

OPINIÓN COMPLEMENTARIA ESCRITA

OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE NIÑEZ MIGRANTE

Buenos Aires, 12 de noviembre de 2013

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)**

Señor Presidente DIEGO GARCÍA SAYÁN

PRESENTE

Av. 10, Calles 45 y 47 Los Yoses, San Pedro, San José, Costa Rica.

Apartado Postal 6906-1000, San José, Costa Rica.

S _____ / _____ **D**

DIEGO LEONEL FREEDMAN y SANTIAGO GABRIEL BERTINAT

GONNET, en nuestro carácter de abogados, docentes y representantes de la Comisión N° 1309, de "Derecho Penal Juvenil", del Centro de Formación Profesional del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), con domicilio constituido en la calle Talcahuano N° 550, piso 8° de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ nos presentamos y respetuosamente decimos:

Que en tiempo y forma venimos a presentar contribuciones complementarias referidas al modo en que debe garantizarse el derecho a ser oído de niños, niñas y adolescentes² indígenas migrantes; y sobre los derechos específicos que deben serles reconocidos y garantizados cuando migran de un Estado a otros, pero dentro del territorio ancestral del Pueblo Originario al que pertenecen.

¹ En adelante la "Corte" o la "Corte Interamericana".

² En adelante nos referiremos a los niños, niñas y adolescentes genéricamente como "niños".

Solicitamos a la Corte Interamericana que contemple específicamente estas cuestiones puntuales y se expida sobre ellas en la Opinión Consultiva.

I.- PERTINENCIA DE LA PRESENTACIÓN.

La Comisión especializada en las problemáticas de la infancia y la adolescencia a la que pertenecemos y representamos ha sido convocada –por resolución del Presidente de la Corte Interamericana del 5 de septiembre de 2013–, con motivo de su presentación escrita del suscripto Diego Freedman, como *amicus curiae*, a la audiencia pública celebrada durante el 48º Período Extraordinario de Sesiones de la Corte, para que exponga los argumentos orales sobre la solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante presentada por los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

En la audiencia pública del día 10 de octubre de 2010, el suscripto Santiago Bertinat Gonnet, en representación de la Comisión aludida, expuso sus argumentos y solicitó a la Corte Interamericana que tenga en cuenta el especial estado de vulnerabilidad de los niños migrantes que pertenecen a un grupo de minorías, como es el caso de los niños indígenas, alegando que muchas veces son tratados como “extranjeros en sus propios Estados o territorios”.

Valorando este aspecto de la exposición, la Corte Interamericana, a través del juez Eduardo Vio Grossi, consultó a las partes si consideran conveniente que en la Opinión Consultiva se efectúen consideraciones “respecto de la migración regular e irregular de niños, niñas y adolescentes integrantes de Pueblos Originarios, y las consecuencias que ello trae”; y “sobre la migración, regular e irregular, de niños, niñas y adolescentes, de Pueblos Originarios” ocurrida “dentro de los territorios que el respectivo Pueblo Originario considera como propio”, en virtud de que “hay Pueblos Originarios que son binacionales. Tienen un territorio en dos Estados y la inmigración se produce dentro de ese territorio”.

Mediante esta presentación nos proponemos efectuar un aporte complementario sobre esas cuestiones, procurando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expida sobre ellas en la presente Opinión Consultiva.

II.- FUNDAMENTOS SOBRE LAS CUESTIONES ESPECÍFICAS QUE MOTIVAN LA PRESENTACIÓN.

a) Presupuestos indispensables para garantizar el derecho a ser oído de niños, niñas y adolescentes indígenas migrantes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas y que, en el caso de los niños, deben adoptarse medidas específicas para que puedan gozar efectivamente de ellos, en atención a sus condiciones especiales³. A su vez, sostuvo que el derecho al debido proceso y sus garantías son independientes del estado migratorio⁴.

En nuestra exposición oral nos referimos a la fragilidad propia de los niños en su calidad de personas en desarrollo y a la agravación de esa situación en el caso de los niños migrantes, destacando el modo en que los Estados deben garantizar su derecho a ser oídos cuando se encuentren vinculados a cualquier proceso judicial o procedimiento administrativo.

Allí sostuvimos que los funcionarios intervinientes no deberían ceñirse a pautas uniformes y rígidas para abordar todos los casos de niños migrantes, sino que la actividad que deban desarrollar debe adecuarse de un modo razonable a cada caso particular, valorando y respetando las especificidades culturales, sociales y espirituales que constituyen la personalidad del niño; concluyendo que esta exigencia resulta indispensable cuando el niño migrante pertenece a un grupo de minorías, como es el caso de los niños indígenas.

