVII de la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y demás instrumentos regionales de protección.

En esta línea, los Estados señalan que se debe posibilitar la identificación de los niños que no pueden o no quieren retornar a sus países de origen debido a que poseen un temor fundado de ser perseguidos en los términos de la definición de refugiado prevista en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 en relación con el artículo 22 de la Convención de los Derechos del Niño. Asimismo, deberían identificarse a aquellos niños y niñas que reúnen los elementos de definiciones más amplias previstas en las legislaciones o prácticas internas en el marco de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. En definitiva, consideran que para la implementación práctica de acciones orientadas a asegurar la protección internacional de los niños y niñas, resulta decisivo adoptar una serie de recaudos y por este motivo, le solicitan a la Corte IDH que fije con mayor precisión estándares de derechos referidos a: la identificación de necesidades especiales de protección, la referencia al sistema de asilo, la tramitación de la solicitud a través de un procedimiento diferenciado que contemple las necesidades específicas de los niños refugiados, la consideración de la solicitud bajo la óptica de los mencionados criterios sustantivos que brindan la definición de refugiado.

## **9. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres**

El último punto de consulta está relacionado con el derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres. Existen numerosas decisiones que los Estados adoptan regularmente en el ámbito de las políticas migratorias referidas al ingreso, la permanencia o la salida de migrantes suelen afectar el derecho a la vida familiar en lo que respecta a su unión o separación. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 9 que los Estados deben velar porque los niños/as no sean separados de sus padres contra su voluntad, excepto cuando se compruebe una violación de los derechos de este niño en su medio familiar.

De aquí se siguen una serie de consecuencias que los Estados signatarios remarcan. Una de ellas consiste 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/a. En virtud del criterio de *ius solis* que rige en casi toda América Latina y el Caribe, los niños nacidos en el país de destino por poseer esta nacionalidad no pueden ser expulsados, por ello en nada se beneficiarían con la expulsión de sus padres sino todo lo contrario, esto afectaría los derechos reconocidos en varios instrumentos internacionales. Sobre este punto, la Comisión Interamericana ha señalado que los procedimientos de expulsión

de adultos migrantes deben garantizar que los derechos e intereses de sus hijos serán tomados en cuenta. Si tal como afirma la Corte IDH la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño y por ende los Estados 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 hijos.

Para concluir se resalta que la Convención sobre los Derechos del Niño exige que la separación de padres e hijos esté prevista en la ley, sea el resultado de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales, asegure la intervención judicial, y que la causa de separación se justifique por existir una violación de los derechos de ese niño en el marco de la convivencia familiar. En definitiva, sostienen que el derecho de los niños/as a no ser separado de sus padres y el principio de unidad familiar, deben recibir una estricta ponderación en el examen de la situación migratoria de los padres, en especial al disponerse medidas como la expulsión.

#### **IV. LA RELEVANCIA DE LA INICIATIVA AL INTERIOR DEL BLOQUE REGIONAL: las líneas de trabajo conjunto que se abren**

Los países miembros del MERCOSUR pensaron en la intervención de la Corte IDH por vía de su competencia consultiva a los efectos de profundizar y precisar los estándares y principios que han sido establecidos en sus precedentes sobre niñez y sobre migraciones. Ello con la idea de fijar tanto un piso común de estándares, como un marco conceptual a ser reconocidos por los países de la región que les sirvan de referencia insoslayable para, por un lado, ajustar y revisar las leyes y las políticas públicas en esta materia y, por el otro, para fortalecer los diálogos que los gobiernos de la región tengan a nivel regional y con otros bloques regionales. El rol que cumple la Corte IDH en el proceso de identificación y elaboración de estándares y principios de derechos humanos resulta fundamental para todos los países del continente, y será en este caso esencial en términos de ampliar la promoción y protección de los derechos de los niños migrantes.

Asimismo, la solicitud de opinión consultiva sirve como vector para afirmar los derechos humanos como un tema de identidad común del bloque y presenta al MERCOSUR como un ámbito de coordinación de políticas y posiciones comunes en el eje de migraciones, 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. En este sentido, era esperable que la misma pudiera ser complementada con otras decisiones que apunten a fortalecer 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 como es la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

Así, tomando en cuenta este importante antecedente que logró contar con el acuerdo de los cuatros Estados que en aquel momento formaban el bloque así como la necesidad de



promover acciones a nivel regional y articular el trabajo que se lleva adelante desde cada uno de los espacios y foros del MERCOSUR que directa o indirectamente abordan la temática, en el ámbito de la Reunión de Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR decidieron promover el diseño de un Plan de Acción Regional para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Esta propuesta fue luego retomada por las autoridades del resto de las áreas sociales de los Estados del bloque.

