

Niñez Migrante y Protección Internacional de los Derechos Humanos

A propósito de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Instituto de Políticas
Públicas del MERCOSUR

Por Ezequiel HEFFES y Fernando GOLDAR

Nombre completo: Ezequiel Heffes

Nacionalidad: Argentina

Fecha de Nacimiento: 19 de marzo de 1987

Documento Nacional de Identidad: No. 32.990.019

Ocupación: Abogado – Universidad de Buenos Aires

Domicilio Actual: Peña 3070, Piso 2 Departamento A, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. C.P.:1425

Teléfono: +54 – 9 - 11 – 61713327

Correo Electrónico: ezequielheffes@gmail.com

Nombre completo: Fernando Alberto Goldar

Nacionalidad: Argentina

Fecha de Nacimiento: 7 de enero de 1986

Documento Nacional de Identidad: No. 32.111.108

Ocupación: Estudiante de abogacía – Universidad de Buenos Aires

Domicilio Actual: Primera Junta 2329

Teléfono: +54 – 9 – 11 – 46319264

Correo Electrónico: goldaruba@yahoo.com.ar

Índice

1. Introducción.....	4
2. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.....	5
2.1 Admisibilidad.....	6
2.2 Contenido de la Solicitud.....	7
3. Aproximación inicial a la definición de “niño migrante”.....	11
4. Cuestiones planteadas y Respuestas a la Solicitud de Opinión Consultiva.....	25
4.1 Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medios de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes.....	26
4.5 Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios.....	32
4.7 El principio de no devolución en relación con los niños y las niñas migrantes.....	38
4.8 Procedimientos de identificación de necesidades de protección internacional de refugiados.....	50
5. Bibliografía Consultada.....	56

1. Introducción

El 7 de julio de 2011, la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay presentaron una Solicitud de Opinión Consultiva¹ ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”). La misma se funda en la existencia “en el continente [de] 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 tal sentido, las interpelaciones planteadas por los Estados versan de ser diversas por la temática que tratan y, fundamentalmente, por la falta de articulación entre las leyes y políticas migratorias y el sistema de protección de derechos de la niñez en el continente americano.

El objeto de este trabajo es analizar ciertas temáticas introducidas por la Solicitud de Opinión Consultiva y esbozar la interpretación que entendemos correcta en relación a los interrogantes dispuestos por los Estados.

Se explicará de manera sintética los términos en que fue presentada la Solicitud de Opinión Consultiva y se examinará, a la luz de los criterios utilizados tradicionalmente por la Corte, su procedencia dentro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

Así, por cuestiones metodológicas el desarrollo de las temáticas centrales se encontrará dividido en dos apartados. El primero será destinado a aproximar de manera inicial una definición al término de “niño/a migrante”, cuestión que a simple vista parece ya saldada, sin embargo, veremos que todavía está lejos de arribar a un consenso. En segundo término, el pedido a la Corte tiene por objeto avanzar en la definición de estándares jurídicos en nueve escenarios de protección. Por las características del planteo, los autores del presente ensayo esbozarán respuestas con exclusividad a algunos interrogantes, es decir: “1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medios de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes; 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios; 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños

¹ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_esp.pdf

migrantes; 8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio.

En todo momento se tendrá en cuenta que los niños poseen, al igual que los adultos, los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y tienen otros, además, que requieren deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado². Se podrá advertir rápidamente la íntima relación entre ambas secciones. A causa de esto, a medida que el presente estudio avance, se ensayarán respuestas a lo interpuesto por la Solicitud de Opinión Consultiva.

Las herramientas principales utilizadas para el análisis serán la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Estatuto y Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia consultiva y contenciosa. Asimismo, se hará uso de la Convención sobre los Derechos del Niño, de los informes presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) y del trabajo realizado por el Comité de los Derechos del Niño por medio de sus Observaciones Generales. En esta línea, se tendrán en cuenta los textos básicos del sistema europeo de protección de los derechos humanos, así como la doctrina local e internacional sobre los temas abordados.

2. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay

Por primera vez desde la creación de la Corte, los países miembros del MERCOSUR, en tanto que tales, han solicitado una Opinión Consultiva el pasado 7 de julio. Estos han entendido que las políticas migratorias restrictivas adoptadas en el continente, las cuales “con frecuencia vulneran derechos fundamentales, afectando de manera particular a los niños, niñas y adolescentes sean ellos migrantes o hijos/as de migrantes” se tratan de un tema “de creciente interés y preocupación para los pueblos latinoamericanos y caribeños”.

² Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, parág. 147. Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Serie A No. 17. 28 de agosto de 2002, parág. 54.

2.1 Admisibilidad

La competencia consultiva de la Corte está regulada en el artículo 64 de la Convención:

Artículo 64

“1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

La solicitud de Opinión Consultiva fue sometida a la Corte por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, siendo todos ellos Estados parte de la Convención Americana y Miembros de la Organización de Estados Americanos. De esta forma, el pedido se ha hecho en el marco de una organización regional como es el MERCOSUR y, en particular, del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos de dicha institución. Esta línea de trabajo es en miras de contribuir con “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 diálogos bilaterales con los países centrales y las posiciones comunes de los Estados y del bloque MERCOSUR en los foros regionales y globales”.

Por su parte, los interrogantes planteados en la Solicitud apuntan a la interpretación de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. De este modo, la Solicitud queda encuadrada en el inciso 1 del artículo

64 al requerirse la interpretación de una norma de la propia Convención y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados Americanos³.

La respuesta a la consulta será de particular importancia, entendiéndose que la resolución traerá consecuencias tanto para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como para las relaciones interestatales en materia de migrantes. Esto se da por “la obligación fundamental del Estado de garantizar el acceso a los derechos de los niños y niñas migrantes en condiciones de igualdad” y, a la necesidad “de realizar una interpretación amplia y progresiva de los derechos de los niños y niñas migrantes que se encuentran involucrados en los diferentes temas planteados” en la Solicitud de Opinión Consultiva.

Por lo tanto, debe admitirse la petición y emitirse la Opinión Consultiva solicitada.

2.2 Contenido de la Solicitud

La Solicitud de Opinión Consultiva fue planteada con el objeto de contestar a los siguientes interrogantes:

1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medios de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes: ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7, y 25 de la Convención Americana 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?;
2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes: ¿Cuáles son a la luz de los artículos 2,

³ La Corte ha advertido que su potestad consultiva no puede desvincularse de los propósitos de la Convención Americana, siendo que “dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos [...]. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 1/82. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 1. 24 de septiembre de 1982, parág. 25.

- 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículos 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?;
3. La no detención de niños y niñas. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes: ¿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 niños/as no acompañados o separados por sus padres?;
 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal: ¿Qué características deben tener, a la luz de los artículos 2, 7, 19, 25 y 29 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos del niño que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria? ¿Cuáles son las garantías de debido proceso que deberían aplicarse en el procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención?;
 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios: ¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños/as migrantes, y cuáles son las obligaciones principales que tienen los Estados respecto de los niños y niñas (solos 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 y de los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?;
 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios: ¿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 a niños y niñas, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de los niños?;

7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes: ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado?;
8. Procedimientos de identificación de necesidades de protección internacional de refugiados: ¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana 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?;
9. 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 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?.

En la Solicitud de Opinión Consultiva, los Estados, previo a exponer el razonamiento de cada uno de los interrogantes, realizaron consideraciones generales al explicar que “(...)estos temas al mismo tiempo novedosos en sus ribetes jurídicos y apremiantes en su aspecto humanitario, justifican la intervención de la Corte Interamericana por vía de su competencia consultiva, para profundar y precisar los estándares y principios que han sido sentados en sus precedentes sobre niñez y sobre migraciones. Estos estándares y principios no sólo contribuirán a fijar un piso mínimo de derechos fundamentales a ser reconocido por los Estados, sino que

además conformarán un parámetro o marco conceptual que servirán de referencia insoslayable para ajustar y revisar las leyes y las políticas públicas en esta materia”.

En rigor, las nueve interpelaciones siguen una línea de trabajo bien determinada, comenzando por la identificación de potenciales situaciones de riesgo para los niños/as migrantes, pasando por su protección frente a posibles restricciones a la libertad, así como en los casos que podría tratarse de refugiados, para arribar, finalmente, al derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres. La elección de esta línea argumental no parece ser casual, sino que responde a una realidad afrontada por la comunidad internacional en la cual se observa que las migraciones y los desplazamientos acarrear elementos traumáticos que modifican el orden político global.

Con respecto a las preguntas planteadas por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, en nombre de los Estados miembros, se puede exponer que las motivaciones consensuadas fueron las siguientes:

- Es necesaria la existencia de procedimientos para identificar las necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de niños y niñas migrantes, ya que esta migración puede responder a múltiples causas, tales como: ser víctima del delito de trata de personas, la reagrupación familiar, escapar de la pobreza, la exclusión y la degradación ambiental, u otras formas de abuso y persecución. Esto exige a los Estados actuar y procurar que la identificación sea efectiva, a fin de proteger los derechos de los niños/as, por lo que, necesariamente, debe realizarse antes de definir un curso de acción pública, social, asistencial, humanitaria o migratoria.
- Las normas internacionales consagran requisitos constituidos como garantías procesales – los cuales conforman el “debido proceso” legal - . Estos deben ser reconocidos a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, lo que, sin dudas, incluye a las personas migrantes sin perjuicio de su condición como tal. Especial atención merecen los niños, niñas y adolescentes, entendiendo a lo antedicho como un piso mínimo que debe sumarse a diferentes conjuntos de normas que los protegen en particular. Con esto, frente a una posible privación de libertad se requiere, 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. De esta forma, la normativa debe establecer las causas particulares que habilitan a las autoridades competentes a utilizar este recurso. En esta línea, según disponen en los interrogantes, existe un deber prioritario de los Estados en diseñar políticas dirigidas a asegurar la protección de derechos de niños/as y adolescentes sin que estas incluyan la privación de libertad como posibilidad. Ahora bien, frente a la custodia estatal por motivos migratorios, se expone que los estándares internacionales exigen que toda persona sea tratada de forma humana, respetando su dignidad, sus derechos y garantías fundamentales. Ante menores de edad, deben tenerse especial consideración los principios generales (interés superior del niño, la protección especial o especialidad y protección integral de derechos) al momento de diseñar y desarrollar condiciones en que se debe ejecutar cualquier medida de custodia. Debe agregarse el principio de no devolución, entendido como la imposibilidad de que un extranjero sea expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal esté en riesgo de violaciones a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. Esto se encontraría estrechamente relacionado no solo con los puntos sobre los procesos legales, sino también con la obligación de realizar una correcta identificación de las necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de niños y niñas migrantes.

- Siguiendo esta línea, la identificación de los refugiados parece ser, hoy en día, un punto fundamental en lo que se refiere a la protección del niño migrante. Expresan que para el establecimiento de acciones destinadas a asegurar la protección internacional de los niños/as, resulta decisivo adoptar medidas como, por ejemplo, la identificación de necesidades especiales de protección, la referencia al sistema de asilo y la tramitación de la solicitud a través de un procedimiento diferenciado que contemple las necesidades específicas de los niños refugiados. A ello debería agregarse la evaluación a partir de la existencia de un interés superior del niño y del principio de protección especial.
- El derecho a la vida familiar se origina en que la separación provocada por la expulsión de los padres en razón de su irregularidad migratoria no puede ser considerada como la medida más adecuada y respetuosa de los derechos del niño/a. De hecho, las medidas de expulsión de los padres resultan difícilmente justificables si se considera el principio *pro*

homine o el principio de proporcionalidad. Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño exige que la separación de padres e hijos esté prevista en la ley y sea resultado de un proceso que respete las garantías fundamentales.

3 Aproximación inicial a la definición de “niño migrante”

Si intentamos (re)construir una definición de “niño⁴ migrante” dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH”) podemos recurrir a la que, en forma separada, da la Corte en las Opiniones Consultivas 17 y 18 respectivamente. En la OC 17, sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, la Corte toma la definición de artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵ y concluye que “niño” es “toda persona que no ha cumplido 18 años de edad⁶. Por su parte, en la OC 18, sobre “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, define el término “migrante” como “término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante”. Por “emigrante” e “inmigrante” entiende que es toda persona que deja un país (emigrante) y entra a otro (inmigrante) con el propósito de residir en él”.⁷

A simple vista, la definición no se presta a interpretaciones contrapuestas: si toda persona que entra a un nuevo país con el objetivo de residir en él es un migrante, “niño migrante” debería ser sólo una distinción en razón de su edad, lo que no le ocasionaría mayores inconvenientes. No obstante, entendemos que la definición amerita una serie de aclaraciones y reflexiones: adelantando nuestra posición decimos que, pese a las consideraciones que presentaremos a continuación, los niños tienen el derecho humano a migrar por sí mismos, aunque sí requieren de

⁴ Al igual que lo hizo la Corte en su OC 17 y la Comisión en su informe sobre “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, se utilizará el término “niño” abarcando también a las niñas y los adolescentes. Corte IDH. OC – 17/02. Supra nota 2, nota al pie 45; y CIDH, Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 78. 13 de julio de 2011, nota al pie 2.

