



San José, 1 de noviembre de 2013

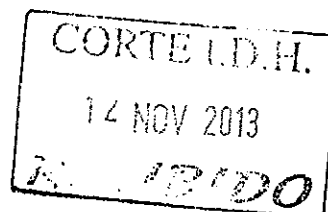
**RE. Opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitada por el MERCOSUR**

Distinguido Sr. Saavedra:

Sírvase encontrar adjunta la intervención oral realizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en el marco de la Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante por parte del MERCOSUR, que se llevara a cabo durante la audiencia pública del pasado 10 de octubre de 2013 en la Ciudad de México. Sírvase encontrar adjunto también una serie de documentos que le pueden servir de apoyo a este Tribunal en la resolución final del presente asunto.

Agradeciéndole la atención prestada a la presente, me despido de Usted, reiterándole las muestras de mi consideración y estima.

Roberto Mignone  
Representante  
ACNUR Costa Rica



Sr. Pablo Saavedra  
Secretario Ejecutivo  
Corte Interamericana de Derechos Humanos



CORTE I.D.H.

12 NOV 2013

RECIBIDO

## **Presentación oral del ACNUR ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del marco de solicitud de Opinión consultiva sobre niños migrantes, presentada por los países del MERCOSUR**

### **Introducción**

1. Esta solicitud de opinión consultiva aborda importantes asuntos sobre asilo y derecho de refugiados, incluyendo niños solicitantes de asilo y refugiados, como el grupo más vulnerable de las personas del interés del ACNUR. En la actualidad, la protección internacional y la migración están vinculadas entre sí en los movimientos migratorios mixtos, con un creciente número de niños que participan en esos movimientos, incluyendo niños no acompañados y separados.
2. En consecuencia, el ACNUR quisiera destacar 4 asuntos específicos relacionados con niños solicitantes de asilo y refugiados:
  - Primero, los principios subyacentes, en particular el de la institución del asilo, la no devolución, el interés superior del niño y del derecho del niño a ser escuchado,
  - Segundo, la necesidad de la identificación temprana de niños que participan en los movimientos migratorios mixtos a través de mecanismos de identificación de sus necesidades específicas de protección y asistencia, y mecanismos de canalización o referencia,
  - Tercero, la importancia de establecer sistemas de asilo/determinación de la condición de refugiado que sean sensibles a las necesidades de los niños y los estándares aplicables de debido proceso; y el establecimiento de condiciones adecuadas de recepción,
  - Cuarto, el carácter inherentemente indeseable de la detención de niños solicitantes de asilo y refugiados y porqué promovemos la prohibición de la detención por motivos migratorios.

### **Principios**

3. En primer lugar, la protección de niños solicitantes de asilo y refugiados se basa en la institución del asilo y en consecuencia, es fundamental que esta opinión consultiva aborde el contenido y alcance del derecho de asilo, tal y como esta concebido en los instrumentos interamericanos de derechos humanos y su relación con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. El asilo ha sido mejor caracterizado como la provisión de protección internacional y la garantía de satisfacción de una serie de derechos y de necesidades de personas, no protegidas por su propio país, que va desde el respeto irrestricto al principio de *non-refoulement* (la no devolución), la admisión a un territorio seguro, la no

discriminación, la no sanción por ingreso o permanencia irregular, el disfrute de derechos básicos y la obtención de una solución duradera.