Teniendo en cuenta que la Corte Interamericana viene desarrollando una sólida doctrina sobre los derechos de la niñez y de las personas migrantes y que, a su vez, ha tenido la oportunidad de expedirse en varios casos contenciosos sobre los singulares derechos que tienen las personas indígenas frente a los Estados, estimamos

³ OC-17/2002, Opinión Consultiva de 28 de agosto de 2002, párrafo 98.

⁴ OC-18/2003, Opinión Consultiva de 17 de Septiembre de 2003, párrafo 122.

necesario y oportuno que en la presente Opinión Consultiva efectúe consideraciones sobre el derecho a ser oído del niño indígena migrante.

Ello así, pues consideramos que los estándares mínimos e indispensables reconocidos en las normas y por los organismos de derechos humanos a los que hicimos referencia en nuestra opinión escrita y en nuestra exposición oral pueden resultar insuficientes para garantizar plenamente el derecho a ser oído en caso de que el niño pertenezca a un Pueblo Originario.

Un análisis global y apresurado podría indicarnos que su derecho a ser oído puede ser satisfecho mediante la intervención de un intérprete de su idioma o del modo de expresión que el niño pretenda utilizar para comunicarse, e incluso, mediante la intervención de un representante del consulado de su país.

Consideramos que esta conclusión no es correcta en todos los casos de niños indígenas migrantes, por los siguientes fundamentos.

El continente americano está dividido políticamente por Estados donde, salvo excepciones, habitan Pueblos Originarios preexistentes a la formación de esos Estados, lo cuales vivían como Naciones independientes hasta la conquista europea o hasta que los Estados sucesores de las colonias los invadieron y despojaron de su territorio.

En la actualidad, muchos de los Pueblos Originarios que no fueron exterminados o asimilados a la cultura dominante de los Estados actuales –donde quedaron diluidas sus antiguas Naciones– subsisten agrupados en comunidades que, total o parcialmente, mantienen vigentes sus instituciones tradicionales, su cosmovisión y los elementos inherentes a su identidad indígena.

Si bien desde hace unas décadas muchos Estados latinoamericanos han asumido el respeto a la diversidad étnica y cultural consagrando expresamente en sus normas el derecho de los Pueblos Indígenas, lo cierto es que, salvo la honrosa excepción del Estado Plurinacional de Bolivia, los indígenas continúan siendo minorías con poca o nula incidencia en la administración pública de los Estados en los que habitan.

Más Infrecuente es encontrar cónsules pertenecientes a Pueblos Indígenas o que sean auténticos concededores de las especificidades culturales de todos los Pueblos que integran su Estado, ya que el cónsul es un representante de la administración pública de su país y no de la pluralidad de colectividades que lo componen.

Por ello creemos que, sin perjuicio de que pueda ser necesaria la asistencia consular al niño indígena migrante, en muchos casos podría resultar insuficiente para garantizar plenamente su derecho a ser oído.

Datos de la realidad indican que en América existen grandes migraciones de personas pertenecientes a Pueblos Originarios, y en atención a las características específicas que presentan dichos migrantes, estimamos necesario que en esta oportunidad la Corte amplíe el glosario de términos y significados utilizados en la Opinión Consultiva 18/2003⁵ agregando los conceptos de "indígena", "indígena migrante", "niño indígena migrante", y "Pueblo de origen", para luego definir sus características distintivas y sus derechos específicos, como lo ha hecho respecto de los trabajadores migrantes.

Ello es necesario porque en el caso de la persona indígena la particularidad del sujeto migrante no radica únicamente en que ha dejado un Estado para trasladarse a otro, sino que la distinción del sujeto y su estado de vulnerabilidad son mas profundos, ya que pertenece a un Pueblo cuya cultura tiene grandes diferencias con las del Estado receptor.

Dicha distinción prevalece con independencia de si la persona indígena puede comunicarse, por sí misma o mediante la intervención de un intérprete, en el idioma oficial del Estado receptor, ya que el idioma es solo un elemento de la cultura respectiva.

El hecho de que el funcionario Interviniente y el migrante Indígena puedan comunicarse en un mismo idioma no es suficiente para conocer la dimensión de las diferencias culturales que existen entre ambos.

⁵ OC-18/2003, Opinión Consultiva de 17 de Septiembre de 2003, párrafo 69.

Máxime si consideramos que en el continente americano existen indígenas bilingües –es decir, que conservan su idioma autóctono y hablan el idioma oficial del Estado– e indígenas que han perdido su lengua originaria por asimilación, pero que mantienen vigentes los demás elementos inherentes a su identidad cultural.