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 1: “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*” Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General por medio de su resolución 44/25. 20 de noviembre de 1989.

⁶ Corte IDH. OC – 17/02. Supra nota 2, parág. 38.

⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC -18/03. Condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Serie A No 18. 17 de septiembre de 2003, parág. 69 (glosario)

un deber especial de cuidado por parte de los Estados⁸ (de origen, protección y destino de migrantes) por pertenecer a dos grupos vulnerables: niñez y migrantes.

Partiendo de la premisa que los niños son titulares de derechos humanos⁹, resta por discutir si estos tienen la capacidad jurídica para ejercer por sí mismo el derecho a migrar e, incluso, si verdaderamente existe tal “derecho a migrar”. Por razones organizativas, lo primero que debemos determinar es si existe el derecho, para luego poder avanzar en el análisis de la capacidad jurídica requerida para ejercerlo.

La existencia de un derecho humano a migrar es un tema que se ha debatido en la doctrina pero que no ha sido analizado por la Corte. Es coherente pensar que el tema excede la presente solicitud de Opinión Consultiva, pero entendemos que este Tribunal debe aprovechar la oportunidad existente y establecer algunos lineamientos que podrían evitar futuras violaciones de derechos humanos en los Estados de la región. Compartimos el pedido del ex magistrado de la Corte, Rodolfo E. Pizza Escalante, quien requirió para que la Corte “especialmente [en su función] consultiva, vaya abandonando la tradicional reticencia de todo tribunal de justicia a declarar principios, doctrinas y criterios de interpretación que no sean los indispensables para resolver cada caso concreto de su conocimiento, y lanzándose, a pretexto de ese conocimiento formal, su misión más trascendente de crear jurisprudencia con la audacia, amplitud, intensidad y flexibilidad posibles, sin otra limitación que las fronteras insalvables de su competencia (...)”¹⁰

Además, es *jurisprudence constante* de esta jurisdicción que su competencia consultiva constituye un método alternativo “destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”¹¹. Es por ello que, en el marco de la amplitud que caracteriza a la función consultiva¹², solicitamos que la Corte tenga en cuenta los

⁸ Corte IDH. OC – 17/02. Supra nota 2.

⁹ Corte IDH. OC – 17/02. Supra nota 2.

¹⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 4/84. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Serie A No. 4. 19 de enero de 1984, voto separado del Juez Roberto E. Pizza Escalante, parág. 1.

¹¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 3/83. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 3. 8 de septiembre de 1983. Serie A No.3, parág. 43.

¹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 4/84. Supra nota 10, parág. 25 y 30.

argumentos que desarrollaremos a continuación y elabore estándares que “ayuden” a los Estados, de modo tal que no se vean “forzados” a violar la Convención¹³.

La Convención Americana tutela en forma expresa en el artículo 22.2 el derecho de toda persona a salir libremente de cualquier país, por lo que algunos autores entienden que esto se limita al derecho a “emigrar”¹⁴. Para reconocerle a la norma un *effet utile* es necesario interpretar que la misma no se refiere únicamente al derecho a salir libremente del país sino que, como contracara, incluye el derecho a entrar libremente a otro Estado. Cualquier otra interpretación nos lleva al contrasentido de otorgarle un derecho a una persona que puede salir del país de su nacionalidad sabiendo que la Convención Americana sólo garantiza que se lo reciba en el mismo país desde donde partió (artículo 22.5). Recordemos se debe interpretar la Convención en forma tal que no conduzca "de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención" y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma "son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"¹⁵.

Entonces, ¿de qué nos serviría tener el derecho a salir libremente de cualquier país si no se tiene el derecho a ingresar a ningún otro que no sea desde el que se partió? ¿Podríamos decir que la persona es “libre” si al momento de salir del Estado donde se encuentra, no se le puede garantizar que va a ser recibida por otro? Si dejamos en manos de los Estados por razones de “soberanía nacional” la posibilidad de elegir quién entra y quién no o, en su defecto, quién obtiene la nacionalidad y quién no, estos tendrían, indirectamente, la facultad de dejar sin ejercicio efectivo uno de los derechos que se obligaron a garantizar a “toda persona” (y no solo a sus ciudadanos) al momento de ratificar la Convención. En relación con lo anterior, la Corte ha señalado que “no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo

¹³ Id., parág. 26.

¹⁴ Véase Rodríguez y Rodríguez, Jesús, “El derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, en América Latina” en Boletín Mexicano de Derecho Comparado V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 13 – 14:125-142, 1972, incluido en Rodríguez y Rodríguez, Jesús, pp. 177-187, 1990.

¹⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 2/82. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 2. 24 de septiembre de 1982, parág. 29

concurrer competencias de los estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos”¹⁶.

Además, los Estados, ante la posibilidad de “optar” a quien deja entrar y a quien no, perpetúa una “situación de vulnerabilidad”¹⁷ de ciertos grupos y esto viola el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana al no disponer las acciones afirmativas que pondrían fin a esta desigualdad *de facto*¹⁸. Si se acepta la concepción de que los Estados puedan seleccionar entre los migrantes que aspiran entrar a un país, se comprobaría en la práctica, o al menos así lo creemos, que las personas a las que se les permite el acceso y residencia son las mejores calificadas. De esta forma, el derecho a migrar lo tendría solo un grupo de personas: aquellas con más recursos, mayor nivel educativo obtenido en sus países de origen y que, por algún motivo, pudieran resultar “mas atractivas” para los agentes estatales encargados de seleccionar quienes entran a un Estado y quienes no. En el mismo sentido, “[l]a Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”¹⁹. En tal sentido, el juez Brennan, miembro de la Suprema Corte de los EEUU, subrayó que “la más completa incapacidad o la aplicación laxa de las leyes que impiden el ingreso ilegal a este país [...] han resultado en la creación de una significativa población en las sombras (*shadow population*) de

¹⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 4/84. Supra nota 10, parág. 32

¹⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 17/02. Supra nota 2. Voto razonado del juez A.A. Cancado Trindade, parág. 32. Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 18/03. Supra nota 7, parág. 112. Véase además: Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, parág. 98.

¹⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 18/03. Supra nota 7, parág. 103 y 104

¹⁹ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, parág. 141 y 142. Ver también: Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, parág. 13.

inmigrantes ilegales. Esta situación levanta el espectro de una *casta permanente* de residentes indocumentados [...] y crea un grupo marginado (*underclass*)”²⁰.

Para demostrar que no hablamos de algo irreal, y que el reconocimiento del derecho de todas las personas a migrar no causa una crisis socio-económica efectiva en un Estado, deviene sustancial citar el ejemplo de la Ley de Migraciones de la República Argentina (Ley 25.871). Esta legislación, promulgada en el año 2004, reconoce en su artículo 4° el derecho a migrar como “esencial e inalienable”²¹. Además, la norma garantiza este derecho “sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Es importante destacar que la norma reconoce como uno de sus objetivos el “dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes”²². Por lo tanto, podemos deducir que la Argentina reconoce que la obligación de garantizar el derecho humano a migrar en forma universal proviene de los compromisos internacionales que asumió el Estado. Consideramos que esta ley constituye un avance muy significativo en la consagración de este derecho²³ por lo que lamentamos que otros países de la región no hayan copiado su modelo.

Si el reconocimiento de la existencia del derecho humano a migrar resulta imposible en el estado actual de desarrollo de los Derechos Humanos (no dudamos que en un futuro cercano resultará imposible seguir negando la existencia de dicho derecho), ofrecemos a este Tribunal una lectura del artículo 24 de la Convención que posee mayor desarrollo en la doctrina y ha sido recepcionado incluso por la Comisión. Ambas teorías, aunque con argumentos divergentes,

²⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Plyer v. Doe*, 457, apartado III A) perteneciente a la opinión planteada el Juez Brennan, 1982. El texto expuesto es una traducción realizada por los autores del presente trabajo del siguiente texto: “Sheer incapability or lax enforcement of the laws barring entry into this country, coupled with the failure to establish an effective bar to the employment of undocumented aliens, has resulted in the creation of a substantial “shadow population” of illegal migrants - numbering in the millions - within our borders. This situation raises the specter of a permanent [457 U.S. 202, 219] caste of undocumented resident aliens, encouraged by some to remain here as a source of cheap labor, but nevertheless denied the benefits that our society makes available to citizens and lawful residents. The existence of such an underclass presents most difficult problems for a Nation that prides itself on adherence to principles of equality under law”. Disponible online en <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=457&invol=202>. (última visita 30/11/2011).

²¹ El artículo 4 dispone que “[e]l derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Vale aclarar que el título en el cual se encuentra incluido el apartado antedicho se denomina “De los derechos y libertades de los extranjeros”, por lo que estamos hablando de un derecho que no se le reconoce sólo a los nacionales.

²² El artículo 3.a) manifiesta: “*Son objetivos de la presente ley [...]: Fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes*”.

²³ Para mayor información al respecto, véase Ceriani Cernadas, Pablo, “Nueva ley: un paso hacia una concepción distinta de la migración”, en *Migración: un derecho humano*, Prometeo Libros, pág.116, 2004.

arriban a la misma conclusión: que las personas pueden entrar y salir libremente de los diferentes Estados y que las restricciones que establecen las leyes migratorias son contrarias a la Convención.

Entendemos que ciertos teóricos doctrinarios, como por ejemplo Huemer²⁴, se quedan a mitad de camino entre las dos teorías. Para asegurar que si existe un derecho a migrar, el mencionado ensayista utiliza argumentos relacionados con el derecho a la igualdad ante la ley. Así, establece que las restricciones a los inmigrantes constituyen un “*violación prima facie*” de los derechos y deberían ser los Estados los que tiene la carga de la prueba de demostrar que en el caso concreto no lo es. Las leyes que impiden el acceso a inmigrantes tienen tres características que generan esta presunción en su contra: son coercitivas, son altamente restrictivas y sus consecuencias son extremadamente gravosas para aquellos que se les impide la entrada a otro país. Lo que este autor desarrolla es el concepto de “categoría sospechosa”, concepto que ha sido utilizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁵, por la Corte Suprema de los Estados Unidos²⁶ y ha sido recepcionado por el máximo tribunal de la Argentina²⁷. Saba, en su trabajo “¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”²⁸, analiza este concepto desde lo que el autor denomina la “igualdad como no discriminación” y la “igualdad como no sometimiento”. Ciertamente, en algunas ocasiones estas dos formas de entender a la igualdad se yuxtaponen y no pueden ser aplicadas indistintamente: la igualdad como “no discriminación” es una versión individualista de este derecho/principio que se caracteriza por tener una visión descontextualizada en la que solo se verifica que exista una relación de “razonabilidad”²⁹ entre los medios elegidos y los fines deseados. En cambio, la versión de la igualdad como “no

²⁴ Huemer, Michael, “Is there a right to Immigrate?” *Social Theory and Practice*, 36:429 – 461. 2010.

²⁵ CIDH, *Supra* nota 4, parág. 102.

²⁶ Por ejemplo, “*Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*”, 473 U.S.; “*Strauder v. West Virginia*”, 100 U.S. 303; “*Hernández v. Texas*”, 347 U.S. 475; “*Board of Retirement v. Murgia*”, 427 U.S. 307.

²⁷ Por ejemplo, CSJN “*Repetto, Inés c. Provincia de Buenos Aires*”, fallos 311:2272; CSJN, “*Hooft, Pedro Cornelio Federico c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”, fallos 327:5118; CSJN, “*González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba*”, fallos 323:2659. Véase también Gulco, Hernán, “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, en AA.VV, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA 2002, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, pág. 287-302, 2003.

²⁸ Saba, Roberto, “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Roberto Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008. Véase además. Saba, Roberto, “Desigualdad Estructural” en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

²⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 4/84. *Supra* nota 10, parág. 57.

sometimiento” posee una visión sociológica que contempla la pertenencia de un individuo a un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos, solamente, por pertenecer a dicho grupo.

