

La Paz, 31 de octubre de 2011

Señores
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José - Costa Rica

Ref. *Amicus Curiae* sobre solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De mi mayor consideración.

En atención a la convocatoria de *amicus curiae* sobre solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuada por los Estados argentino, paraguayo, brasileño y uruguayo que permitirá la formulación de políticas públicas en la materia solicito muy respetuosamente pueda considerarse las siguientes reflexiones al momento de emitirse la correspondiente opinión consultiva.

Aspectos generales

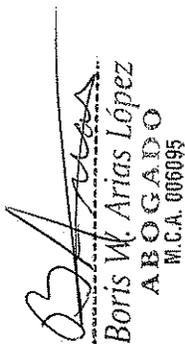
Considero que todo análisis referido a la migración de niños y adolescentes debería partir de un análisis general del fenómeno migratorio, en cómo inevitablemente puede afectar de forma positiva o negativa a los diferentes pueblos del mundo¹ siendo los niños "*personajes anónimos en la historia de las migraciones*"². En tal sentido las migraciones masivas pueden originarse en:

- a. Causas socioeconómicas referidas a la situación de falta de fuentes de trabajo, las condiciones laborales existentes en el país de origen.
- b. Causas políticas referidas directamente a la estabilidad o inestabilidad de los diferentes Estados.
- c. Causas culturales referidas a los mitos y expectativas construidas alrededor de los países de destino y de origen.

Asimismo, considero que la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante simplemente Corte a efectos del presente *amicus curiae*- debería de forma genérica y contextual – al no ser objeto de consulta- hacer referencia a la responsabilidad compartida de:

¹ Piénsese en los diferentes etnocidios provocados por masivas migraciones durante los periodos coloniales.

²http://infouniversidades.siu.edu.ar/noticia.php?titulo=%93los_ni%F1os_son_personajes_anonimos_en_la_historia_de_las_migraciones%94&id=503 visitado en fecha 25 de octubre de 2011.


Boris W. Arias López
ABOGADO
M.C.A. 006095

- Los Estados de origen de crear condiciones sociales, económicas y políticas para que el derecho a migrar sea eminentemente voluntario y pueda ejercerse a plenitud el denominado "*derecho a no migrar*"³, es decir que debe reconocerse que no podrá evitarse migraciones masivas si en el país de destino los migrantes cuentan con mayores oportunidades de vida.
- Los Estados de destino o receptores de migración deben abandonar toda política vulnerable de los Derechos Humanos y discriminadora que provoque la conformación de guetos.

De tal manera que la Corte debiera reflexionar brevemente sobre la necesidad de los Estados de establecer políticas de colaboración en materia de migración y más específicamente se debería reinterpretar el concepto del deber de protección del interés superior del niño en sentido que en el ámbito de migración de niños y adolescentes no sólo corresponda a los Estados individualmente considerados⁴ sino a la comunidad internacional en pleno. Debe considerarse en la problemática general al menos la siguiente:

- Que existen diferentes tipos de migraciones (internas como sucede con los éxodos rurales, internacionales, por refugio y/o asilo, trata infantil, desplazamiento forzado, entre otros) cada uno con un tipo de respuesta diferente.
- Evitar impuestos sobre las remesas.
- Efectuar controles estrictos de documentación y permisos en los Estados de origen, tránsito y destino cuando se traslada un niño, niña o adolescente.
- Facilitar la cooperación internacional para hacer cumplir las obligaciones económicas de los padres separados o divorciados con sus hijos cuando vivan en países diferentes.
- Asegurar el acceso equitativo a la educación⁵ y a los servicios de salud para todos los hijos de inmigrantes incluso se encuentren en situación irregular hasta mientras se defina su situación jurídica.
- Establecer políticas tendientes a la reunificación de familiar.
- Prevenir y sancionar todo acto de discriminación y de xenofobia.


Boris W. Arias Lopez
ABOGADO
M.C.A. 086095

³ LIWSKIEN, Norberto. Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos http://www.iin.oea.org/iin/cad/actualizacion/pdf/3_1/Informe%20al%20Consejo%20Permanente-OEA,%20Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf visitado en 5 de octubre de 2011.

⁴ NACIONES UNIDAS. Convención derechos del niño. Artículo 3.

⁵ El derecho de acceso a la educación debe protegerse incluso respecto a los niños, niñas y adolescentes migrantes en situación irregular y mientras se resuelve su situación pudiéndose dilatar su deportación hasta que acabe el año lectivo para que no se vea perjudicado en atención al principio de interés superior de los niños y niñas.