La Corte ha dicho que “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”⁶.

De lo antedicho surge con claridad el singular estado de vulnerabilidad de las personas indígenas migrantes, signado por las enormes diferencias existentes entre su concepción del mundo y la del Estado receptor, en tanto la cultura mayoritaria de éste, como así también sus instituciones y sus normas, tienen su origen en el continente europeo.

La situación del indígena migrante es aún mas grave si la migración de un Estado a otro implica el abandono de su territorio tradicional, pues ello será un obstáculo real para mantener su relación única con su hábitat y un peligro concreto para la preservación de su identidad, habida cuenta que la pertenencia a su tierra “debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”, siendo indispensable para “preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁷.

De igual modo, su identidad pelagra en aquellos supuestos en los que la migración indígena es singular o el grupo migrante indígena debe disgregarse en el

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 135.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 149.

Estado receptor, ya que una de las características culturales definitorias de los Pueblos Indígenas es que suelen estructurar sus relaciones familiares e interpersonales mediante lazos de convivencia colectiva o comunitaria, lo que fundamentalmente les permite subsistir como Pueblos organizados.

Si el indígena migrante es un niño, el impacto cultural con el Estado receptor, la eventual ruptura de lazos con su comunidad de origen y la privación de mantener la relación única con sus tierras tradicionales lo afectarán especialmente, siendo más propenso a padecer violaciones de derechos humanos y, consecuentemente, enfrentará mayores dificultades para poder expresarse en un proceso judicial o procedimiento administrativo.

Ante esta grave situación de desamparo solicitamos a la Corte que, además de los derechos y garantías aplicables a los procesos o procedimientos en los que deba participar un niño migrante (que fueron detallados en nuestra opinión escrita), reconozca los siguientes derechos procesales y garantías, cuando el niño migrante pertenezca a un Pueblo Originario:

1.- Que el Estado receptor arbitre los medios conducentes para tomar conocimiento acerca de cuál es el Pueblo Originario de procedencia del niño y cuáles son sus características esenciales.

2.- Que el Estado receptor arbitre todos los medios a su alcance para garantizar que durante todo el proceso o procedimiento el niño cuente, si lo desea, con la asistencia de una persona que pertenezca y sea representativa de su Pueblo de origen. En aquellos supuestos en que el niño migrante provenga de un Pueblo Originario que también habite en el Estado receptor, y fuera verdaderamente dificultosa la asistencia de un representante originario de su Estado de procedencia, el representante indígena podrá ser nacional del Estado receptor.

Consideramos que las mencionadas exigencias son indispensables para garantizar plenamente el derecho a ser oído del niño indígena migrante, en tanto facilitaría su comunicación con los funcionarios intervinientes, y contribuiría para que el abordaje de su declaración no arremeta contra sus creencias, tradiciones o cualquier elemento inherente a su identidad cultural.

3.- Que el Estado receptor arbitre los medios conducentes para conocer si el niño indígena migrante ha perdido relación con su comunidad de origen, y si se encuentra privado de mantener relación con su territorio tradicional, porque su lugar de residencia actual está fuera de él.

Conocer si se verifica esta grave situación permitirá a los funcionarios intervinientes adoptar, en el marco de ese proceso o procedimiento, una decisión acorde al interés superior del niño.

b) Derechos específicos que deben ser reconocidos a niños, niñas y adolescentes indígenas que migran de un Estado a otros, pero dentro del territorio ancestral del Pueblo Originario al que pertenecen.

La Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva 18/03, se ha pronunciado sobre el alcance de las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos⁸.

Estableció que en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes, siempre que sean acordes con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona⁹. A su vez, sostuvo que los Estados están obligados a cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable, adecuando a ellos su normativa interna y las prácticas relativas a su aplicación¹⁰.

Consideramos que la migración de personas indígenas de un Estado a otros, sin autorización de los Estados receptores, pero que ocurre dentro del territorio tradicional del Pueblo Originario al que pertenece el migrante, a la luz de la normativa internacional de protección de los derechos humanos, de la doctrina de la Corte y de otros organismos internacionales, no puede ser considerada irregular.

⁸ OC-18/2003, Opinión Consultiva de 17 de Septiembre de 2003, párrafo 161 a 172.

⁹ OC-18/2003, Opinión Consultiva de 17 de Septiembre de 2003, párrafo 169.

¹⁰ OC-18/2003, Opinión Consultiva de 17 de Septiembre de 2003, párrafo 171.