En este sentido, Fiss sugiere que el “principio de no-discriminación” encierra una concepción muy limitada de igualdad y que, por ese motivo, propone otro principio intermedio: el principio de “grupo desaventajado”, que de mejor cuenta de la realidad³⁰. Esta lectura estructural de la igualdad ante la ley no se vincula a la irrazonabilidad (funcional o instrumental) del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos *sometidos, excluidos o sojuzgados* por otros grupos. En esta línea, consideramos que también se puede leer el artículo 24 de la Convención en clave fissiana, lo que permitiría afirmar que existe una garantía de prevenir la creación de dichos grupos.

Cada una de estas posibles interpretaciones del derecho a la igualdad trae aparejada una elaboración de “categorías sospechosas”. Desde la óptica de la “igualdad como no discriminación”, la categoría es sospechosa porque es palmariamente irrazonable, es decir, que es prácticamente imposible encontrar algún caso en el que la categoría podría justificar un trato diferente en virtud del principio de razonabilidad. Por otro lado, la categoría resulta también sospechosa para la teoría sociológica o estructural porque es utilizada para perjudicar a ciertos grupos y perpetuar una situación de sojuzgamiento, sometimiento y exclusión social. La consecuencia de considerar que estamos ante la situación mencionada, tanto para una como para otra interpretación, es la inversión de la carga de la prueba y es el Estado el que va a tener que demostrar por qué utiliza tal distinción. En los casos que se deniegue la entrada al territorio de un Estado a un niño migrante, es el mismo Estado el que tendrá la pesada carga de demostrar por qué, a través de esa decisión, restringió los derechos del niño. Saba advierte al respecto que: “[a]signarle a una categoría el status de sospechosa es sumamente relevante, pues coloca al Estado que basa en ella el trato diferente, en una situación de desventaja frente a quien denuncia el trato desigual [...] Determinar qué es lo que convierte a un criterio diferenciador del trato en sospechoso es de suma importancia y trascendencia, pues distribuye cargas argumentativas en

³⁰ Fiss, Owen, “*A Community of Equals*”, Beacon Press, Boston, 1999. Véase además Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, capítulo 12: “Affirmative Action: Is it Fair?”, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

forma desigual entre las partes del pleito tornando sumamente difícil justificar el trato diferente y elevando la protección del supuestamente afectado.”³¹

Recientemente, la Comisión señaló en su Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas³² que: “si bien tanto el análisis de la arbitrariedad o carácter discriminatorio de una diferencia de trato implican el sometimiento de la distinción o exclusión a un *test* en el que se analice si la medida es objetiva y razonable³³, existen casos en los que el nivel de intensidad del escrutinio resulta más estricto en cuanto al cumplimiento de los parámetros de fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad³⁴. Esto sucede, por ejemplo, cuando la diferencia de trato estuvo motivada en ciertas categorías que se consideran “sospechosas”. En tales casos, se presume que la distinción es incompatible con la Convención Americana y se aumenta la carga argumentativa de los Estados para desvirtuar dicha presunción *prima facie*³⁵. Aún más, las reparaciones a otorgar ante este tipo de discriminación deben tener una “vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo” y se deben orientar a identificar y eliminar los factores causales de la discriminación, sobre todo cuando se trate de discriminaciones estructurales”³⁶. En este caso, la Comisión se refiere a la posición de “igualdad como no discriminación” de las categorías sospechosas, ya que utiliza los conceptos de razonabilidad entre los medios elegidos y los fines deseados.

Asimismo, la Comisión ha analizado el concepto de discriminación indirecta o impacto desproporcionado de normas, acciones y políticas que parecen neutrales pero que tienen efectos diferenciados en ciertos grupos³⁷. Aquí, la referencia es al segundo tipo de igualdad desarrollado previamente: la de “no sometimiento” y al principio de “grupo desaventajado”.

³¹ Saba, Roberto, “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? Supra nota 28, pág. 4.

³² CIDH, Supra nota 4, parág.102.

³³ Corte IDH, Supra nota 2, parág. 55.

³⁴ CIDH, Escrito de demanda en el caso Karen Atala e hijas de fecha 17 de septiembre de 2010, Caso No. 12.502, Chile, parág. 88; Véase también Curtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en Revista Derecho del Estado, 23: 16 - 122, 2010.

³⁵ CIDH, parág. 89. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf>.

³⁶ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 205. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, parág. 450 - 451.

³⁷ CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007, parág. 90. También Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República

Con esto no queremos decir que deba existir un derecho absoluto de acceso de extranjeros a un país³⁸. De hecho, la Corte reconoció a los Estados la facultad soberana de diseñar sus propias políticas migratorias³⁹ debiendo, este diseño, consistir más en una reglamentación⁴⁰ del derecho a migrar que en una restricción⁴¹ del mismo; y, en tal caso, respetando los derechos humanos⁴². Por lo tanto, dichas reglamentaciones deben tener como único propósito que las personas que ingresan se encuentren “regularizadas”⁴³ y, una vez cumplidos con los requisitos establecidos por cada Estado, las personas deberían poder ingresar libremente a cualquier país, gozando de los mismos derechos que tienen los nacionales. La Corte estableció que “[e]l estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado”⁴⁴. En esta línea de trabajo, Fiss señala que “[b]ajo el principio de no-discriminación, la culpabilidad del grupo excluido puede adquirir relevancia bajo el supuesto (cuestionable) de que es permisible para un gobierno adjudicar beneficios sólo a “quienes moralmente lo merecen”, o a “quienes no sean culpables de falta alguna”. Sin embargo, la falta no es relevante para el principio de “no

Dominicana. Supra nota 19, parág. 141 y alegatos de la Comisión, parág. 112 b); Corte Europea de Derechos Humanos, Hoogendijk Vs. Holanda, Aplicación No. 58461/00. Sentencia del 6 de enero de 2005; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, parág. 10; y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Althammer y otros Vs. Austria, Comunicación No. 998/2001, CCPR/C/78/D/998/2001, 8 de agosto de 2003, parág. 10.2.; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, L.R. y otros Vs. Eslovaquia, Comunicación No. 31/2003, CERD/C/66/D/31/2003, 7 de marzo de 2005, parág. 10.4.

³⁸ Por ejemplo, la Ley de Migraciones de la República Argentina, luego de reconocer el derecho universal e inalienable a migrar, establece que este se deberá ejercer satisfaciendo las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia en dicho país. Ley 25.871, artículo 4.

³⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 18/03. Supra nota 7, parág. 119 y 163. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Supra nota 17, parág. 97.

⁴⁰ Ver Pinto, Mónica, “*Temas de derechos humanos*”, Editorial Del Puerto, 1997, pág. 87. La autora explica que: “*la reglamentación razonable comporta la regulación legal del ejercicio de un derecho, sin desvirtuar su naturaleza y teniendo en mira su pleno goce en sociedad*”.

⁴¹ Id. Allí la autora expresa que: “*las restricciones legítimas son los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda*”.

⁴² Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 18/03. Supra nota 7, parág. 168. Ver también: Corte IDH, Caso de las medidas provisionales contra República Dominicana, resolución de 18 de agosto de 2000, punto 4to de los considerandos

⁴³ Ceriani Cernadas afirma que a lo largo del articulado de la Ley vigente en la Argentina, donde se reconoce el derecho humano a migrar, “*se vislumbra la intención de legislador de propender a la regularización de los migrantes antes que empujarlos a la irregularidad, y luego someterlos a las lógicas de control, persecución y posterior expulsión*”. Ver Ceriani Cernadas, Pablo. Supra nota 23, pág. 124

⁴⁴ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Supra nota 19, parág. 156. Además, véase Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 18/03. Supra nota 7, parág. 118. Asimismo, el ya citado Juez Brennan de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el precedente Plyler v Do argumentó que “*más allá del status que tengan estos inmigrantes de acuerdo con las leyes de migraciones, ellos son claramente personas en el sentido más ordinario del término*” (el resaltado nos pertenece).

sometimiento”, ya que lo que se evalúa con ese principio es la equidad en la asignación de beneficios, sino la estructura social que tal regla crea. Nadie, inocente o no, debe ser transformado por el Estado en un **paria**”⁴⁵ (el resaltado nos pertenece)

A partir del reconocimiento del derecho humano a migrar se hace difícil pensar hipótesis en las que podría resultar “ajustado a derecho” o “razonable” la expulsión de los inmigrantes. Resulta sencillo concluir que “tal expulsión no sería viable cuando pretenda basarse en la irregularidad migratoria de la persona, dificultándose la cuestión cuando se trate de expulsiones fundadas en la comisión de delitos”⁴⁶. Incluso en este caso entendemos que tendría carácter de ilegítimas por tratarse de una pena accesoria a la impuesta por la justicia penal y provocaría una distinción irrazonable entre nacionales y extranjeros que cometen el mismo crimen⁴⁷.

En su voto razonado concurrente en la OC 18, el juez Sergio García Ramírez señala que “[d]esde luego, es factible que un Estado, al regular el acceso a su territorio y la permanencia en éste, fije condiciones y requisitos que los migrantes deben atender. La inobservancia de las disposiciones migratorias traería consigo consecuencias del mismo orden, pero no debiera acarrear efectos en materias ajenas a la cuestión del ingreso y la estancia del migrante.”⁴⁸ En el mismo sentido, la Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes sostuvo que “[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición regular no debería bajo ninguna circunstancia tener carácter punitivo”⁴⁹. Además, el Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares recomendó que, a fin de ajustar la legislación a la Convención y otros instrumentos internacionales, se debe eliminar “como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona al territorio [de otro Estado]”⁵⁰

⁴⁵ Véase Fiss, Owen, “El inmigrante como paria”, en Una comunidad de iguales, Miño y Avila, Buenos Aires, 2002, pág. 32

⁴⁶ Véase Ceriani Cernadas, Pablo. Supra nota 23, pág. 117

⁴⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 18/03. Supra nota 7. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, parág. 20

⁴⁸ Id. parág. 24.

⁴⁹ Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas, “Grupos específicos e individuos: trabajadores migrantes”, E/CN.4/2003/85, párr.73. Ver también Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Supra nota 17, parág. 171.

⁵⁰ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, observaciones finales, México, CMW/C/MEX/CO/01, parág. 15

Tal como lo solicita el Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos, la Corte debe analizar las cuestiones planteadas aplicando el principio de progresividad de los DDHH. Esta Corte sostuvo en su debido momento que “[t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁵¹ También la Comisión estableció que “el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales. El principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos”⁵². En el mismo sentido, el ex juez de la Corte Rodolfo E Piza Escalante invocó “el principio de que los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los llamados derechos económicos, sociales y culturales”⁵³.

En este contexto, la Corte sostuvo que “la evolución de este ámbito del derecho internacional ha desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias”. De esta forma, en materia del otorgamiento de nacionalidad dispuso que “la discrecionalidad de los Estados [...] sufre un constante proceso de restricción conforme la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados”⁵⁴. Al hablar de “evolución” o “proceso” el Tribunal está haciendo referencia a una

⁵¹ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Serie C No. 63. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, parág. 193.

⁵² CIDH. Informe anual 1993, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 febrero 1994, capítulo V, “El principio de desarrollo progresivo”. Ver también: Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en: “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

⁵³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 4/84. Supra nota 10, voto separado del Juez Roberto E. Piza Escalante, parág. 3.

⁵⁴ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Supra nota 19, parág. 140 – 141.

interpretación progresiva de estos derechos relacionado principalmente con el principio *pro homine*. En el pasado, era admisible sostener que los Estados se obligaban a garantizar, solamente, la libre circulación, entendida como el derecho a salir de un territorio, y sólo aseguraban el derecho a regresar al país del cual eran nacionales. Pero el principio de progresividad exige, en el estado actual de evolución del derecho internacional, que la interpretación de la Convención asegure que los Estados no puedan cometer arbitrariedades a la hora de determinar quiénes entran a un territorio. Entendemos, en definitiva, que la única forma de acabar con dichos abusos es consagrar, de una vez y para siempre, el derecho humano a migrar.

Una vez establecida la existencia del derecho humano a migrar y demostrada la imperiosa necesidad de reconocimiento por este tribunal, pasaremos a analizar si los niños poseen capacidad jurídica para ejercer por sí mismos el derecho en cuestión.

El ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos A.A. Cancado Trindade estableció, en su voto concurrente en la Opinión Consultiva 17, la diferencia entre dos conceptos que guardan estrecha vinculación pero que se refieren a cuestiones diferentes: la personalidad y la capacidad jurídica.

