

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

61



Enero - Junio 2015



REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2015 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Marisol Molestina.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
La negación de los derechos económicos y sociales y la pobreza infantil	11
<i>Gerardo Cerabona</i>	
Bases para la construcción de un modelo anticorrupción partidista en el ámbito del derecho electoral mexicano	39
<i>Guillermo Rafael Gómez Romo de Vivar</i>	
Legados de impunidad y rostros de la verdad en Guatemala. Reflexiones en torno al juicio por genocidio (Caso Ríos Montt)	57
<i>Luis Miguel Gutiérrez Ramírez, Jorge Rodríguez Rodríguez</i>	
La protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes inmigrantes centroamericanos no acompañados y separados	87
<i>Raquel Herrera Escribano</i>	
Derecho a la educación: un debate necesario.....	105
<i>Carlos López Dawson</i>	
Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: a Call for a Pro Individual Interpretation.....	133
<i>Valerio de Oliveira Mazzuoli, Dilton Ribeiro</i>	

Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos	173
<i>Vitor de Andrade Monteiro</i>	
La educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social.....	201
<i>Ana María Rodino</i>	
El sistema jurisdiccional electoral chileno	225
<i>Carlos Manuel Rosales</i>	
La reforma integral del sistema de justicia miliar argentino motivada por el cumplimiento de las obligaciones que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	319
<i>Annabella Sandri Fuentes</i>	
Dignidad humana y exclusión social. Aportes de las declaraciones contra la discriminación racial de UNESCO en la segunda mitad del Siglo XX a la construcción de políticas públicas para abordar la exclusión social y cultural en Latinoamérica.....	357
<i>Andrés Vázquez</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 61 de su Revista IIDH, que se ha alimentado, especialmente, de las colaboraciones que han hecho llegar algunos/as de sus lectores/as. Esta edición cuenta con los artículos académicos de Gerardo Cerabona (Argentina); Guillermo R. Gómez (México); Luis Miguel Gutiérrez (Francia) y Jorge Rodríguez (España); Raquel Herrera (Costa Rica); Carlos López (Chile); Valerio Mazzuoli y Dilton Ribeiro (Brasil); Vítor Monteiro (Brasil); Ana María Rodino (Argentina-Costa Rica); Carlos Manuel Rosales (Chile); Annabella Sandri (Argentina), y Andrés Vásquez (Paraguay).

Los aportes que hemos recibido se presentan en tres secciones temáticas: derechos políticos y derecho electoral; derechos económicos, sociales y culturales y personas en situación de vulnerabilidad, e interacción del Derecho Internacional con el derecho interno.

En la primera sección se analizan los derechos políticos desde su dimensión electoral. En un primer texto se reconoce la necesidad de fortalecer las medidas para que los partidos políticos puedan combatir los actos de corrupción en los que a veces se ven involucrados, para lo que se presenta una propuesta que podría ser adoptada en el marco de la Ley General de Partidos Políticos de México. En un segundo aporte se hace un diagnóstico situacional del sistema democrático chileno a partir del restablecimiento de las autoridades electorales en 1989. En este artículo se analizan elementos tales como la legislación

y la jurisprudencia electoral, la naturaleza, fundamento y competencias del Tribunal Calificador de Elecciones y algunos aspectos del debido proceso electoral. Finalmente, a través del estudio de dos casos específicos tramitados ante el Sistema Interamericano (Caso López Mendoza vs. Venezuela y Caso Gustavo Francisco Petro Urrego vs. Colombia), en una tercera contribución se identifican una serie de medidas que pueden y deben ser tomadas para reparar y prevenir violaciones a derechos humanos en materia electoral.

En la segunda sección, uno de los aportes contextualiza el problema que se enfrenta con la movilidad creciente de las personas menores de edad y adolescentes no acompañadas y separadas en Centroamérica, que acarrea múltiples violaciones a los derechos humanos. Para ello, se analizan los mecanismos de protección internacional y se plantean algunas conclusiones relevantes para la formulación de políticas públicas y/o programas de la cooperación internacional sobre la materia.