En el continente americano preexisten Pueblos Originarios que continúan poseyendo parte de sus territorios ancestrales y, en algunos casos, su posesión actual y tradicional sobre esos territorios se extiende geográficamente por sobre dos o más Estados.

A modo de ejemplo, el territorio del Pueblo Mapuche se extiende parcialmente por sobre los Estados de Chile y Argentina; y el territorio del Pueblo Guaraní actualmente abarca parte de los Estados de Paraguay, Brasil, Bolivia y Argentina. Casos similares se presentan en otras regiones de América.

En virtud de la calidad especial de los sujetos y de su relación única con sus territorios tradicionales, solicitamos a la Corte que en la presente Opinión Consultiva se expida sobre el tipo de migración referido y adopte, con referencia a él, un nuevo significado para los términos "migrante en situación regular" y "migrante en situación irregular".

Particularmente, solicitamos que al establecer esa distinción se considere que la persona indígena que se desplaza dentro de su territorio tradicional traspasando las fronteras de su Estado de procedencia está en su derecho de hacerlo y no requiere autorización del Estado receptor; siempre que el Pueblo Originario al que pertenece el migrante mantenga vigente su estrecha relación con ese territorio tradicional¹¹.

¹¹ Sobre la "estrecha relación" o "relación única" de los indígenas con sus territorios la Corte ha dicho: "Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 154; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 131.

Entendemos que esta posición es coherente con la doctrina de la Corte Interamericana, en cuanto ha sostenido que "Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios"¹²; y que "los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida"¹³.

Asimismo, consideramos que la obligación de los Estados de establecer modificaciones legislativas, administrativas y de cualquier índole para garantizar el ingreso, permanencia y salida de una persona indígena dentro de su territorio encuentra sustento en el artículo 32 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁴, que establece: "Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente".

Solicitamos a la Corte que en la Opinión Consultiva se expida sobre los alcances de esta norma en relación con el artículo 22 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, teniendo en cuenta que ya ha valorado la utilidad del Convenio N° 169 de la OIT para interpretar las disposiciones de la Convención "de

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 149.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 146.

¹⁴ El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en adelante el "Convenio N° 169 de la OIT", fue adoptado el 27/06/1989 por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo N° 76 celebrada en Ginebra.

acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁵.

En un sentido similar con la norma referenciada del Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 36 inciso 1 establece: "Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras"; y en el inciso 2 del mismo artículo reza: "Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho".

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, en su artículo 30, reconoce el derecho del niño indígena "a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión o a emplear su propio idioma" en común con los demás miembros de su grupo". Igual disposición contiene el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es evidente que llevar a cabo "su propia vida cultural" comprende su derecho de habitar junto con su comunidad en el territorio tradicional de su Pueblo Originario, en mérito al especial significado cultural que éste tiene para las personas indígenas.

Así lo ha sostenido el Comité de los Derechos del Niño al decir que ese derecho "es tanto individual como colectivo y constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas. El Comité observa que el ejercicio de los derechos culturales de los pueblos indígenas puede estar

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 127.

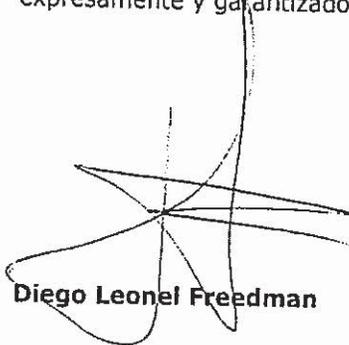
estrechamente relacionado con el disfrute del territorio tradicional y la utilización de sus recursos"¹⁶

Por las razones expuestas, solicitamos a la Corte que se pronuncie sobre el particular, reconociendo:

1.- Que las personas indígenas migrantes tienen derecho a trasladarse libremente dentro del territorio ancestral con el que su Pueblo Originario mantiene lazos culturales vigentes, sin necesidad de autorización por parte de los Estados sobre los que se extiende dicho territorio.

2.- Que los Estados deben adecuar sus normas de derecho interno y/o regional, como así también las prácticas inherentes a su aplicación, a los efectos de permitir que la migración de una persona indígena dentro de su territorio tradicional no encuentre escollos de ninguna entidad.

3.- Que los Estados deben adecuar sus normas de derecho interno y/o regional, como así también las prácticas inherentes a su aplicación, para que a las personas indígenas que migran dentro de su territorio tradicional les sea reconocido y expresamente y garantizado su estatus de migrantes regulares.



Diego Leonel Freedman



Santiago Gabriel Bertinat Gonnet

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 11 (2009), párrafo 16.