El magistrado advirtió que: “[p]uede ocurrir que un individuo tenga personalidad jurídica sin disfrutar, en razón de su condición existencial, de plena capacidad para actuar. Así, en el presente contexto, por personalidad se puede entender la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por capacidad la aptitud para ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad encuéntrase, pues, íntimamente vinculada a la personalidad; sin embargo, si por alguna situación o circunstancia un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, ni por eso deja de ser sujeto de derecho. Es el caso de los niños.”⁵⁵

De tal forma, existen argumentos convincentes para sostener que el niño tiene la personalidad para ser titular del derecho a migrar. Lo que aún nos queda por ver es si tiene la

⁵⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC - 17/02. Supra nota 2. Voto razonado del juez AA Cancado Trindade, parág. 8.

capacidad jurídica para ejercerlo por sí mismo o si carece de esa “capacidad para actuar” y necesita que otro/s (por ejemplo, sus padres o tutores) lo ejerzan por él⁵⁶.

A la hora de resolver el caso precitado “*Plyler v. Doe*”⁵⁷, en el seno de la Suprema Corte de los Estados Unidos surgió una discusión sobre los derechos de los niños y su condición de “víctimas inocentes” de la entrada irregular al país. El juez Powell sostuvo que los niños eran las principales víctimas de la legislación discriminatoria ya que, si bien ellos habían ingresado ilegalmente a los Estados Unidos, habían sido *traídos* por sus padres⁵⁸. En la misma línea, el juez Brennan en “*Trimble v. Gordon*”⁵⁹ sostuvo que “los niños no tienen la posibilidad de influir en la conducta de sus padres, así como tampoco en su propio status [...] utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las concepciones más fundamentales de justicia”⁶⁰. Esto abre el debate sobre si los niños tienen la capacidad para migrar por sí mismos o son “migrados” por decisión de sus padres.

Uno de los argumentos más fuertes que encontramos en contra de esta vieja discusión de si los niños son o no migrantes, es el elemento fáctico. Según el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Inmigración en Estados Unidos⁶¹, sólo este país recibe anualmente aproximadamente 90.000 niñas y niños no acompañados. Este dato evidencia que son los niños, por sí mismos, los que toman la decisión de cruzar la frontera en busca de un futuro más promisorio. Posiblemente en los tiempos de la Corte en la cual ejercía su cargo Brennan, los niños podían migrar siguiendo a sus padres, pero en nuestros días el panorama es muy diferente: miles y miles de niños dejan atrás sus casas, sus familias y hasta sus costumbres cuando deciden emigrar. Ciertamente es imposible negar que, ante esta abrumadora cifra, son los niños los que toman esa decisión tan dura (obligados generalmente por las condiciones sociales y económicas del país en donde se encuentran), ejerciendo por sí mismos el derecho a migrar.

Si el fundamento de la exigencia de capacidad jurídica para ejercer ciertos derechos es la protección de aquellos considerados incapaces, la “protección”, en este caso, que se le intenta dar

⁵⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC - 17/02. Supra nota 2, parág. 41.

⁵⁷ 457 U.S. 202.

⁵⁸ Fiss, Owen, “El inmigrante como paria”. Supra nota 45, pág. 31.

⁵⁹ 430 U.S. 762, 770

⁶⁰ La traducción de este párrafo se encuentra en Saba, Roberto, “Desigualdad estructural”. Supra nota 28, pág. 188.

⁶¹ CIDH, Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: detención y debido proceso, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, parág. 372.

a los niños puede ir en contra de su “interés superior” ya que puede ocurrir que se encuentren obligados por las condiciones sociales de sus países de origen a tomar la decisión de continuar sus vidas en otros Estados donde se garanticen todos sus derechos humanos. Recordemos que la Corte sostuvo que “[l]a protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”⁶². Por lo que la capacidad no debería ser un impedimento del ejercicio del derecho a migrar. ¿Cómo es posible que una ficción del Derecho creada para proteger a un determinado grupo pueda ser utilizada para ir en contra del “interés superior” de ese grupo? Son las autoridades debidamente capacitadas que reciban a los niños las que deberán establecer (luego de identificar los tipos de problema que afectan al niño, los derechos afectados o potencialmente afectados, las causas que originan dichas afectaciones y los factores que contribuyen a potenciarlas), en cada caso, cuál es el “interés superior” de ese niño migrante. Por lo que, si no se admite que en todos los casos los niños tienen capacidad jurídica para migrar, el “interés superior del niño” y su derecho a ser oído deben operar como excepciones en los casos en que los menores migrantes no se encuentren acompañados de sus padres o sus tutores. Igualmente, en el caso que migren acompañados de sus padres o tutores y que se considere que son éstos los que ejercen el derecho de los niños, se deberá tener en cuenta, una vez más, el “interés superior del niño” a la hora de evaluar si la familia y/o el niño pueden ingresar al Estado de destino.

En conclusión, entendemos que existe un derecho humano a migrar consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana (que debería ser reconocido por esta Corte) y que los niños tienen la capacidad jurídica para ejercerlo por si mismos o, por lo menos, en los casos en que migren sin la compañía de sus padres o tutores, existiría una excepción a su “incapacidad jurídica” que deberá ser evaluada, caso por caso, por las autoridades que los reciban en el país de tránsito o destino.

4 Cuestiones planteadas y **Respuestas a la Solicitud de Opinión Consultiva**

⁶² Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 17/02. Supra nota 2, parág 53.

En esta sección se analizarán cuatro de las temáticas abordadas por la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Se separará metodológicamente por interpelaciones, donde se verá cómo algunos argumentos centrados en el interés superior del niño las recorren de manera transversal. Esto se hará con el objeto de arribar a respuestas que puedan llegar a ser satisfactorias a los interrogantes, integrando de igual modo al estudio diversas aristas que pueden ser consideradas esenciales, tales como el principio de no discriminación e igualdad.

4.1 Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medios de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes. ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7, y 25 de la Convención Americana 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?

En la actualidad, los procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medios de protección especial para niños, niñas y adolescentes migrantes parecen ser el puntapié inicial para el progresivo desarrollo de un sinnúmero de derechos inherentes por su condición de tales. En efecto, su ubicación en esta Solicitud de Opinión Consultiva responde a una estructura temporal que pretende encontrar respuestas a partir de la llegada del menor a las puertas de un Estado del cual no es nacional. Justamente, el tratamiento que se le da a este arribo es determinante en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos. Si la autoridad administrativa que recibe al menor no intenta una interacción que permita identificar la necesidad de un resguardo, todo hecho posterior será en vano. Por este motivo, las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección del menor migrante se registrarán siempre por el principio del interés superior del niño.

De esta manera queremos remarcar una cuestión que todavía no ha sido resuelta: ¿son todos los inmigrantes iguales? En definitiva, parecería ser que no y que cada situación en concreto exige una respuesta inmediata y particular. En esta línea queremos dejar sentado que no se trata de ir en oposición al principio de igualdad, sino todo lo contrario, de respetarlo y por tanto favorecer al disfrute y ejercicio de las garantías mínimas. Ahora bien, ¿fácticamente tienen todos los individuos que residen en un Estado los mismos derechos? La existencia de este pedido de respuestas a la Corte daría a entender justamente una respuesta negativa.

El Comité de los Derechos del Niño expuso en su Observación General N° 6 de 2005 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, ciertos criterios de respuesta para determinar las necesidades en cada caso, ejemplo que podría servir de analogía para el caso general de menores migrantes independientemente del motivo. De esta forma, estableció la exigencia de realizar un proceso de evaluación inicial comprendiendo las siguientes etapas:

- 1) Determinación de la condición de menor no acompañado o separado de su familia inmediatamente tras la llegada al Estado o tan pronto cuando las autoridades tomen conocimiento de su ubicación en el país. Para esto se deberá determinar tanto la edad como la madurez psicológica. Asimismo, dicha evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés superior del niño y a condiciones de género, evitando todo peligro de violación de su integridad física, respetando su dignidad humana y, en caso de duda, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, si se trata de un menor, sea respetado como tal. En rigor, estas acciones permiten fijar los motivos por el cual dicho individuo se encuentra en situación de migrante y ayudan a estipular las políticas para hacer prevalecer el principio de igualdad precitado. Ciertamente no traería consigo sesgos discriminatorios sino que, como la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido, “el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las

sociedades democráticas”⁶³. Esta noción parte de la premisa dispuesta en los primeros lineamientos de esta respuesta: no todos los inmigrantes se encuentran en la misma situación, aunque todos deben ser respetados de igual manera, intentando eliminar las diferencias sociales existentes por su propia migración.

- 2) Inscripción en el registro de ingresantes, luego de una entrevista inicial adaptada a las necesidades, edad y sexo del menor, realizada por profesionales calificados en un idioma que el menor pueda comprender, permitiendo reunir datos y antecedentes para determinar la identidad y ciudadanía de dicho individuo e incluso, de ser posible, la de los padres y hermanos.
- 3) En el proceso mencionado, debe agregarse información adicional de carácter fundamental, tal como:
 - a. Razones por las que está separado de su familia o no acompañado. Hay que recalcar en este punto que un niño migrante no se encuentra en toda circunstancia separado de su familia, sin embargo, en aquellos casos que se diera esta situación, este criterio podría implementarse.
 - b. Evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad, fundamentalmente lo relativo a la salud, violencia en el hogar, posible existencia de casos de trata o el propio trauma surgido del proceso migratorio.
 - c. Toda la información de que se disponga para determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional, como las basadas en "fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas" en el país de origen (párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados), las derivadas de una agresión exterior, ocupación, dominación extranjera o hechos que perturben gravemente el orden público (párrafo 2 del artículo 1 de la Convención Africana sobre Aspectos Específicos de los

⁶³ Véase Corte Europea de Derechos Humanos. Caso "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Bélgica. Sentencia del 23 de Julio de 1968, Series A 1968, parág 10. También ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC - 18/03. Supra nota 7, parág.90.

Problemas de los Refugiados en África), o las provocadas por los efectos indiscriminados de la violencia generalizada.

- d. Asimismo, la entrega de documentos personales de identidad, situación que se desprende del punto anterior ya que no será igual el tratamiento cuando sea casos de refugio, asilo, apatridía, migración económica o ambiental.
- e. Comienzo inmediato de la localización de los miembros de la familia⁶⁴.

Frente a esta enumeración, se debe recordar que la Corte ha establecido en numerosas oportunidades que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños⁶⁵. De hecho, la existencia y prevalencia de un interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, debiendo prestar especial atención a aquellos que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable, siendo en este caso, los migrantes. Además, para que estos presupuestos se lleven verdaderamente a la práctica existen ciertos lineamientos a ser seguidos. La capacitación que deben tener aquellas autoridades de migración que reciban a los niños migrantes no solo gira en torno de los conocimientos acerca de la normativa que regula los desplazamientos poblacionales, sino que es necesaria una profundización de los presupuestos básicos de derechos humanos y, en este caso, el ya citado interés superior del niño. En tal sentido, es menester la existencia de un entrenamiento en trato con menores, así como con individuos que provengan de situaciones de crisis humanitaria, social, económica y ambiental. En efecto, cabe observar que para asegurar la prevalencia del principio mencionado, normativamente hablando, el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño establece que este requiere “cuidados especiales” y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En estos casos, existe la necesidad imperiosa de adoptar medidas particulares en miras de analizar cada situación, teniendo en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia⁶⁶. La preparación necesaria para poder detectar una situación riesgosa para el menor viene de la mano con un orden global que así lo exige. Con esto, compartimos la opinión planteada por Cançado Trindade cuando manifestó que la llamada “globalización” es en realidad un neologismo que, al mismo tiempo que

⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 6. Supra nota 19, parág. 31.

⁶⁵ Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Supra nota 19, parág.134; Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Supra nota 51, parág. 146; y Corte IDH Caso Bulacio Vs. República Argentina. Serie C No. 100. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, parág. 133.

⁶⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 17/02. Supra nota 2, parág. 60.

sugiere la existencia de un proceso para todos, oculta la exclusión y marginación de una buena parte de la población mundial⁶⁷. Este criterio se refleja en situaciones en las cuales la autoridad de migraciones afronta posibles violaciones a los derechos de los niños como el tráfico de menores, niños involucrados en conflictos armados, los niños refugiados, desplazados y apátridas o incluso quebrantamientos a los derechos económicos, sociales y culturales en sus países de origen.

Ahora bien, por qué no pensarlo en términos de justicia. Es evidente que en aquellos casos donde la situación del menor no parece clara, su destino dependerá de la voluntad del sujeto o institución que lo reciba y de los criterios que sean utilizados, aunque siempre se tiene que poder respetar su interés superior. No obstante, las disimilitudes en dichos criterios son los que diferencian el tratamiento que pueda recibirse en un Estado o en otro, lo cual lo único que trae aparejado es una inseguridad jurídica solamente superada por la violación a las garantías fundamentales de protección que posee el individuo mencionado. Pensar en discusiones teóricas parece lejano y con un sustento que no trae como consecuencia resultados concretos. Creemos firmemente que se necesitan características objetivas y preparaciones adecuadas para poder hacerle frente al desafío que se presenta, lo que puede traducirse (y debe hacerlo) en una modificación estructural y democrática de las instituciones migratorias. Así, los controles para la protección de los resguardos esenciales son de vital importancia en las sociedades modernas.