Un segundo texto analiza la pobreza como un fenómeno multidimensional y la violación de derechos humanos que conlleva, con especial énfasis en las obligaciones que tienen los Estados de implementar medidas eficaces para la erradicación de la pobreza de niños y niñas.

Otro estudio permite analizar el concepto de exclusión social y discriminación y la forma en la que ha sido abordado en el ámbito internacional y académico, con el fin de identificar algunas contribuciones y aspectos a resolver para la construcción de políticas públicas que den respuestas a la exclusión social y cultural en Latinoamérica.

Con ánimo de impulsar la inclusión social, un cuarto artículo de esta sección analiza la educación con enfoque de

derechos humanos como una práctica constructora de inclusión y para alcanzar el desarrollo de las sociedades humanas y de las personas. Para ello, se examinan los vínculos e influencias mutuas entre educación, derechos humanos e inclusión social, los progresos recientes de la doctrina y la práctica de la educación y, finalmente, se muestra que, al concebir la educación con enfoque de derechos humanos, se descubren distintos espacios de acción político-pedagógica desde los cuales se puede y debe construir inclusión social.

También en relación con la materia educativa, el siguiente estudio de esta sección analiza si la educación debe ser gratuita, subvencionada o con financiamiento compartido, desde la óptica que se discute tanto en el ámbito académico como político en el Estado chileno. Lo anterior, bajo la premisa de que la garantía del derecho a la educación por parte del Estado, tal y como está consagrado constitucionalmente y en tratados internacionales, sólo será completa al avanzar en la progresiva implementación de la enseñanza gratuita a nivel superior.

El último artículo de esta sección nos permite repasar la actuación del Sistema Interamericano en un mundo multicultural, en especial a través de la interpretación y aplicación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el principio *pro homine* para garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta sus antecedentes históricos y culturales.

La tercera sección presenta casos concretos en que, para garantizar el acceso a la justicia, se hace necesaria la aplicación de los criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la esfera nacional o en que dicha interacción ha permitido avances importantes para la garantía de derechos. El primer artículo se refiere al Caso Ríos Montt de Guatemala,

y muestra un análisis de las contradicciones y dilemas aún no resueltos en el procedimiento penal, a la luz de la obligación de investigar, juzgar y sancionar el crimen de genocidio de acuerdo a la jurisprudencia interamericana.

En un segundo aporte se analiza la reforma del sistema de justicia militar argentino de 2009 que, motivada por el cumplimiento de las obligaciones y estándares de protección que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha incorporado, entre otros, el carácter excepcional de la justicia militar.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición. Con cada revista, el IIDH renueva su compromiso de fomentar la discusión de temas de relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos y de continuar explorando y valorando formas novedosas para atender los desafíos en el actual contexto regional e internacional.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

La protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes inmigrantes centroamericanos no acompañados y separados

*Raquel Herrera Escribano**

Introducción

El presente trabajo pretende hacer una breve contextualización del problema que en la actualidad se enfrenta con la movilidad creciente de las personas menores de edad y adolescentes no acompañados y separados en Centroamérica. Es un problema que acarrea múltiples violaciones a los derechos humanos de estas personas y que también presenta desafíos de desarrollo humano para los países de la región. Asimismo, se hará un análisis de la respuesta universal de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, particularmente del Comité de los Derechos del Niño, sobre este tema, así como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por último, se brindarán algunas conclusiones que se estiman relevantes para la elaboración de políticas públicas y/o de programas de la cooperación internacional.

* Raquel Herrera Escribano es costarricense, abogada de la Universidad Autónoma de Centroamérica y tiene una Maestría en Política y Gobierno Latinoamericano de la Universidad de Essex, Inglaterra.

Actualmente trabaja en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos como Coordinadora de la Unidad de Proyectos y Movilización de Recursos. Previamente ha trabajado en organizaciones internacionales, tales como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y Defensa de los Niños Internacional.

1. Contexto: exclusión social y violencia en Centroamérica

Los flujos migratorios de centroamericanos, tanto interregionales como hacia otros destinos o países, no son una novedad. Se dieron en los años 80 como producto de los conflictos y guerras civiles en Centroamérica; se dieron también en los años 90, incentivados como un proceso de búsqueda de mejores condiciones de vida y oportunidades, lo que se ha denominado como migrantes económicos; actualmente continúan dándose por estas mismas razones, pero también por un resurgimiento de nuevas formas de violencia social.