4. El derecho de asilo es tanto una tradición bien establecida como un principio en el continente americano— y su conceptualización más moderna en los instrumentos interamericanos de derechos humanos (la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es la de un derecho individual a buscar y recibir asilo con referencia a otros instrumentos internacionales, incluyendo la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 y otros instrumentos regionales en materia de refugiados.
5. En América Latina, el término “asilo” (*asylum*) ha sido algunas veces erróneamente reemplazado por el término “refugio” (*refuge*) para describir los conceptos de asilo y protección internacional de refugiados. Esta confusión terminológica ha conducido a una interpretación errónea del derecho de asilo codificado en los instrumentos regionales de derechos humanos y ha tenido el efecto de limitar el alcance del asilo y de los derechos de las personas necesitadas de protección internacional. El ACNUR hace un llamado a la Corte Interamericana para que utilice el término “asilo”, tal y como es aplicado bajo el derecho internacional de derechos humanos y derecho internacional de refugiados (Art.22.7 CADH y artículo XXVII de la DADDH, leídos en relación con los artículos 29 b) y d)).
6. El ACNUR reitera también que el principio de *non-refoulement* es el derecho fundamental y la piedra angular de la protección internacional y del asilo, norma de derecho internacional consuetudinario, complementado por las prohibiciones contra la devolución, contenidas y desarrolladas bajo el derecho internacional de derechos humanos, que prohíben la remoción de una persona a un riesgo real de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o un castigo u otras formas de daño grave. En el caso del continente americano se trata de un derecho de no devolución, aplicable a todo extranjero y no solo a los refugiados (art. 22.8 CADH y artículo 13 par. final de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).
7. En este sentido, el ACNUR reconoce y valora los importantes y novedosos aportes hechos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aplicando el derecho de no devolución para proteger igualmente el derecho a la unidad familiar y a la salud, entre otros (Casos Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros contra EEUU, Caso Andrea Mortlock contra EEUU); jurisprudencia que es igualmente relevante para esta opinión consultiva respecto a la protección del derecho de no devolución, la unidad familiar y la expulsión de extranjeros. Existen igualmente desarrollos muy interesantes del art. 22.8 CADH por parte de los Estados en lo relativo a la regulación de la protección complementaria (México), así como los regímenes de visas humanitarias en países como México, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Brasil y Argentina.
8. El ACNUR también llama la atención de la Corte sobre un número de principios relevantes para la protección de los niños solicitantes de asilo y refugiados incluidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN,

único tratado internacional que se refiere específicamente a los derechos de los niños refugiados, art. 22), el interés superior del niño (art. 3 CDN) y el derecho del niño a ser escuchado en función de la edad y madurez (Art. 12 CDN, y observación general 12 del Comité de los Derechos del Niño), los cuales han sido destacados en las posiciones escritas tanto de ACNUR como de UNICEF, entre otras.

### **Estándares apropiados de identificación, acceso a procedimientos y recepción**

9. Respecto de la identificación, el ACNUR quisiera resaltar que la identificación de niños en riesgo, incluyendo a través del registro, debe comenzar tan pronto como sea posible después del arribo con un seguimiento periódico continuo. Muy pocos países en el continente cuentan con mecanismos de identificación de necesidades de protección y mecanismos de canalización o referencia para la detección temprana de las personas con necesidades especiales de protección que participan en los movimientos migratorios (niños no acompañados, víctimas de trata, personas objeto de tráfico ilícito de migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, migrantes que han sido víctimas de abuso físico o sexual, etc.). En este sentido, nos complace que dentro del marco de la Conferencia Regional sobre Migración (Proceso Puebla), por iniciativa de Costa Rica, los países miembros hayan adoptado un cuestionario para la identificación de necesidades de protección de migrantes y personas necesitadas de protección internacional (solicitantes de asilo, refugiados y apátridas).
10. Tratándose de niños no acompañados, sean refugiados o no, en cumplimiento de la observación general 6 del Comité de los Derechos del Niño, en todos los casos es crucial que los Estados dispongan de mecanismos para evaluar sus necesidades específicas de protección y asistencia, donde la repatriación voluntaria o retorno pueda ser una de las opciones posibles, pero no debe ser vista como la respuesta automática. Debido a su situación de mayor riesgo, en el caso de niños no acompañados o separados, los esfuerzos de búsqueda y de reunificación familiar deben iniciarse lo antes posible y un tutor independiente y calificado ha de ser nombrado inmediatamente. Existen algunas buenas prácticas en esta materia, tal es el caso de Argentina, donde a través de un programa de la Defensa Pública, se nombra a un tutor después de la identificación de un niño no acompañado solicitante de asilo, quien asume la representación legal en todas las etapas del procedimiento de determinación de la condición de refugiado, así como en los arreglos de recepción y en los aspectos de integración.
11. Además, el interés superior del niño, contemplado en el art. 3 de la CDN, ha de ser determinado y entendido como un proceso formal con salvaguardas procesales diseñadas para determinar el interés superior del niño en aquellas decisiones importantes que afecten al menor. Debe facilitarse la participación adecuada del menor sin discriminación, involucrando a los tomadores de decisión de todas las áreas de experticia relevantes, y haciendo un balance de los factores importantes para evaluar la mejor opción. Las Guías del ACNUR en esta materia pueden ser de utilidad para los Estados.
12. En relación con los procedimientos de asilo, los procedimientos apropiados sensibles a las necesidades de los niños que incluyen métodos de comunicación y