Esto último trae a colación otro tema que debe ser mencionado: hoy en día la falta de articulación entre las políticas migratorias y las medidas de protección de los derechos humanos son indudables. Como bien sabemos, estos derechos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. La Corte ha establecido, de esta forma, la incuestionabilidad del hecho de que toda persona tenga atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se les puede desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, independientemente de su organización política⁶⁸. Esto, como bien se ha dicho, es un piso para el caso de los menores, ampliándose por la protección especial que poseen en su carácter de tales. Motivados en esto, no debemos dejar de mencionar también que los Estados deben suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entranen violación a las garantías previstas en la Convención Americana y, por otro lado, el compromiso de crear normas conducentes a la efectiva

⁶⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 18/04. Supra nota 7. Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, parág. 16.

⁶⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 18/04. Supra nota 7, parág. 73.

observancia de dichas garantías⁶⁹. Este punto tiene estrecha relación con los párrafos anteriores en lo referido a la preparación necesaria para poder identificar y ayudar de la mejor manera posible a los niños, entendiendo que existe un elemento común: los menores tienen una protección diferente y siempre se debe articular las políticas a esta.

La importancia de la inmediatez en la detección de riesgos es otra cuestión a tener en cuenta. Ciertamente, la falta de preparación por parte de las autoridades migratorias y la posible violación a determinados derechos se conjugan con los peligros que puede tener el menor y no estamos hablando solamente de su país de origen. De hecho, la falta de una resolución inmediata es causal no solo para que el riesgo se mantenga, sino para que, en ciertas situaciones, deje de serlo y pase a ser una realidad. Uno de los problemas que aqueja la inmigración moderna (y sus limitaciones) es el abandono por un tiempo prolongado de los migrantes en establecimientos cuasi-penitenciarios por la ausencia de medidas eficaces y rápidas. Esto es claramente violatorio de principios como el de no discriminación e igualdad ante la ley a favor de todas las personas. La Corte, en su competencia consultiva, ya ha establecido que los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico interno regulaciones discriminatorias, “de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”⁷⁰. La lentitud en la detección de un peligro es también una práctica discriminatoria, ya que el tratamiento del menor durante ese lapso afectará seguro su futuro.

Habiendo dicho esto, las decisiones posteriores que realicen los Estados deben estar fundadas en las conclusiones de una evaluación inicial de las medidas de salvaguarda, realizada en virtud de los procedimientos antedichos. Esto trae aparejado, por ejemplo cuando los menores se encuentren solos, la necesidad de nombrar un tutor o asesor que se desempeñe en sus funciones hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado. La noción expuesta gira en torno de una correcta reevaluación del impacto que tendrá la medida adoptada que, en definitiva, no puede dejar evaluar al interés superior del niño.

⁶⁹ Id., parág. 78.

⁷⁰ Id., parág. 88.

4.5 Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios: ¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños/as migrantes, y cuáles son las obligaciones principales que tienen los Estados respecto de los niños y niñas (solos 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 y de los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

A simple vista, la respuesta debería ser evidente: siendo que los niños no tienen razón de estar alojados, ya que los motivos migratorios no pueden ser considerados como un argumento suficiente, la discusión sobre las condiciones de dichos establecimientos no debe prosperar. No obstante, la práctica ha diferido consistentemente con la teoría, yendo en contra, no solo del interés superior del niño, sino también de otras premisas complementarias como las relacionadas a la igualdad y no discriminación. El hecho de que se dispongan de lugares especiales para hospedar a los menores no hace más que quebrantar dichos conceptos, reduciendo la realidad a una clara violación a los derechos humanos. En efecto, la Corte ya ha dispuesto en su jurisprudencia que “[c]uando se trata de migrantes, la detención y privación de libertad por su sola situación migratoria irregular, debe ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso concreto, solamente admisible durante el menor tiempo posible y en atención a los fines legítimos referidos”⁷¹. Así, la manera en la cual se lleva a cabo la detención y las condiciones básicas de alojamiento son escenarios que se encuentran estrechamente conectados.

Como tenemos el conocimiento de que tanto fáctica como jurídicamente se ha dado la posibilidad de que dicha situación se lleve a cabo, es menester recordar las obligaciones jurídicas bajo las cuales se encuentran los Estados. Por este motivo, el análisis de la respuesta debe encontrarse dividido según casos particulares, queriendo decir que no es lo mismo si se trata de menores no acompañados o separados de su familia, o de casos en los cuales se encuentran en mismos dispositivos de alojamiento con adultos e, incluso, si lo hacen en lugares donde permanecen otros niños, niñas y adolescentes por la comisión de delitos penales. Vale

⁷¹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Supra nota 17, parág. 208.

recordar que en la legislación de numerosos países las violaciones a las leyes migratorias constituyen delitos, por lo que migrantes indocumentados o irregulares se ven particularmente expuestos a penas privativas de la libertad simplemente por cruzar ilegalmente las fronteras de un Estado. Hemos analizado con preocupación la ausencia de un reconocimiento universal al derecho humano a migrar, lo que claramente entra en consonancia con la tipificación de la migración irregular como delito a fin de desalentarla. Ciertamente la Corte tiene una posibilidad única por medio de la Solicitud, donde podrá reconocer derechos y garantías a un grupo poblacional afectado por determinadas situaciones de crisis.

En tanto principio general, los estándares internacionales relativos a la materia exigen que toda persona, independientemente de su edad, encontrada bajo custodia estatal sea tratada de forma humana, respetando su dignidad, sus derechos y garantías fundamentales. Debemos hacer hincapié en que la legislación de numerosos países ofrece más garantías a las personas privadas de libertad por orden judicial que a las personas bajo detención administrativa – donde se encuentran los migrantes -. La Corte ha establecido en su jurisprudencia que *“la forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste una particular importancia cuando el detenido es un menor de edad”*. Agrega, en la misma sentencia que, *“esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adoptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad”*⁷². A pesar de que el fallo antedicho no trate directamente el tema de menores migrantes, constituye un piso coherente con lo que respecta a las condiciones en la cual se ejecuta la medida de alojamiento.

Del mismo modo, el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece un mínimo de protección para los niños que se encuentran temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, expresando que tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Asimismo, la Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño, dispone que los menores no acompañados o separados de su familia sufren de especial vulnerabilidad, debiendo traducirse esto en asignaciones prioritarias de recursos para dichos niños, niñas y adolescentes⁷³. La

⁷² Corte IDH. Caso Bulacio Vs. República Argentina. Supra nota 65, parág. 126.

⁷³ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 6. Supra nota 19, parág. 16.

interpelación que surge evidentemente es acerca de dichas “asignaciones prioritarias de recursos”. ¿Es esta la respuesta a la pregunta acerca de las obligaciones Estatales respecto de los niños y niñas (solos o acompañados) que se encuentran bajo la custodia estatal por razones migratorias? Sin duda se acerca, pero lejos está de una medida realmente eficiente. La incorporación de organismos humanitarios, tales como UNICEF y ACNUR, entre otros del mismo carácter, a fin de atender las necesidades de los menores también es un interesante punto, no con el objetivo de controlar el accionar estatal, sino de mantener la protección de los niños en el nivel más alto posible. En rigor, explica además que dichos argumentos se aplican con arreglo al artículo 22 de la Convención mencionada, amparando también a los menores que se encuentren fuera del país de origen⁷⁴.

El párrafo 3 del artículo 20 expone una amplia gama de posibilidades para el alojamiento del menor, “(...) entre otras cosas, la colocación en los hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”. Es claro que, al elegir entre alguna de las opciones, se deben tener en cuenta las vulnerabilidades propias del menor, no solamente por haber quedado desconectado de su entorno familiar, sino además por situarse fuera de su país de origen, sumado a la evaluación por edad y sexo del niño, niña y adolescente. En este sentido, se debe prestar atención a la conveniencia, para que haya continuidad en la crianza del menor (en este punto los derechos económicos, sociales y culturales intervienen directamente), como a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estos elementos deben evaluarse en el proceso de identificación - ya analizado en el primer interrogante de esta Solicitud - sin dejar de lado el registro y la documentación necesaria que afirme la información obtenida.

En efecto, los parámetros que aplica la Observación, en lo que respecta a las medidas de atención y alojamiento de todo menor, no hace distinción por migrante o no. Esto se debe utilizar de forma análoga a fin de clarificar conceptos y que la Corte establezca criterios uniformes, motivada fundamentalmente en los principios de no discriminación e igualdad. De esta forma, encontramos, entre otros, los siguientes:

- Por regla general, no se privará de libertad a los menores;

⁷⁴ Id., parág. 39.

- Con el objeto de que haya continuidad en la atención y atendiendo al interés superior del niño, solamente se cambiará la residencia de los menores no acompañados o separados de su familia cuando con el cambio se preserve el interés superior del menor;
- Se permitirá al niño, niña y adolescente, que llegue acompañado de parientes o los tenga en el país de asilo permanecer con estos, salvo si ello es contrario al interés superior del menor. Asimismo, dada la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, personal de asistencia social realizará evaluaciones periódicas;
- Se mantendrá juntos a los hermanos;
- De manera independiente a los cuidados otorgados a los menores no acompañados o separados de su familia, se mantendrán supervisiones y evaluaciones cotidianas por parte de personal calificado, con el objeto de resguardar su salud física y psicológica, así como protegerlos contra la violencia en el hogar o la explotación, y el acceso a formación profesional y educativa, y a las oportunidades correspondientes.
- En las emergencias de grandes proporciones, se prestará asistencia provisional durante el período más breve, de acuerdo con las necesidades de los menores no acompañados. Esta atención se encuentra orientada a su seguridad y equilibrio físico y emocional, en un ambiente que estimule su desarrollo general. Habría que considerar, bajo esta premisa, la noción de “espacio de alojamiento” y su verdadera funcionalidad para los menores en situación de migración.

La Comisión también ha esbozado su opinión, estableciendo criterios de separación para alojamiento según la situación del individuo que se trate. Expresa entonces que, “(...) *se dispondrá la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales. En los casos de privación de libertad de los solicitantes de asilo o refugio, y en otros casos similares, los niños y niñas **no deberán ser separados de sus padres.** Los solicitantes de asilo o refugio y las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre migración no deberán estar privados de libertad en establecimientos*

destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales”⁷⁵ (el resaltado nos pertenece).

Los presupuestos mínimos de alojamiento, ante personas menores de edad, deberán verse maximizados a la luz del interés superior del niño, la protección especial y la protección integral de sus derechos. Con esto, al momento de diseñar y desarrollar las condiciones en las cuales se ejercerán las medidas de detención deben ser ciertamente excepcionales, tomando en cuenta en todo momento su vulnerabilidad motivada por las razones que dieron lugar a la migración. De hecho, los Estados tienen la obligación de contar con lugares y recursos que se adecuen a los estándares mínimos de protección, en consonancia con el principio de unidad familiar precitado. Es indudable que, en alguna medida, habrá que ponderar entre los derechos inherentes a los niños, quienes no deben ser separados de sus familias, y la disposición que establece la separación entre menores y adultos para la creación de establecimientos que puedan complementar dichas prácticas. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 37.c, dispone que “(...) *todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño (...)*”⁷⁶. La importancia del mantenimiento del núcleo familiar en lugares de detención ha sido también citada por la Corte al expresar que “(...) *los lugares de detención deben encontrarse diseñados a los fines de garantizar condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal (...), evitando en lo posible la desintegración de núcleos familiares*”⁷⁷, conclusión apoyada, incluso, en otras oportunidades⁷⁸. Esto debe que traer a colación una clara dicotomía entre dos principios donde, por un lado se encuentra la vida familiar y, por el otro, el alojamiento separado entre niños y adultos. Los dos principales órganos del SIDH han analizado extensamente el tema de la separación en el alojamiento de detención, cuestiones que pueden aplicarse con facilidad de forma analógica al caso de menores migrantes⁷⁹. Además, que las decisiones relativas a la separación del niño de su familia deben siempre estar justificadas por el interés superior del

⁷⁵ CIDH. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones. Principio XIX, 2008.

⁷⁶ Convención sobre los Derechos del Niño. Supra nota 5, art. 37.c.