La situación de Centroamérica es compleja. La incidencia de la pobreza por insuficiencia de ingresos y consumo asciende a 47% y la pobreza extrema a 18,6%¹. La desigualdad, la pobreza y la carencia de servicios sociales básicos para las grandes mayorías, sobretodo en Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Honduras, son problemas estructurales que están afectando el tejido social. Se estima que alrededor de 3.3 millones de hogares en el istmo apenas subsisten, tienen accesos nulos o precarios a los mercados de trabajo y muy bajos niveles de educación. Uno de los mayores problemas que actualmente se enfrenta es la deserción del sistema educativo por parte de las y los jóvenes, y su inserción temprana e informal en el mercado laboral. Alrededor del 40% de las y los jóvenes centroamericanos de 15 a 19 años sale del sistema educativo y se inserta en el sector informal. Esta dinámica les impide acceder a empleos de calidad y buena remuneración e incide en pocas oportunidades de movilidad social. Por otra parte, hay una importante proporción de jóvenes

1 Programa Estado de la Nación, Cuarto Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible, 2011, pág.10. Disponible en: <http://www.estadonacion.or.cr/files/prensa/centroamerica/informe-IV/noticias_sociales.pdf>, a junio de 2015.

de la subregión que no estudian ni trabajan, es decir están fuera del sistema educativo y del mercado laboral. Los llamados “ni-ni” y son un grupo especialmente numeroso en Honduras y en Guatemala, donde representan más de la mitad de los jóvenes rurales².

¿Qué tienen a su haber estos jóvenes? En muchos casos sus padres han migrado y están solos, desertan del sistema educativo, que es el que les daría las herramientas para un futuro mejor, y si es que están trabajando, lo hacen en condiciones de informalidad y precariedad. ¿Cuál es el futuro que les espera? En muchos casos la salida que buscan los niños, niñas y adolescentes son las pandillas juveniles, que les ofrecen un sentido de pertenencia, y el delito como medio de subsistencia. En otros casos la salida es “desertar” o partir de sus países, que a sus ojos poco les ofrecen hacia el futuro y en sus proyectos de vida.

Además del entorno de exclusión social que se vive en Centroamérica, la violencia social ha venido en ascenso. De acuerdo al Informe Estado de la Región, esta subregión se ha convertido en el territorio más violento de Latinoamérica y ahora por causas distintas a los conflictos armados, en una de las zonas más peligrosas del mundo.

La evolución del homicidio permite dividir a los países de la región en dos grupos, con niveles altos y bajos. De Centroamérica, están en el primer grupo El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá. Con base en el estándar de la Organización Mundial de la Salud (OIM), este grupo presenta un alto nivel de homicidio, con tasas medias superiores a los diez homicidios por cada 100.000 habitantes. En el segundo grupo de están Costa Rica y Nicaragua. Por otra parte, el robo se ha convertido en un acto más cotidiano que excepcional en la región. Ha incrementado,

2 Ibidem, pág.12.

así como la violencia para cometerlo. De los países de Centroamérica, se registran tasas altas de robo en Guatemala y tasas bajas en Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá³.

Como facilitadores del delito y la violencia, deben mencionarse las armas de fuego, el tráfico de drogas y el consumo de alcohol. Según el Informe sobre Seguridad Ciudadana 2012 de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en América Central el 78% de los homicidios se cometen con arma de fuego⁴. Por otra parte, también en Centroamérica y con respecto al tráfico de drogas, se encuentra una correlación entre las zonas clave para el tráfico y las altas tasas de homicidio, especialmente en Guatemala y Honduras.

El contexto descrito permite afirmar que en Centroamérica se ven vulnerados el derecho a la vida y a la integridad física, así como el derecho a la educación, al trabajo, a la cultura y a la seguridad social. Desde una perspectiva de desarrollo humano, este entorno social y de violencia, junto con la migración, está drenando el potencial de estas sociedades, pues están saliendo de ellas contingentes importantes de personas jóvenes y adultas jóvenes, quienes no han desarrollado plenamente sus capacidades y no pueden dar sus aportes a sus países de origen.