Por su parte, los Estados han acordado y firmado un Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR -en adelante, PEAS- como un instrumento fundamental para articular y desarrollar acciones específicas, integrales e intersectoriales que consoliden la dimensión social del MERCOSUR. EL Eje II del PEAS está orientado a “garantizar los Derechos Humanos, la asistencia humanitaria e igualdades étnico, racial y de género”, y sus Directrices 3 y 4 establecen, respectivamente, el compromiso de los Estados a “asegurar los derechos civiles, culturales, económicos políticos y sociales, sin discriminación de género, edad, raza, etnia, orientación sexual, religión, opinión, origen nacional y social, condición económica, personas con discapacidad y de cualquier otra condición”, y a “garantizar que la libre circulación en el MERCOSUR sea acompañada de pleno goce de los derechos humanos”.

Considerando estos antecedentes dentro del bloque regional y el contexto favorable a la promoción y protección de derechos humanos en la región, se le dio el mandato al IPPDH para que elabore una propuesta inicial de acciones y actividades que podrían emprenderse desde los distintos espacios especializados del MERCOSUR para la promoción y protección de los derechos de niños y niñas migrantes. Esta iniciativa se convirtió en un Programa de Acciones y Actividades para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y de sus familiares en el marco de las Directrices 3 y 4 del Eje II del Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR que fue aprobado por la autoridades de derechos humanos y cancillerías de la región el pasado 5 de septiembre de 2012.

Cabe señalar que esta iniciativa también encontró fundamento en la necesidad de fortalecer determinadas prácticas, políticas y normas al interior de cada uno de los Estados que podrían ser un obstáculo para la efectiva implementación de los acuerdos vigentes para la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes<sup>4</sup>. Al respecto, algunas de las cuestiones que han sido identificadas como problemáticas en la región están vinculadas con cierta falta de armonización normativa tanto entre las leyes migratorias nacionales y los acuerdos multilaterales así como dentro de cada país en relación a los estándares de protección de derechos de las personas migrantes en general y de niños y niñas en particular. Igualmente, existen algunas dificultades en el vínculo estratégico y necesario entre los sistemas migratorios y los sistemas de protección de derechos del niño que, entre otras cuestiones, obstaculiza la implementación de

---

<sup>4</sup> Es importante señalar que de acuerdo a la base de datos IMILA Celade-CEPAL el número total de niños y niñas inmigrantes regionales en los Estados del MERCOSUR sería de aproximadamente 310.000. Argentina es el país que tiene el mayor número de niños, niñas y adolescentes extranjeros en su territorio. Dicho número duplica al que se detecta Brasil, mientras que Paraguay cuenta con un número de N, N y A extranjeros que ronda los 35.000 y Uruguay el que tiene el menor número. Circa 2000. IMILA, Celade-Cepal.

procedimientos adecuados para identificar las diferentes situaciones de vulneración de derechos que enfrentan niños y niñas que integran flujos migratorios mixtos o de composición diversa.

En este sentido, los principales objetivos de esta propuesta son: realizar un seguimiento sobre la efectiva implementación de los acuerdos regionales vigentes en esta materia, en particular el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte y Asociados del Mercosur; fortalecer los mecanismos existentes de protección de los derechos de niños y niñas migrantes y de sus familias en todos los países de la región; articular y coordinar las acciones que se llevan adelante en los distintos espacios del MERCOSUR vinculados con esta temática; promover el intercambio de información entre los países; fomentar la cooperación internacional; e identificar buenas prácticas y obstáculos para la implementación de los acuerdos regionales vigentes.

A fin de promover la articulación al interior del MERCOSUR y transversalizar la temática ligada a la protección de los derechos de niños y niñas migrantes el programa fue presentado por el IPPDH y la Iniciativa Niñ@Sur durante el primer semestre de 2012 en las distintas reuniones especializadas que deberían formar parte de su implementación. Así, fue presentado en la RAADDHH, en el Foro Especializado Migratorio de la Reunión de Ministros del Interior (FEM), en la Reunión del Comité Coordinador Regional del Sector Educativo del MERCOSUR (RME), en la Reunión técnica de Ministros de Justicia (RMJ), en la Reunión técnica de Asuntos Consulares, en las Reuniones técnicas de Ministros de Salud (RMS) y en las reuniones de Desarrollo Social (RMADS).

## V. CONCLUSIONES

La solicitud de opinión consultiva firmada y presentada por los Estados del MERCOSUR tiene dos importantes consecuencias. A nivel interamericano, la relevancia de su contenido y de haberse convertido en una experiencia inédita por ser la primera vez que cuatro Estados, que a su vez conforman un bloque regional, se presentan ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con una posición común en una materia de fundamental relevancia para la vigencia de los derechos humanos. A nivel MERCOSUR, permitió allanar los caminos para avanzar en el diseño de un programa de acciones conjuntas para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y de sus familiares al interior del bloque. Esta iniciativa es una experiencia de gran relevancia, no sólo para fortalecer la protección de los derechos humanos en la región, sino para consolidar al bloque como un espacio de integración política, social y cultural.