⁷⁷ Corte IDH. Caso Vélez Looor Vs. Panamá. Supra nota 17, parág. 209.

⁷⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 17/02. Supra nota 2, parág. 66. Manifiesta que el Estado se encuentra obligado “(...) *no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar*”.

⁷⁹ CIDH, informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. Supra nota 4, pp. 110 – 113, 2011.

niño, cuestión inconclusa si se piensa en los posibles alejamientos de los menores y sus padres por el simple motivo de distinguirlos en tanto edad.

Es necesario evitar, con esto, determinadas restricciones impuestas a los menores por la condición migratoria de sus padres. Estos casos se dan en particular cuando a los niños son obligados a ubicarse en establecimientos con sus padres, recibiendo el tratamiento de un adulto. Asimismo, cuando se expulsa a un menor por la situación migratoria de sus padres va ciertamente en oposición con su interés superior, dejando de lado, por ejemplo, la posibilidad de que el menor haya construido un círculo de amistades y relaciones en el Estado del cual es expulsado. Es imperante realizar un correcto análisis de la cuestión para no encontrarse con argumentos en contrario, como que la utilización de los niños por parte de los adultos para conseguir un tratamiento más beneficioso. Por este motivo, el punto se encuentra estrechamente relacionado con los procesos de identificación al momento de llegar los menores a las puertas del Estado, sea en el marco de un núcleo familiar o incluso si se encuentran solos.

Párrafo aparte, vale mencionar las políticas públicas susceptibles de ser adoptadas por las autoridades estatales en materia de preparación sobre el debido respeto a los derechos humanos que poseen las personas encargadas de los establecimientos que alojen menores migrantes. El Tribunal ha expuesto que los que ejerzan dichas facultades “(...) *deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales*”⁸⁰.

La necesidad de generar medidas de salvaguarda por parte de los Estados es clara. En esta misma línea, la existencia de dos interrogantes complementarios entre sí buscan arribar a una misma solución, donde se priorice el interés superior del niño por sobre todo. De esta forma, las condiciones básicas que deben cumplir los establecimientos se regulan, a nuestro entender, por tres criterios. El primero de ellos, se representa por la brevedad, es decir, el alojamiento del menor debe ser, en términos temporales, lo más corto posible. En segundo lugar, se debe priorizar por la unidad familiar, implicando así que prevalecerá el mantenimiento de la familia por sobre todo. Así, las instituciones no deben propugnar por la separación de los miembros, sino todo lo contrario, respetar los presupuestos mínimos de protección para los

⁸⁰ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Supra nota 2, parág. 211.

niños, niñas y adolescentes migrantes. Los derechos económicos, sociales y culturales también deben ser tenidos en cuenta al momento de resguardar a los menores. Finalmente, el interés superior del menor debe encontrarse presente en todo momento y dirigir las circunstancias que regulen las instituciones de detención. Las obligaciones estatales tienen, a su vez, otra división: en tanto generadoras de dispositivos de protección tienen la obligación de regularse por derechos considerados como fundamentales para la comunidad internacional. La Corte ha entendido que “(...) la eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia deben brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que estos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño”⁸¹. De hecho, resaltó de forma posterior el inciso tercero del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, explicando que los Estados “(...) se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”⁸².

4.7 El principio de no devolución en relación con los niños y las niñas migrantes. ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado?

El Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos ha sometido a interpretación de la Corte un principio propio del derecho internacional humanitario, como es el de la no

⁸¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC - 17/02. Supra nota 2, parág. 78.

⁸² Id. 81.

devolución, presentando cuestionamiento sobre cual sería el alcance y contenido de este a la luz de ciertos artículos de diferentes acuerdos internacionales.

Los instrumentos internacionales citados receptan de forma similar este instituto. La Convención Americana establece en su artículo 22.8 que *“en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”*. De la misma forma, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura reconoce en su artículo 13 inciso 4 que *“no se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”* (el subrayado nos pertenece).

Como se ha desarrollado en extenso ut supra, y a lo cual remitimos por cuestiones de brevedad, abogamos por la existencia de un derecho humano a migrar que emerge de la interpretación progresiva del artículo 22 de la Convención Americana, pudiéndose arribar a la misma conclusión a partir de una lectura del artículo 24 del mismo instrumento en clave de “igualdad como no sometimiento”, como ha quedado demostrado. En razón de los argumentos que quedaron expuestos en las aclaraciones iniciales del presente amicus, consideremos que si el derecho humano a migrar fuese reconocido universalmente, no habría necesidad de invocar el estatus de refugiado para que una persona pueda permanecer en el país al que decidió migrar, y mucho menos serían determinantes las razones que impulsaron esa migración. Esto incluye a los procedimientos de identificación dispuestos en el primer interrogante ya que, en definitiva, no se evaluaría la relación entre migrante y situación de riesgo, sino simplemente se enfocaría en esta última. Con esto, no queremos decir que desaparecerán todo tipo de refugiados, sino que debiendo garantizarse el derecho a migrar respetando el principio de igualdad y no discriminación, norma ius cogens reconocida en el artículo 1.1 de la Convención⁸³, en los hechos, tanto migrantes como refugiados tendrían los mismos derechos. Pero en vistas de que el mencionado derecho aún no se reconoce universalmente, elaboramos los siguientes argumentos

⁸³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 18/04. Supra nota 7, parág. 100 – 101

en subsidio que deben ser tomados como un piso y nunca como un techo para la protección de los derechos humanos.

Es necesario primero definir qué es el principio de no devolución y en qué casos se puede invocar, para luego estudiar cómo se aplica a los niños y niñas migrantes.

La obligación de no devolución (non-refoulement), tal y como la describe la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁸⁴ (1951), consiste en la prohibición de enviar forzosamente a un refugiado a cualquier país en el que su vida o libertad se encuentren amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas. El ACNUR ha reconocido la importancia de este principio y ha determinado que, progresivamente, estaba adquiriendo carácter *ius cogens*⁸⁵. En el ámbito regional, es un instrumento de derecho internacional, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados del año 1984, el que establece en su artículo 5° que el principio de no devolución es una norma *ius cogens*.

Ahora bien, debemos determinar quién puede beneficiarse de la condición de refugiado. La Convención de 1951 ofrece una definición que fue modificada por el protocolo de 1967. Esta enunciación establece que la determinación de la condición de refugiado ha de realizarse de acuerdo con las disposiciones siguientes:

- a) La persona tiene que encontrarse fuera de su país de su nacionalidad y, en caso de una persona apátrida, fuera de su país de residencia habitual, por fundados temores de ser perseguida;
- b) La persona, por los fundados motivos de persecución, no puede o no quiere acogerse a la protección del país;

⁸⁴ Artículo 33: Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

⁸⁵ UNHCR, Conclusión del Comité Ejecutivo No. 25; UN docs. A/AC.96/694 parág. 21.; A/AC.96/660 para. 17; A/AC.96/643 parág. 15; A/AC.96/609/Rev.1 parág. 5.

- c) La persona debe tener fundados temores de persecución por una de las cinco razones que se establecen, a saber: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política; y
- d) La persona, a causa de dichos temores de persecución, no quiere o no puede regresar a su país.

Además de la definición que podríamos llamar “universal” de la Convención de Ginebra, encontramos una en el ámbito regional que se adapta mejor a la realidad de nuestro continente. La Declaración de Cartagena sobre Refugiados precitada, explícitamente recoge los antecedentes de la convención de 1951, su correspondiente protocolo y “la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, para proponer un concepto actualizado de refugiado. En el ámbito regional se debe considerar también como refugiado a “las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión externa los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

El Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado explica que “[d]e acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado”⁸⁶.

Como se afirma en la solicitud de esta Opinión Consultiva, los motivos por los que una persona, o en este caso un niño, puede migrar, no se agotan en los que figuran en las definiciones de los instrumentos internacionales: los niños se ven obligados a migrar en búsqueda de mejores condiciones económicas, por reagrupación familiar, para escapar de la pobreza extrema o por la degradación ambiental, como se ha mencionado previamente. Es por eso que más allá de los

⁸⁶ Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Ginebra. Enero 1988, pág. 9

conceptos que figuran en los enunciados, los elementos que se deben tomar en cuenta a la hora de evaluar una solicitud de refugio son dos: el subjetivo, el temor; y el objetivo, lo bien fundado.

Puede llegar a ser una causa más acuciante a la hora de solicitar refugio la situación en la que se encuentran las personas a las que un Estado no les puede garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales; que la propia amenaza a algún tipo de libertad. Así, el Comité de los Derechos del Niño llamó la atención sobre la prohibición de efectuar retornos como consecuencia de los cuales pudiera configurarse un peligro de daño para los derechos del niño. Por ello, destacó la importancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el riesgo que podría suponer una medida de repatriación. De tal forma, concluyó que dicho riesgo no se limita a la posible privación de la libertad o a la vulnerabilidad de los derechos como la integridad física o a la vida sino que, *“la evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menos que representa la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios [...] El retorno al país de origen solo podrá contemplarse en principio si redundará en el interés superior del menor. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas, la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrara el niño a su regreso (...)”*⁸⁷.

De esta manera, llegamos al corazón de nuestra posición: se debe admitir, al menos en los casos de niños migrantes, que el peligro de violación de derechos económicos, sociales y culturales también constituye un impedimento de devolución al país de origen. Como se dijo anteriormente, el Comité estableció que *“en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un **peligro real de daño irreparable** para el menor”*⁸⁸ (el resaltado nos pertenece). Aclara a continuación además, que no se trata sólo de los artículos 6 (derecho a la vida) y 37 (prohibición de torturas, tratos crueles e inhumanos). Esto nos permite aseverar que, desde la visión del Comité, un peligro real de que el niño no tenga garantizados sus derechos sociales como el acceso a la educación, la vivienda o la alimentación, imposibilitará al Estado receptor a trasladar o devolver a ese niño ya sea al Estado del que provenía o a cualquier otro que

⁸⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6. Supra nota 19, parág. 27 y 84.

⁸⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6. Supra nota 19, parág. 27.

no le garantice el acceso a este tipo de derechos. **La devolución, la expulsión y cualquier otro tipo de decisión infundada que no contemple el “interés superior del niño”⁸⁹ constituye una violación de derechos semejante a las que se producen en el país de origen del niño ya que se lo está confinando a vivir una vida sin futuro⁹⁰.**

En efecto, se nos plantean una serie de interrogantes que merecen ser explicados: ¿es suficiente la invocación de violaciones de derechos humanos económicos, sociales y culturales para que una persona pueda ser considerada refugiada y, por lo tanto, no se aplique el retorno al país de origen? Parecería que el propio Comité de los Derechos del Niño, órgano especializado en la materia, estaría de acuerdo con esta posición ya que sostiene que la permanencia en el territorio de un menor no acompañado puede justificarse a la luz de los principios generales del derecho, cuando dicha estancia sea la única forma de impedir una violación de los derechos humanos fundamentales del menor en su país de origen⁹¹. No es nuestra intención en este punto volver a un tema que consideramos agotado, la posibilidad o no de judicializar los derechos económicos, sociales y culturales pero, en la elaboración de estos argumentos, nos encontramos que la interrogación planteada actúa como disparador de otras cuestiones que deben ser aclaradas.

Lo primero que debemos esclarecer es si los DESC son considerados derechos y si el incumplimiento estatal de alguno de ellos es suficiente para movilizar el aparato judicial interno e internacional. Abramovich y Curtis sintetizan la visión anacrónica de los derechos sociales, cuando expresan que *“[n]o es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador [...] Los instrumentos que establecen derechos sociales son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, a diferencia de la gran mayoría de derechos civiles y políticos. De acuerdo a esta visión, estos últimos son los únicos*

⁸⁹ Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.1: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”* (el destacado nos pertenece)

⁹⁰ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Supra nota 51, parág. 191, Noción de “proyecto de vida”.

⁹¹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 6. Supra nota 19, parág. 62.

*derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente.”*⁹²

De la misma forma que lo hacen dichos autores, no nos detendremos en cuestiones de fundamentación de estas salvaguardas, dado que partiremos del supuesto de su positivización⁹³. Existen dos argumentos que sostienen la mayoría de las personas que se encuentran en contra de la exigibilidad judicial de estos derechos. El primero se relaciona con la naturaleza de las obligaciones por parte de los Estados, mientras los derechos civiles y políticos generarían exclusivamente obligaciones negativas (obligaciones de no hacer) por parte de los Estados, los derechos económicos sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas. El segundo argumento, que se relaciona con el primero, es que esas obligaciones positivas que generarían los DESC deberían solventarse con recursos del erario público. Estas definiciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y “naturalista” del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo. La premisa dispuesta se funda en que, aun los derechos relacionados con las mencionadas obligaciones negativas – es decir, los que requieren una limitación en la actividad estatal a fin de no intervenir en la libertad de los particulares -, conllevan labores con el objeto de que otros individuos no interfieran en esa libertad. El cumplimiento de las funciones de policía, seguridad, defensa y justicia parecen ser claros ejemplos de esta afirmación⁹⁴.