3 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*. PNUD, Nueva York, 2013, págs. 47-48.

4 *Ibidem*, pág. 32.

2. La migración de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados

Es cierto que la migración de centroamericanos no es un fenómeno nuevo. Sí es nueva una tendencia más reciente: la migración en mayor proporción de niños, niñas y adolescentes no acompañados. Viajan sin compañía de personas adultas y en búsqueda de familiares que han migrado, de oportunidades, de mayores ingresos y para huir de la violencia. No se conocen realmente las cifras exactas de estos flujos migratorios, pero se han hecho algunas aproximaciones.

Un informe reciente señala que en 2013, alrededor de 40.000 personas menores de edad cruzaron fronteras sin compañía de adultos y que en el 2014 fueron más de 60.000. Son niños, niñas y adolescentes originarios principalmente de México y del Triángulo Norte de Centroamérica (Guatemala, Honduras y El Salvador)⁵.

Debe destacarse, que si bien el rumbo es principalmente hacia Estados Unidos, también hay flujos de migración interregionales: Guatemala también expulsa personas hacia México; Costa Rica es receptor de nicaragüenses; El Salvador, además de expulsor hacia Estados Unidos, recibe personas de Honduras y Nicaragua; Honduras expulsa hacia Estados Unidos también, pero recibe población de Guatemala y Nicaragua, y Panamá recibe nicaragüenses y expulsa población indígena que se dirige a Costa Rica⁶.

5 Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Children on the Run: An Analysis of First Hand Account from Children Fleeing Central America*, 2014. Material disponible en: <<http://unherwashington.org/children>>, a junio de 2015.

6 OIM, “Niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. La experiencia del viaje y el retorno”, s/p, 2010, citado en Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Oficina Regional, Fondo

De acuerdo con la OIM⁷, para niños, niñas y adolescentes las principales motivaciones para migrar siguen la línea de razonamiento que se ha esbozado anteriormente: la reunificación familiar; la mala situación económica y la percepción de que la migración es la única forma de salir de la pobreza; la delincuencia y el miedo a ser reclutado por maras o pandillas; falta de fuentes de empleo y carencia de oportunidades laborales; la violencia intrafamiliar; la situación de violencia que vive el país; la búsqueda de mejores condiciones de vida; estudiar, y trabajar para apoyar económicamente a la madre.

Ahora bien, la situación de estos niños, niñas y adolescentes que ven vulnerados sus derechos en sus países de origen, se sigue agravando en el tránsito migratorio. En ese trayecto participan redes, “coyotes” y criminales que se aprovechan de ellos, y la respuesta de los Estados en cuanto a protección integral es aún débil. Se dan secuestros, abusos sexuales, trata de personas, explotación laboral, embarazo temprano, entre otras cosas. En realidad, son muchos los problemas que afectan a la niñez y adolescencia centroamericana.

La situación de los niños y niñas no acompañados evidencia que existe una gran debilidad en los sistemas de protección integral, un desconocimiento e incumplimiento de la normativa internacional y nacional de derechos humanos.

de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) Oficina para Costa Rica y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Oficina para Centroamérica, Haití, Panamá y República Dominicana, *Niños, niñas y adolescentes migrantes, América Central y México*. San José, Costa Rica, mayo de 2013, págs. 28-35.

7 *Ibidem*, pág. 26.

3. La protección integral de la niñez y la adolescencia

a. La Convención sobre los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es la que cuenta con más ratificaciones a nivel mundial. Sólo tres países no la han ratificado, Somalia, Sudán del Sur y Estados Unidos. Todos los países de Centroamérica la han ratificado y, además, han adoptado legislación interna para proteger a la niñez y la adolescencia. La CDN no protege a los niños, niñas y adolescentes, protege sus derechos.