participación efectivos, procedimientos para determinar el interés superior del niño, prioridad para el procesamiento de solicitudes de niños no acompañados o separados, salvaguardas procesales y de prueba, y la evaluación de la edad de niño, han de ser establecidos (art. 22 y art. 3 CDN en relación con los artículos 1, 2, 19 y 22.7 de la CADH).

13. Procedimientos de asilo sensibles a las necesidades de los niños deben involucrar a tomadores de decisiones calificados con experticias relevantes. Estos procedimientos han de reunir los estándares dados por los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la CADH, tal y como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su escrito, y a tenor del artículo 12 de la CDN y la Observación general 12 del Comité de los Derechos del Niño que subraya el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte (procedimientos de inmigración, procedimientos de asilo, procedimientos de expulsión, etc., o siguiendo la jurisprudencia de esta Corte en procedimientos para la determinación de derechos o procedimientos sancionatorios).
14. En este continente, ¿cómo podríamos hablar de las obligaciones convencionales sobre la protección especial del niño (art.19 CADH), la debida determinación del interés superior del niño (art.3 CDN), el derecho de escuchar al niño en todo procedimiento judicial o administrativo (art.12 CDN) y la protección de los niños refugiados (art. 22 CDN), si no aplicamos las garantías del debido proceso de los artículos 8 y 25 de la CADH?
15. El ACNUR ya ha tenido la oportunidad de referirse a estos estándares de debido proceso aplicables a los procedimientos de asilo/determinación de la condición de refugiado en un peritaje rendido por nuestra Oficina en un caso contencioso ante esta misma Corte. Por ello, siguiendo la línea interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la protección de niños solicitantes de asilo y refugiados, la posición del ACNUR es que en este continente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 22) y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 forman un solo *corpus iuris* (caso Villagrán Morales contra Guatemala).
16. En cumplimiento de la obligación convencional del art. 22 CDN, y de los artículos 22.7 CADH, en relación con los artículos 1 y 2 de la CADH, algunos estados del continente han establecido en sus legislaciones internas disposiciones en materia de niños solicitantes de asilo y refugiados, en particular los no acompañados (México, Guatemala, El Salvador, Colombia, Venezuela, Bolivia, Uruguay, Paraguay, Argentina, Chile, entre otros). Quisiera reiterar también que la protección consular no aplica en el caso de solicitantes de asilo y refugiados, sean niños o no, tal y como en su oportunidad aclaró esta misma Corte Interamericana en el caso Vélez Loor contra Panamá.
17. En un procedimiento de asilo sensible a las necesidades del niño, el menor ha de tener una participación efectiva, por ejemplo, para expresar sus opiniones. Se requiere también suficiente flexibilidad respecto a la carga de la prueba y permitir cambiar el nombre del solicitante principal si, por ejemplo, resulta que el niño es el solicitante principal idóneo, más que sus padres. Asimismo, no debe

haber limitación de edad para que un niño sea el principal o el único solicitante en un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado.