Respecto a los niños y adolescentes puede distinguirse a⁶:

- Las y los niños y adolescentes que migran como miembros de una familia,
- Las y los niños y adolescentes que migran de manera autónoma,
- Las y los niños y niñas cuyos padres migran y que se quedan en su lugar de origen

A cada situación corresponden efectos diferentes, y por tanto igual de diferentes debieran ser las políticas estatales en atención al interés superior del niño para su protección y tutela que deberían ser considerados en el caso concreto por la autoridad judicial o administrativa pertinente de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este contexto, "*...los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos...*"⁷, como lo hizo invariablemente la jurisprudencia de la Corte, entonces debe concluirse en la situación de vulnerabilidad de los migrantes que debe resolverse en base al principio de igualdad en políticas específicas dirigidas a dicha población a efectos de proteger sus derechos y que al tratarse de niños y adolescentes debe profundizarse y ahondarse por su situación todavía más específica.

Asimismo, debe considerarse que las problemáticas contenidas en las interrogantes **más que ser de naturaleza cuantitativa son fundamentalmente de naturaleza cualitativa** de forma que de acuerdo al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte y conforme la propia solicitud de opinión consultiva pide para el análisis, debería considerarse los principios *pro homine*, de no discriminación (por la situación migratoria irregular), progresividad, protección especial, interés superior del niño y de protección integral de los derechos del niño.

Y finalmente, considerando que la Corte "*...puede ejercer su competencia contenciosa respecto de instrumentos interamericanos distintos de la Convención Americana, cuando se trata de instrumentos que establecen un sistema de peticiones objeto de supervisión internacional en el ámbito regional*"⁸ por el efecto útil que tiene dicha interpretación en referencia principalmente a la protección de derechos humanos y que también puede tomar de forma referencial instrumentos normativos del sistema universal de protección de los derechos humanos deberían considerarse al menos las siguientes normas:

⁶ Whitehead y Hashim (2005) citado en www.economiainstitutional.com/pdf/No20/dkhoumour20.pdf visitado el 5 de octubre de 2011.

⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

⁸ *Ibidem*.


Boris W. Arias López
ABOGADO
M.E.A. 006035

- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994.
- Convenio 182 - Sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999 y su Recomendación 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.
- Directrices sobre políticas y procedimientos para tratar a los niños no acompañados que están buscando asilo de ACNUR 1997.

En este contexto, respecto a la consulta formulada solicito muy respetuosamente a la Corte pueda considerar las siguientes consideraciones:

¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 6, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes; determinar las necesidades de protección internacional; y adoptar en su caso, las medidas de protección especial que se requieran?

La importancia en la identificación de niños, niñas y adolescentes en situación de extrema vulnerabilidad es fundamental pues lo contrario implicaría dejarlos a merced de bandas criminales, drogas, prostitución, discriminación, entre otros peligros a los que están sometidos.

Los Estados receptores y de origen en el marco del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben desarrollar individual y en coordinación políticas públicas para identificar niños, niñas y adolescentes que requieren protección especial como sucede cuando los mismos son potencialmente, podrían, o cuando llegan a ser víctimas de tráfico sexual, adopciones ilegales, servilismo, transporte de drogas, etc. –en cuyo caso la Corte debiera recordar el deber de los Estados de iniciar investigaciones serias para castigar a los responsables- o cuando cuentan con ciertas particularidades como ser enfermedades⁹, creencias religiosas, origen, origen étnico, etc. que podrían provocar discriminación debiendo **en todo caso considerarse a los niños, niñas y adolescentes como ciudadanos al momento de formular dichas políticas públicas y de esa forma asegurar su participación plena.**


Boris W. Arias López
ABOGADO
M.C.A. 006095

⁹ En Bolivia por ejemplo para visa de estudiante el Decreto Supremo 24423 de 29 de noviembre de 1996 exige para obtener visa de estudiante una prueba que acredite que no se cuenta con una enfermedad infecto-contagiosa lo que incluye al SIDA.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica: "i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías", por lo que en la formulación de dicha legislación también deben tener una participación activa los niños, niñas y adolescentes.

Conforme ordenó el fallo Caso Vélez Looor Vs. Panamá¹⁰, todo el personal de migración debe estar lo suficientemente capacitado para identificar menores en situación de extrema vulnerabilidad y en la protección de los derechos de la infancia de forma que tengan capacidad de reacción rápida e eficiente ante este tipo de situaciones. En todo caso debería prohibirse que la información obtenida de los niños, niñas o adolescentes por dicho personal sea utilizada en contra sus padres o familiares migrantes.

¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que deberían regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes?

La Corte invariablemente ha sostenido la aplicación de los elementos del debido proceso del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a todo proceso, incluso procedimiento judicial o administrativo¹¹, en el cual pueda afectarse o menoscabarse los derechos. Los niños, niñas y adolescentes migrantes no deben ser sometidos a procesos penales por su situación migratoria irregular es decir el procedimiento administrativo o judicial no debería estar diseñado como sancionatorio¹² sino que debería dirigirse a concretar el interés superior del mismo, máxime cuando pueden ser víctimas de delitos internacionales y en realidad son merecedores de apoyo médico, psicológico, jurídico o en su caso de asistencia para retornar a sus respectivos países¹³.

Asimismo, la estructura y diseño para resolver la situación de un niño, niña o adolescente migrante debe considerar sus especificidades, de forma que sea diferente al procedimiento utilizado para

¹⁰ En el Caso Vélez Looor vs. Panamá) la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso en su parte resolutive que "El Estado debe implementar, en un plazo razonable, un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes...".

¹¹ Cfr Caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 2 de febrero del 2001, p) rrafo 124.

¹² En ciertos casos como observan los Estados solicitantes de la Opinión Consultiva los niños, niñas y adolescentes podrían ser sancionados conjuntamente a sus padres a la expulsión e incluso a no volver a ingresar en cierta cantidad de años sin previo proceso y sin culpa de acuerdo al caso.

¹³ Debe considerarse que la misma situación de irregularidad genera diferentes complejos traducidos en desconfianza, inseguridad incluso a crisis de identidad.

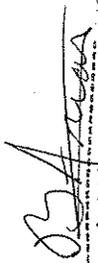

BORIS M. ARIAS LÓPEZ
ABOGADO
M.C.A.

adultos migrantes, pues de no reflejarse dichas peculiaridades en dicho procedimiento se los estaría tratando como adultos.

En este contexto al afectarles significativamente en su proyecto de vida las decisiones de las autoridades migratorias –judiciales o administrativas-, en dicho procedimiento deben contar con las garantías suficientes que les asegure su participación plena y el debido proceso, es decir, **debe presumirse su minoridad**, intérprete o traductor, juez natural, asistencia consular, derecho a controvertir pruebas, notificación a padres o familiares, asesoramiento legal adecuado¹⁴, entre otros considerándose en todo caso las particularidades del caso, por ejemplo el derecho a la asistencia consular en referencia a los “*niños no acompañados*”¹⁵ no dependerá de la voluntad, etc. Dicha protección no sólo debe garantizarse por los Estados receptores sino **también por los de tránsito**.

¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de la 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?

En general y respecto a la posibilidad de sancionar penalmente a migrantes adultos en situación irregular se tiene que de acuerdo a la jurisprudencia: “...la Corte considera que la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención...”¹⁶, en este sentido en casos excepcionales cuando se considere la necesidad de privarse de libertad al migrante mientras se resuelve su situación legal deben agotarse todas medidas alternativas a la detención –cualquiera sea su denominación en el ámbito interno- previamente diseñados por los Estados rechazándose en este sentido cualquier política que establezca la privación de libertad de manera automática y que exima de la debida fundamentación. En todo caso al no configurarse dicha detención en una sanción de ninguna manera puede ejecutarse en centros de reclusión para condenados o sospechosos de cometer delitos sino en centros de detención adecuados a la finalidad buscada.


Boris W. Arias López
ABOGADO
C.A. 11685

¹⁴ Conforme al caso Vélez Looz Vs. Panamá el asesoramiento y representación legal no puede sustituirse y suplirse por el trabajo realizado por ONG's o por el Defensor del Pueblo.

¹⁵ Referido a los menores de 18 años que no están cuidados por algún mayor que además se responsabilice de los mismos.

¹⁶ Corte IDH. Caso Vélez Looz Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

En este sentido la afirmación de la Corte en sentido que "...la detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo"¹⁷ se refuerza cuando se hace referencia a niños, niñas o adolescentes.