El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de la Organización de las Naciones Unidas encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados y de interpretar las disposiciones de la Convención. Este Comité emitió en 2005 la Observación General No. 6, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”. Con ella quiso poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de las y los menores no acompañados, exponer lagunas sobre la protección de estos menores y sus derechos, y proporcionar a los Estados orientación sobre la protección, atención y trato adecuado a las y los menores no acompañados a la luz de la CDN y con referencia a los principios de no discriminación, interés superior del niño y derecho del niño a manifestar sus opiniones.

Por menores no acompañados se entiende, aquellos “separados de ambos padres y otros parientes y que no están al cuidado de un adulto”. Por menores separados se entiende, aquellos “separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes”⁸.

8 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de*

Con respecto al principio de no discriminación se interpreta que de acuerdo al artículo 2 de la CDN, se prohíbe toda discriminación basada en la situación de menor no acompañado separado o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Las medidas utilizadas por la policía sólo serán aceptables si se ajustan a la ley. Por ello es que también se hace mención al art. 3 de la CDN, relativo al principio del interés superior del niño, en el entendido que lo primordial es la búsqueda de soluciones a corto y a largo plazo. Se debe garantizar el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo del niño. Se reconoce que las y los menores no acompañados están expuestos a la trata o a la participación en actividades delictivas peligrosas. Por esta razón, el Estado tiene la obligación de brindar la máxima protección posible contra la violencia y la explotación que pondría en peligro este derecho.

De acuerdo al art. 12 de la CDN, es importante que las y los menores no acompañados tengan toda la información acerca de sus derechos y de los servicios existentes, y expresen sus opiniones en cuanto a tutela, custodia, alojamiento y representación legal. Una de las primeras acciones que se toma es nombrarles un tutor y, en caso de ser solicitante de asilo, un representante legal.

Se menciona también la obligación de no devolución del menor, cuando haya motivos para pensar que existe un peligro real si se toma esta medida. Por otra parte, los Estados deben garantizar el acceso permanente a la educación, a un nivel de vida adecuado, así como el derecho a la salud.

Si se llegare a saber que el menor pudiera encontrarse en peligro de persecución o si necesitara protección internacional, se debe entablar en su favor un procedimiento para la obtención

de asilo. Si no se cumplieran los requisitos para obtener la condición de refugiado, disfrutará de protección complementaria y por lo tanto, de todos los derechos humanos que se reconocen a las y los niños en el territorio en el que está.

Es muy importante enfatizar que la Observación General No. 6 reconoce que el objetivo final ante el problema de las y los menores no acompañados es encontrar una solución duradera, que pasa por el análisis de las posibilidades de reunificación familiar. La reunificación familiar puede ser en el país de origen, en el país de acogida o bien el reasentamiento en un tercer país, pero siempre la solución tendrá en cuenta el interés superior del niño.

b. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano principal y autónomo de la OEA. Su mandato está definido en la Carta de la OEA y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y es básicamente promover el cumplimiento de los derechos humanos en la región. Uno de los mecanismos que tiene la CIDH para llevar a cabo su función son las visitas *in loco*. Recientemente, del 29 de septiembre al 2 de octubre de 2014, realizó una visita a la zona fronteriza sur de Estados Unidos, a raíz del aumento tan alarmante⁹ del número de familias con niños y niñas, así como de menores

9 La Patrulla Fronteriza aprehendió 66.127 niños y niñas no acompañados, superando en gran medida los 38.759 niños y niñas no acompañados aprehendidos en el 2013. Se aprehendió también a lo largo de la frontera sur a 66.142 familias hasta agosto del 2014, lo cual representa un aumento del 412% en comparación con las aprehensiones de 2013, que fueron 12.908. CIDH, “CIDH culmina visita en los Estados Unidos de América”, Comunicado de Prensa 110/14, 2 de octubre, 2014, pág. 2.

no acompañados, provenientes sobretodo de los países del Triángulo Norte de Centroamérica.

Durante esta visita, la CIDH se reunió con autoridades del Estado, de la sociedad civil, con víctimas de violaciones de derechos humanos y con los consulados de El Salvador, Guatemala y Honduras. Pudo constatar que esta migración es

[...] un flujo migratorio mixto, compuesto por migrantes, personas que procuran asilo, personas con necesidad de protección internacional, víctimas del tráfico y la trata de personas y niños y niñas que no están acompañados o que están separados de sus familias, entre otros¹⁰.