18. También es importante, que los niños solicitantes de asilo tengan acceso a una representación legal calificada y gratuita durante el procedimiento de determinación de la condición de refugiado y que la definición de refugiado de la Convención de 1951 y la definición regional de refugiado (recomendada por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 e incorporada por la legislación interna de 14 países de la región desde México hasta Argentina) sea aplicada de una manera sensible a la edad, al género y a la diversidad, reconociendo las manifestaciones y formas de persecución específicas de los niños, tales como el reclutamiento forzoso y la trata de niños, la mutilación genital y matrimonio forzoso en el caso de las niñas, pero también las necesidades específicas de protección de niños afrodescendientes, niños indígenas y niños con una determinada orientación sexual o identidad de género. El ACNUR también ha desarrollado guías en materia de niños solicitantes de asilo que pueden ser de utilidad para los Estados.
19. Es importante también crear un ambiente sensible a las necesidades del niño, que incluya condiciones de recepción acordes a dichas necesidades. No se trata de crear centros de recepción o tránsito que terminen siendo en realidad centros de detención.

## Detención

20. Finalmente, quisiéramos llamar la atención de la Corte sobre el tema de la detención por motivos migratorios, incluyendo la de niños solicitantes de asilo. **La detención de solicitantes de asilo es inherentemente indeseable.** Los niños que buscan asilo no deben, como regla general, ser detenidos. Una ética de cuidado – y no detención – ha de guiar todas las interacciones con niños solicitantes de asilo. El ACNUR ve con beneplácito y promueve la práctica de países tales como Argentina y Venezuela donde existen alternativas a la detención así como de países como Costa Rica, Nicaragua y Panamá donde la normativa migratoria interna prevé que los niños no sean detenidos bajo ninguna circunstancia.
21. Desde una perspectiva de derechos humanos (y en particular las obligaciones convencionales dadas por el art.19 de la CADH leída en relación con el art. 7 CADH y el art. 3 de la CDN), uno debe cuestionarse, si en nuestra América, va realmente en el interés superior del niño el ser detenido o si esto es realmente compatible con el objeto y propósito de la Convención de los Derechos del Niño que busca el mayor disfrute de bienestar y derechos para los niños. ¿Es la detención administrativa por motivos migratorios consecuente con la protección especial de los niños de la que nos habla la Convención Americana sobre Derechos Humanos? La posición del ACNUR es que en este continente, debemos promover como regla la prohibición de la detención de niños por motivos migratorios, incluyendo a niños solicitantes de asilo y refugiados.
22. Además, las alternativas apropiadas a la detención han de ser consideradas en el caso de niños acompañados por sus padres, precisamente en aras de preservar la

unidad familiar y el interés superior del niño. Como señalado por esta Corte, en este continente debemos dedicar más atención a buscar un verdadero catálogo de alternativas a la detención administrativa por motivos migratorios, más que a crear excepciones para su aplicación (caso Vélez Loo contra Panamá).

23. El ACNUR aprecia la oportunidad brindada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para reflexionar sobre las preocupaciones de protección de los niños solicitantes de asilo y refugiados.

(UNHCR/ACNUR)

## DOCUMENTOS ADJUNTOS. ACNUR

- ACNUR. Los Niños Refugiados. Directrices sobre protección y cuidado. Ginebra. 1994.
- ACNUR. Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño. Mayo de 2008.
- UNHCR. A Framework for the Protection of Children. Geneva. 2012.
- Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of Defence for Children International (DCI) v. Belgium (Complaint no. 69/2011) Pending before the European Committee of Social Rights
- Declaración final de la XVIII Reunión Viceministerial de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM) donde se aprueban los “Lineamientos regionales para la identificación preliminar de perfiles y mecanismos de referencia de poblaciones migrantes en condición de vulnerabilidad”. Junio de 2013.
- CRM. Lineamientos regionales para la identificación preliminar de perfiles y mecanismos de referencia de poblaciones migrantes en condición de vulnerabilidad. Junio de 2013.
- CRM. Lineamientos regionales para la protección especial en casos de repatriación de niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas. Abril de 2007.
- CRM. Lineamientos regionales para la atención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en casos de repatriación. Julio de 2009.
- ULR. Cuadro legislación sobre expreso no rechazo en frontera de menores de edad no acompañados.
- ULR. Cuadro legislación sobre protección especial para niños no acompañados.
- ULR. Cuadro legislación formas complementarias de protección.
- ULR. Cuadro legislación visas humanitarias.