Una vez demostrada la falsedad de la distinción, resulta evidente que la “esfera positiva” de los derechos civiles y políticos también se caracteriza por la erogación de recursos y no la mera abstención del Estado. Entonces, ¿por qué si existen recursos suficientes para mantener el poder judicial de cualquier Estado, y de esta forma asegurar el derecho de acceso a la justicia, no siempre existen fondos para asegurar el derecho de acceso a la vivienda, a la salud o a la alimentación?

El argumento de la escasez de recursos económicos para asegurar el goce de los DESC proviene de una formula que se repite en los instrumentos internacionales. Encontramos en el

⁹² Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta, pág. 19, 2002.

⁹³ Abramovich, Victor y Courtis, Christian. Supra nota 92, pág. 20. Ver también, Añón, M. J., “Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación”, Madrid 1994; Dasgupta, P., “An inquiry into well-being and destitution”, Oxford, 1995; Fabre, C., “Social rights under the Constitution. Government and decent life, Oxford, 2000, cap. 1.

⁹⁴ Abramovich, Victor y Courtis, Christian. Supra nota 92, pág. 23.

artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo que podría considerarse como la “cláusula de escape” que le ha permitido a los Estados parte excusarse por años del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Esta, limita el compromiso de adoptar medidas *“hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*⁹⁵. La interpretación que los Estados han hecho de esta cláusula, acompañada de la ausencia de previsión de un recurso efectivo en caso de violación de los derechos consagrados, han vaciado de contenido las obligaciones que surgen del pacto. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, la interpretación de un tratado no puede ser contraria al objeto y fin del mismo⁹⁶. ¿Qué sentido tiene asumir un compromiso internacional si el cumplimiento de dichas obligaciones va a estar atado a la existencia de recursos suficientes para que el Estado estime conveniente destinarlos a la garantía de estos derechos? Sobre todo, si no existe un mecanismo de implementación del tratado que permita algún tipo de control, al menos, de los motivos que esgrime el Estado en cada ocasión para no asignar los recursos a los derechos sociales⁹⁷, ¿hasta qué momento se les va a permitir a los Estados que argumenten que no disponen de recursos suficientes? ¿Dónde queda el principio de progresividad si todo está igual, o en una situación peor, que al momento de la ratificación? Es hora de “tomar los derechos en serio”⁹⁸. Este es un tema que no pretendemos agotar en este trabajo, pero sí consideramos de suma importancia y que debería ser estudiado en profundidad por esta Corte en el corto plazo.

⁹⁵ Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 2.1: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

⁹⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 31.1, regla general de interpretación: *“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”* Ver también: Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Serie C No. 54. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, parág. 40 y 41 y Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Soering Vs. Reino Unido. Serie A No. 161. Decisión de 26 de junio de 1989, parág. 87.

⁹⁷ Abramovich, Victor y Courtis, Christian. Supra nota 92, pág. 80. Ver también: Principios de Maastrich, principio 8: *“[[l]a carga de demostrar que está haciendo un progreso mensurable hacia la plena realización de los derechos en cuestión es del Estado”*.

⁹⁸ Referencia al trabajo de Ronald Dworkin “Taking Rights Seriously”, Harvard University Press, 1 de noviembre de 1978

Si los Estados se comprometieron internacionalmente a garantizar los DESC y, mas allá de lo que ocurra en el derecho interno de cada uno⁹⁹, no reconocemos la personalidad jurídica internacional¹⁰⁰, ¿de qué sirve ese instrumento internacional en el que, voluntariamente, el Estado se comprometió a garantizar determinadas protecciones? Uno de los sentidos de la adopción de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión de gracia, sino en tanto que programa de gobierno asumido interna como internacionalmente¹⁰¹. A este respecto, el juez García Ramírez sostuvo que “[l]a proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia [...] con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia.”¹⁰²

Asimismo, el Comité DESC ha sostenido que, si bien el logro de la plena efectividad de los derechos puede ser realizada progresivamente, existen obligaciones con “efecto inmediato” entre las cuales puede señalarse como principales: 1) la de garantizar que los derechos se ejercerán sin discriminación y 2) la de adoptar medidas para efectivizar el ejercicio de esos derechos. Una de estas medidas que se deben adoptar con efecto inmediato es, según los Principios de Maastricht, la derogación o suspensión de la legislación necesaria para que las personas accedan al goce continuo de los DESC. Esto nos suscita la cuestión relativa a si las legislaciones migratorias

⁹⁹ El Comité DESC ha sostenido que “en general, las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales. El artículo en que se requiere que se agoten los recursos internos refuerza la primacía de los recursos nacionales a este respecto (...)”. Observación General No. 9. 4 de diciembre de 1998, artículo 4.

¹⁰⁰ Ver el extenso desarrollo que hace el juez A.A. Cancado Trindade en su voto razonado en la OC 17: Corte IDH. Opinión Consultiva OC - 17/02. Supra nota 2. Ver también sus votos en los casos “Castillo Páez”, “Loayza Tamayo” e “Instituto de reeducación del menor”, entre otros.

¹⁰¹ Abramovich, Victor y Courtis, Christian. Supra idem 92, pág. 45.

¹⁰² Corte IDH. Opinión Consultiva OC – 18/04. Supra nota 7. Voto del juez Sergio García Ramírez, parág. 36.

actuaran como barrera para el pleno acceso a los DESC del grupo de personas “migrantes” o “refugiados”, ¿no estarían obligados los Estados a removerlas en forma inmediata?

En tal sentido, la judicialización de los derechos sociales en el ámbito interno de los Estados no debería traer mayores complicaciones. En contrario, no se vislumbra con claridad qué sucede con el derecho de acceso a la justicia o “a ser oído”, tutelado por el artículo 8 de la Convención Americana. ¿Por qué existe tal derecho para un tipo de derechos y para otros no? ¿Dónde queda aquella fórmula de “toda persona tiene derecho a ser oída [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”? (el resaltado nos pertenece). En ningún momento el articulado restringe el acceso a la justicia a los derechos reconocidos en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos sino que garantiza derechos reconocidos por otros instrumentos internacionales o los que existan en el ámbito internos de los Estados parte. Como demuestra Rodrigo Uprimny Reyes, no existen impedimentos para que los tribunales locales garanticen los derechos económicos, sociales y culturales de personas de los Estados parte¹⁰³.

Los autores del presente consideramos que la adopción de un instrumento internacional que reconociese los derechos económicos, sociales y culturales significó un paso adelante muy importante para la sociedad en su conjunto. No obstante, el reconocimiento de estos derechos sin la previsión de un procedimiento de reclamo ante las posibles violaciones generó (y todavía genera) un sentimiento de incertidumbre en los titulares de tales derechos que desalienta la lucha por el goce efectivo de esas salvaguardas. La actualidad se presenta como un momento de reconocer que los Estados asumieron compromisos internacionales en forma voluntaria y que el incumplimiento de tales genera responsabilidad internacional. De otra forma, deberíamos admitir, de una vez por todas, que los derechos sociales no son derechos, sino simples enunciados de buenas intenciones de los Estados. Es esta Corte quien podría dar el primer paso y establecer algunos estándares de acceso a la justicia en caso de derechos sociales.

El segundo interrogante que surge es ¿dónde queda la responsabilidad del Estado de origen? ¿Tienen los Estados la obligación de recibir a todas las personas que no encuentran garantizados

¹⁰³ Uprimny Reyes, Rodrigo, “*The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: cases and debate*”, en *Courts and social transformation in new democracies*, Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, Ashgate Publishing, 2006.

sus derechos en otros países? ¿Por qué los Estados que respetan los derechos humanos deben hacerse responsable de las violaciones de otros Estados? En este trabajo solo nos limitaremos a responder la segunda de estas preguntas.

Los Estados deben recibir a **todas las personas** ya que estas tienen derecho a migrar¹⁰⁴ o, por lo menos, un derecho de no devolución cuando se encuentren en condiciones de invocarlo; por lo que las autoridades migratorias no pueden argumentar cuestiones de seguridad nacional o seguridad económica para impedir el acceso. El inciso 2º del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece una excepción al principio precitado: *“no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra”*. Si bien el instrumento internacional autoriza a los Estados a invocar su “seguridad nacional” a la hora de negar un pedido de refugio, debemos analizar cuáles son las condiciones que podrían poner en peligro la seguridad del país y las peligrosas consecuencias que puede tener una excepción a una obligación cuando se utilizan términos vagos.

Tratándose de niños, intervienen otros principios que los Estados deben tener en cuenta a la hora de invocar algunas de las causales de excepción al principio¹⁰⁵: de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, el principio que debe primar es el del “interés superior del niño”¹⁰⁶. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que *“[l]a determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes*

¹⁰⁴ Brebitatis causae remitimos al apartado “aclaraciones iniciales” de este trabajo donde el tema se ha desarrollado in extenso.

¹⁰⁵ Ver por ejemplo artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño: “1.Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. [...]3.Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”

¹⁰⁶ Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés **superior del niño**.” (el destacado nos pertenece)

formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género”¹⁰⁷. De aquí surge la complejidad de la determinación de lo que es bueno para los niños y la consecuente ilicitud de los rechazos en frontera.

Sin embargo, este principio no es el único: aunque en la mayoría de los casos puede ser suficiente, en otros podemos incorporar al análisis el concepto de “proyecto de vida”, desarrollado por este Tribunal, originado en torno al concepto del “derecho a una vida digna”¹⁰⁸. Es importante que los Estados, a la hora de analizar el posible “peligro para la seguridad del país”, generalmente fundado en el posible desequilibrio que podría causar una oleada de niños refugiados por DESC, tengan en cuenta cual es el interés superior de todos esos niños en relación al proyecto de vida que les puede asegurar el país del que provienen y el país al cual le solicitan refugio. Cançado Trindade sostiene que: “[u]na persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano”¹⁰⁹. Agrega, además, que tal visión del derecho a la vida pertenece tanto al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.”¹¹⁰

Por todo lo dicho anteriormente, y sólo en el caso de que se niegue la existencia del derecho humano a migrar, concluimos que los motivos expuestos son suficientes para reconocer que la afectación a los derechos económicos, sociales y culturales puede producir un “temor fundado” que le permita a estos niños invocar su condición de refugiados y se les aplique el principio de no devolución.

Finalmente, si los argumentos esgrimidos en este punto resultaren insuficientes para este Tribunal, o en los casos donde los niños no reuniesen los requisitos para ser admitidos como

¹⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 6. Supra nota 19, parág. 20.

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Supra nota 51, parág. 191 y voto del Juez A.A. Cançado Trindade, parág. 7 y 8.

¹⁰⁹ Id., voto del Juez A.A. Cançado Trindade, parág. 9.

¹¹⁰ Id., voto del Juez A.A. Cançado Trindade, parág. 4.

refugiados, entendemos que éstos, igualmente, deben disfrutar de un trato privilegiado análogo o similar al que se le da a los refugiados, producto de su condición de vulnerabilidad especial.

4.8 Procedimientos de identificación de necesidades de protección internacional de refugiados: ¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana 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?

Como hemos podido observar a lo largo de este Amicus, los movimientos poblacionales migratorios pueden ser explicados tanto por motivos económicos, así como demográficos, culturales, sociales y políticos. Estos contextos dan lugar a que la protección de los niños en los países de destino se modifique considerablemente según cada caso en particular, no siendo igual el tratamiento que recibe un menor al que se le aplica la protección por su estatus de refugiado, si es víctima de delincuencia transnacional, si solicita asilo (o si sus padres lo hacen en su compañía), si esta migrando de manera irregular y, finalmente, si no esta acompañado o indocumentado¹¹¹. La identificación de las necesidades básicas de protección, reguladas por el derecho internacional de los derechos humanos, sirve a los menores migrantes como fundamentos sólidos para resguardar su interés superior. En efecto, esto trabaja como cimiento para la construcción de un sistema de salvaguarda y como un destino en miras a dónde apuntar cuando se habla sobre establecimiento y creación de políticas públicas.