Pese a ello respecto a la posibilidad de limitar la libertad de los niños, niñas o adolescentes debe hacerse referencia a que cuando los mismos se encuentran con sus padres la restricción es únicamente circunstancial es decir consecuencia directa de la privación de libertad de los padres¹⁸, lo que es diferente cuando se trata de "niños no acompañados" en cuyo caso para restringir la libertad de locomoción debe cumplirse las formalidades establecidas por la Corte como refieren los solicitantes es decir: "...sin perjuicio de la legalidad de una detención, es necesario en cada caso hacer un análisis de la compatibilidad de la legislación con la Convención en el entendido que esa ley y su aplicación deben respetar los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que la medida privativa de libertad no sea arbitraria¹⁷³: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional¹⁷⁴, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales¹⁷⁵, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención"¹⁹.

¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños/as migrantes, y cuáles son las obligaciones principales que tiene los estados respecto a de los niños y niñas (solo o acompañados) que se encuentran bajo la custodia estatal por razones migratorias, a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

Si los Estados en materia penal o infraccional "...no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Por ejemplo en Bolivia conforme el artículo 6 de la Ley de Ejecución de Penal y Supervisión los menores de seis años pueden permanecer con sus padres en recintos penitenciarios.

¹⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.


Boris W. Arias López
ABOGADO
M.C.A. 006095

esta área y no respeten la dignidad del ser humano"²⁰ con mayor razón en las ocasiones en las cuales deba restringirse o privarse de libertad de manera transitoria a un niño, niña o adolescente migrante.

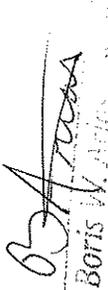
Debe recordarse que respecto a las personas privadas de su libertad independientemente su edad o situación jurídica los Estado parte están en una posición especial de garante de los derechos²¹.

Las personas migrantes independientemente de su edad deben guardar detención por el tiempo estrictamente necesario que de acuerdo a caso debe estar determinado en la ley formal separados de los condenados y procesados penalmente y considerando sus necesidades familiares de forma que en lo posible se permite se mantengan unidos en dicha circunstancia de vulnerabilidad, en espacios con servicios básicos, con servicio médico administrado y compuesto por personal capacitado en el resguardo de derechos de la infancia.

¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño/a migrante?

La normativa interna de los Estados parte así como toda autoridad migratoria o policial debe considerar que existe la posibilidad de que todo niño, niña o adolescente puede estar huyendo de la violencia, amenazas, situaciones críticas existentes en sus países de origen o que pueden ser víctimas de delitos transnacionales, contar con riesgo de tortura o de trato inhumano en su país de origen pudiendo en dichos casos ser beneficiados con la calidad de refugiados. Para lo referido en concordancia con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe adecuarse el trámite que muchas veces resulta complicado y con la exigencia de documentación difícil de obtener a las particularidades del caso.

Así el art. 22 de la Convención de los Derechos del Niño sostiene que: "*Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado en conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean Partes*".


BORIS W. ARIAS
ABOGADO
M.C.A. #06036

²⁰ *Ibidem*.

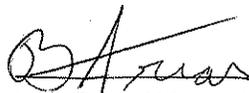
²¹ Cfr. Corte IDH. Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

¿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 sobre Derechos Humanos y artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

Partiendo del lineamiento general en sentido de que las decisiones de las autoridades migratorias deben regirse por el principio de protección integral de los mismos se tiene que toda decisión de separarlos de sus familias debe constituirse en *ultima ratio* y en caso de tomarse dicha excepcional decisión debe hacerse respetando las condiciones del debido proceso referido por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y siempre tomando en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente²². Similar entendimiento debe adoptarse ante controversias respecto a la tutela de los hijos de padres o familiares que viven en diferentes Estados.

En este contexto, la Observación General N° 6 del año 2005 emanado del Comité de los Derechos del Niño sostuvo que "*...debe recordarse que la supervivencia del menor es primordial y presupuesto del disfrute de los demás derechos..., se recuerda especialmente a los Estados Partes "toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva" y "...no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares"*.

Sin otro particular solicitando se pueda considerar lo manifestado por mi persona y aleccionando su labor inspiradora en el continente y en el mundo en procura de defender los derechos humanos me despido atentamente.



Abog. Boris Wilson Arias López
CI 3450379 LP

Boris W. Arias López
ABOGADO
M.C.A. 006095

E-mail: borisito55@hotmail.com

Telf. (591) 72561268

Domicilio Calle 2do Crucero No. 1538 Zona Norte La Paz - Bolivia

²² Cfr. NACIONES UNIDAS. Convención de los Derechos del Niño. artículo 12.