¹¹¹ El Relator Especial sobre los derechos humanos de los niños migrantes del Consejo de Derechos Humanos, Jorge Bustamante, explicó los puntos que, según su experiencia, representaban las variables más problemáticas. En tal sentido, dice que “ha encontrado dos esferas en las que los Estados deben intensificar en general sus esfuerzos por ofrecer respuestas basadas en los derechos para proteger a los niños en los países de destino. La primera guarda relación con la protección general de los niños afectados por la delincuencia organizada transnacional. La segunda guarda relación con el pleno disfrute de los derechos humanos por los niños de origen migrante.” Para más información, véase Consejo de Derechos Humanos. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, párr. 67. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009.

El presente interrogante presenta una posibilidad para la Corte de determinar las diferencias entre dos institutos que han sido históricamente desarrollados como disímiles en el SIDH: el asilo, en tanto asilo político¹¹² - y por lo tanto diplomático o territorial - y el refugio, visto desde la óptica del sistema universal de protección de los refugiados¹¹³. Todo indica que en América Latina se ha consagrado un escenario dual por la presencia en los regímenes jurídicos internos de cada uno de los Estados de ambos sistemas de protección. Por este motivo, la primera aproximación será a fin de abordar posibles definiciones de estos términos.

La praxis de brindar protección al extranjero sujeto a una persecución por causas que, a entender del Estado receptor, se constituyen como injustas es ciertamente antigua y tiene lazos con la tradición de hospitalidad de los pueblos nómades. El asilo - y en particular el “asilo diplomático” -, tiene su raigambre en América con la sanción de acuerdos internacionales sobre dicha materia, siendo el Tratado sobre Derecho Internacional Penal firmado en Montevideo en 1889 el primero de ellos. No obstante, el primer momento histórico que modificó la situación estructural de las poblaciones fue, sin duda, la Primera Guerra Mundial, cuando millones de personas quedaron desprotegidas por la redistribución territorial que generó la disolución de los imperios austro – húngaro y otomano. La dispersión de tal cantidad de individuos obligó a la comunidad internacional a modificar sus paradigmas políticos, lo que afectó de manera particular a varios países de América donde se dio acogida a dichos extranjeros, provenientes en gran medida del centro de Europa y Medio Oriente. La Segunda Guerra Mundial es el otro momento histórico en el cual se presentó una situación con similares características: se calcula que unos 30 millones de personas fueron desplazados de sus hogares motivados en el conflicto armado y la persecución racial existente con anterioridad y durante las hostilidades. A fin de hacer frente a este contexto, en 1959 se aprobó el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el cual comenzó su trabajo en 1951. En ese mismo año, se sancionó la ya citada Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. A partir de las definiciones dadas

¹¹² Existen acuerdos internacionales sobre la materia tales como, por ejemplo, el Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1899), la Convención sobre Asilo (La Habana, 1928), la Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933), el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos (Montevideo, 1939), el Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1940), la Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954) y, finalmente, la Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954).

¹¹³ Este sistema también posee acuerdos internacionales que lo regula como, por ejemplo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 1951), el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 1967) y las Conclusiones adoptadas por el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

por este acuerdo, se entiende como refugiado a toda persona “*que, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenecía a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país*”. Se le adjunta a este punto el caso de la apatridia, entendiendo que es el individuo que carece de nacionalidad y “*hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde tuviera su residencia habitual,[y] no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él*”¹¹⁴. Sumado al estudio realizado en la pregunta 7, se debe remarcar que solo podrá ser considerado refugiado un individuo que se encuentre fuera de su país de origen.

Lo descripto no dejó de lado la práctica del asilo, sino todo lo contrario: en la región precitada, la tradición del asilo ha sido incluso considerada como costumbre regional¹¹⁵. El documento “Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina” se manifiesta acerca de la costumbre de brindar tratamiento humanitario a quienes buscan protección y asilo¹¹⁶. Incluso, en el ámbito internacional de protección a los derechos humanos ha prevalecido en un sinnúmero de acuerdos la noción (o, más bien, el término) de asilo por sobre la de refugio. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconoce “*el derecho a buscar asilo y de disfrutar de él*”, así como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales manifiestan acerca del “*derecho a buscar y recibir asilo*”. En nuestro continente, su práctica tuvo lugar por la trágica experiencia de las dictaduras militares en el Cono Sur. De hecho, se llevaba a cabo, en general, con aquellos individuos latinoamericanos perseguidos por ser dirigentes políticos o sindicales. En contrario, San Juan plantea un interesante punto al explicar que este enfoque entró en crisis con las afluencias en

¹¹⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Supra nota 113, art. I (A2).

¹¹⁵ Vinuesa, Emilio; Gutierrez Posse, Hortensia y Moncayo, Guillermo. “*Derecho Internacional Público*”. Ed. Zavalía. Buenos Aires, 1:83,1990.

¹¹⁶ Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina. Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, 1989.

grandes cantidades de refugiados provenientes del Caribe durante la década de 1960¹¹⁷, cuestión afirmada además por la Comisión en su Informe Anual de 1965¹¹⁸.

Ahora bien, al intentar aproximar ambos términos – cuestión que creemos pertinente que realice la Corte ante esta Solicitud de Opinión Consultiva – encontramos una bifurcación sobre la función estatal. Por un lado, el asilo político latinoamericano surge de tratados de derecho internacional público que reconocen obligaciones recíprocas entre los Estados, no otorgando salvaguarda alguna a los individuos sino tendiendo a la concesión del asilo por una facultad discrecional del Estado que se da dentro del ejercicio de su soberanía. Por el otro y diametralmente opuesto, el reconocimiento de la condición de refugiado que sí parece ser fundado por la Declaración Universal de Derechos Humanos precitada, por lo que no sería una facultad estatal sino, en definitiva, el pleno ejercicio de un derecho humano. Creemos sin duda que la misma situación se da en el derecho a solicitar y recibir asilo expuesto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 27) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.7).

Asimismo, debemos remarcar, al hablar de refugio, que se trata de un reconocimiento simplemente declarativo, no siendo constitutivo. Este punto está relacionado a la evaluación que deben realizar los Estados al momento de reconocer las protecciones acordes a las situaciones de los individuos. Es evidente que, al momento del arribo del menor a las puertas del país extranjero, las autoridades administrativas que lo reciban deben poseer un entrenamiento acorde para determinar cuáles son los riesgos en los que se encuentra dicho niño, principalmente en cuestiones de psicología infantil y trato con menores en situación de extrema vulnerabilidad. En esta línea, un factor que nos preocupa es la ausencia de cualquier tipo de preparación o capacitación del personal de seguridad en fronteras para adoptar resoluciones apropiadas en cada caso en particular. En numerosas naciones de América, la precariedad jurídica a la que son sometidos los peticionantes de refugio, sean o no menores, solo es superada por la falta de políticas públicas que faciliten una ayuda estatal a los que están obligados a integrarse a las sociedades a las que llegan. El acceso a la salud y a la educación es un elemento ausente tanto

¹¹⁷ San Juan, César. *“El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo ‘asilo – refugio’ a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*, en *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, Franco, Leonardo (Coord.), pág. 23, 2005.

¹¹⁸ CIDH. *“La situación de los refugiados políticos en América: Informe preparado por la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”*, 1965.

fáctica como jurídicamente hablando, producto del desconocimiento de las autoridades sobre los compromisos internacionales asumidos por el país. Una correcta articulación de disposiciones legislativas versa de ser la primera aproximación, pero no la única.

En lo que respecta directamente al interrogante, los procedimientos a emplearse no son fáciles de describir. Primeramente, lo coherente sería que el Estado receptor tome una determinación sobre la potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño migrante. Es decir, deberá analizar si corresponde aplicar dichos institutos en correspondencia con la protección internacional de los derechos humanos. Resulta claro que cada uno de los países que reciben a los migrantes tiene características y normas internas diferentes, por lo que el piso debe ser el interés superior del niño. Habrá que evitar distorsionar a lo largo de un tiempo extendido la decisión tomada, fundamentalmente porque que no sea considerado refugiado, o que no se le otorgue el asilo, no quiere decir que el menor no provenga de un estado de indefensión absoluta.

Se debe coordinar, además, el trabajo en las fronteras con los mecanismos de justicia que posea cada nación. Así, por ejemplo, han existido casos de solicitudes de asilo que son simultáneas a pedidos de extradición de los países de origen¹¹⁹. Es evidente que esto rara vez pasa con los menores, sin embargo nos parece coherente plantear para estas circunstancias la creación de un órgano dependiente de la esfera de alguno de los poderes estatales que pueda expedirse en primer término y con la mayor agilidad posible. De forma posterior, se vuelve necesario pensar en un plan de integración de los menores refugiados y de su familia a la sociedad del Estado, por lo que deben ser incluidos, por ejemplo, a los planes de adjudicación de vivienda y de asistencia social regular.

En efecto, no podemos dejar de mencionar las medidas a tomarse relacionadas con el acceso y la permanencia de los niños refugiados o en situación de asilo a la educación obligatoria. Esto implica un respeto del principio de trato igualitario y no discriminación por los contextos políticos y sociales.

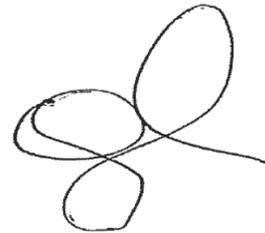
¹¹⁹ República Argentina. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Proyecto ARG/02/024. Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación. Diagnóstico y Propuestas, pág. 186, 2005.

En consecuencia, los procedimientos deben ser profundos, en tanto que se analice cada caso con la importancia que merece, recordando que es un menor y su protección especial como tal y; breves ya que como se explicó en el interrogante sobre los establecimientos para alojar migrantes merecen ser ocupados por el menor tiempo posible. Solo la celeridad en la identificación de antecedentes podrá ayudar al menor a integrarse de la mejor manera en la nueva sociedad que lo espera.

Ezequiel HEFFES

A long, thin, horizontal handwritten signature in black ink, starting with a small loop and ending in a tail that tapers to a point.

Fernando GOLDAR

A handwritten signature in black ink consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Bibliografía Consultada

- Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *“Los derechos sociales como derechos exigibles”*, Ed. Trotta, Buenos Aires, 2002.
- Añón Roig, María José, *“Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación”*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.
- Ceriani Cernadas, Pablo, *“Nueva ley: un paso hacia una concepción distinta de la migración”*, en *Migración: un derecho humano*, Ed. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2004.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Plyer v. Doe, 1982.
- Courtis, Christian, *“La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”*, en *“Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Courtis, Christian, *“Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”*, en *Revista Derecho del Estado*, Vol. 23, 2010.
- Dasgupta, Partha, *“An inquiry into well-being and destitution”*, Ed. Oxford University Press, 1995.
- Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, capítulo 12: *“Affirmative Action: Is it Fair?”*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, 2000.
- Dworkin, Ronald, *“Taking Rights Seriously”*, Ed. Harvard University Press, 1 de noviembre de 1978.

- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Fabre, Cécile, *“Social rights under the Constitution. Government and decent life”*, Ed. Oxford University Press, 2000.
- Fiss, Owen, *“A Community of Equals”*, Ed. Beacon Press, Boston, 1999.
- Fiss, Owen, *“El inmigrante como paria”*, en *Una comunidad de iguales*, Miño y Avila, Buenos Aires, 2002.
- Gulco, Hernán, *“El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”*, en AA.VV, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- Huemer, Michael, *“Is there a right to Immigrate?”*, en *Social Theory and Practice*. Vol. 36, 2010.
- Ley de Migraciones de la República Argentina No. 25.871.
- Pinto, Mónica, *“Temas de derechos humanos”*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- República Argentina. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Proyecto ARG/02/024. *Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación. Diagnóstico y Propuestas*, 2005.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *“El derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, en América Latina”*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado V*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F. Vol. 13 – 14, 1972, incluido en Rodríguez y Rodríguez, Jesús, 1990.

- Saba, Roberto, *“Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”*, en Roberto Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

- Saba, Roberto, *“Desigualdad Estructural”* en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre, coordinadores, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

- San Juan, César, *“El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo ‘asilo – refugio’ a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*, en *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, Franco, Leonardo, coordinador, 2005.

- Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Instituto de Políticas Públicas del MERCOSUR el 7 de julio de 2011 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (disponible en http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_esp.pdf).

- Uprimny Reyes, Rodrigo, *“The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: cases and debate”*, en *Courts and social transformation in new democracies*, Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, Ed. Ashgate Publishing, 2006.

- Vinuesa, Emilio; Gutierrez Posse, Hortensia y Moncayo, Guillermo, *“Derecho Internacional Público”*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, Vol. 1, 1990.

Páginas Web

- www.oas.org – Organización de Estados Americanos
- <http://www.corteidh.or.cr> – Corte Interamericana de Derechos Humanos
- <http://www.cidh.oas.org> – Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- www.echr.coe.int – Corte Europea de Derechos Humanos