Además, pudo ver con preocupación los siguientes aspectos:

- No se dio libre y pleno acceso a la delegación de la CIDH a zonas de interés, (la Estación de Patrulla Fronteriza en Mc Allen y al Centro de Procesamiento Central del Valle de Río Grande) para entrevistar a personas y grupos de manera privada.
- Se recibió información sobre violaciones a los derechos de libertad, seguridad personal, vida familiar, protección de la unidad familiar, protección del niño y la niña, protección contra el arresto arbitrario, a un juicio justo y debido proceso, igualdad ante la ley, derecho a procurar y recibir asilo, derecho a no ser perseguido o torturado y al principio de no devolución.
- Se recibió información sobre el trato inadecuado que se da a las familias, principalmente a madres en detención migratoria, con niños y/o niñas menores de 18 años.

10 *Ibidem*, pág. 3.

- Se planea ampliar las instalaciones de detención migratoria para lograr una capacidad de 2.400 camas adicionales.
- Se niega a las personas detenidas la libertad bajo fianza, o bien que la fianza es muy onerosa.
- Se observó poco acceso a la información y a la representación legal sobre procedimientos migratorios.
- Se vio con preocupación el impacto psicológico de la detención en las familias detenidas, dados sus antecedentes.
- Se observó la aplicación de la presunción de que los niños y niñas no acompañados no necesitan protección internacional.

Debido a todo esto, la CIDH exhortó a Estados Unidos para que adopte medidas para identificar a las personas que puedan ser refugiadas o que necesiten protección especial, como las familias y los niños y niñas migrantes. En el caso de estos últimos, también se exhorta a adoptar medidas legislativas para evitar que sean enviados a centros de detención, y para que cuenten con representación legal.

Ahora bien, la función principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados sobre los que tiene competencia. Por ello, es que tiene una competencia contenciosa y una consultiva. El propósito principal de la función consultiva es dar una interpretación judicial sobre la Convención u otros tratados para la protección de los derechos humanos.

La Corte emitió recientemente la opinión consultiva Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. En ella señala

que, “si bien el principal obligado en la situación sometida a esta Opinión Consultiva es el Estado que recibe a la niña o al niño extranjero, ello no implica que el Estado de origen de dicho menor de edad no tenga obligación alguna referida a la señalada situación”¹¹. La Corte reconoce las obligaciones del Estado de origen, particularmente aquellas relacionadas con el deber de prevención de las situaciones que hacen a las personas verse obligadas a migrar, y pone especial énfasis en las obligaciones del Estado receptor, sea de tránsito o destino, con relación a las niñas y niños migrantes bajo su jurisdicción. En este sentido, reconoce que los Estados deben priorizar el enfoque de derechos humanos, desde una perspectiva que tenga en cuenta los derechos de los niños y niñas, su protección y desarrollo integral, independientemente de su nacionalidad y estatus migratorio.

Dentro de los estándares y obligaciones para los Estados que la Corte reconoce están:

- La obligación de identificar a las niñas y niños extranjeros que requieran de protección internacional a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad. Ésta debe determinar si se trata de una niña o niño no acompañado o separado, su nacionalidad, motivos de salida, de su separación familiar y cualquier otra información que permita determinar la necesidad de protección internacional y medidas de protección especial.
- El Estado debe garantizar un debido proceso que además esté adaptado a sus necesidades y que sean accesibles para ellos. Las garantías del debido proceso involucran: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la

11 Corte IDH, *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014.

decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante. Algo muy importante es el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados. El derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos, y el plazo razonable de duración del proceso.

- Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niños y niñas en el marco de un proceso migratorio. Por ello, deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser aplicadas (en establecimientos o con familias).
- Los Estados deben también garantizar espacios de alojamiento que respeten el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, en el entendido de que si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos a los de los adultos, asegurarles condiciones materiales y un ambiente no privativo de libertad.
- Los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir a una niña o niño a un Estado, cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones

masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

- Otro aspecto muy importante es que de acuerdo a lo establecido en la CDN y otras normas de protección de los derechos humanos, cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.
- Muy vinculada a esto está la obligación del Estado de seguir procedimientos justos y eficientes para identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado a través de una análisis adecuado e individualizado, a la luz de la protección integral de la vida de todos los niñas y niñas, y en especial atendiendo al interés superior del niño.
- Es un hecho que los Estados tienen la potestad de definir sus políticas migratorias, pero éstas deben de guardar un equilibrio y asegurar el derecho del niño o niña a no ser separado de su familia. Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o niño. En aquellos supuestos en que la niña o niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no

pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño.

Estas obligaciones deben ser entendidas como parte del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, adaptándose a las realidades cambiantes y concretas, proceso en que la opinión consultiva de la Corte se inserta.

Conclusiones

Es una realidad reconocida que los flujos migratorios de centroamericanos, tanto interregionales como hacia otros destinos, principalmente Estados Unidos, es una tendencia constante desde hace varias décadas. Sin embargo, lo que se aprecia como una dinámica reciente y alarmante es un aumento en la movilidad humana, que está involucrando a niños, niñas y adolescentes y, en muchos casos, solos, no acompañados o separados de sus progenitores. Esta dinámica sin duda los pone en situaciones de vulnerabilidad muy alta por los peligros que enfrentan y por la vulneración y negación de sus derechos más fundamentales.

Es por esta realidad, por las razones esgrimidas en este análisis y en atención a los estándares y recomendaciones de los sistemas Universal e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de esta población, que se concluye que es necesario contribuir a una respuesta de los Estados para brindar a los niños, niñas y adolescentes, tanto en los países de tránsito, destino como de origen, acciones y medidas para la promoción y protección integral de sus derechos. También es necesaria la

generación de acciones de prevención para evitar la expulsión de estas personas de sus países de origen. Algunas de estas acciones de promoción, protección y prevención son:

- **Mayor conocimiento sobre el movimiento de niños, niñas y adolescentes.** Debemos tener más datos y estadísticas sobre menores separados y no acompañados. El número de llegadas y de solicitudes de asilo son insuficientes para el análisis del ejercicio de los derechos de las y los menores. Son necesarios datos biográficos básicos de cada menor (edad, sexo, país de origen y nacionalidad, grupo étnico, etc.), número total de menores no acompañados y separados que tratan de entrar en el país y número de entradas denegadas, número de solicitudes de asilo, número de representantes legales y tutores asignados a estos menores, situación jurídica y en términos de inmigración (es decir, solicitantes de asilo, refugiados, titulares de permiso de residencia temporal), alojamiento (en establecimientos, con familias o independiente), asistencia a la escuela o a la formación profesional, reunión familiar y número de menores retornados a su país de origen
- **Sensibilización y capacitación del funcionariado que interactúa con niños, niñas y adolescentes.** Es importante la sensibilización y capacitación del personal que se ocupa de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados (tutores, representantes legales, intérpretes). Deben recibir formación sobre principios y disposiciones de la CDN; conocimiento del país de origen de las y los menores no acompañados y separados; conocimiento sobre abordajes psicológicos adecuados, técnicas de entrevista y comunicación intercultural. También es necesaria la capacitación del funcionariado de las autoridades migratorias y cuerpos policiales, a través de protocolos de actuación para la promoción y protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

- **Mayor difusión de conocimiento sobre la dinámica actual de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados, y riesgos que enfrentan.** Existen investigaciones, informes, observaciones generales de la CDN, visitas in loco de la CIDH y una opinión consultiva de la Corte Interamericana. Todos estos conocimientos y estándares deben ser ampliamente diseminados; incluso debe diseñarse una campaña de comunicación.
- **Prevención de la violencia y de la deserción escolar.** Es importante hacer un trabajo de intervención con docentes en comunidades seleccionadas (comunidades expulsoras). De este modo, el funcionariado de los ministerios de educación podrá contar con capacidades técnicas y recursos didácticos para la prevención de la violencia en el entorno escolar. Del mismo modo, es necesario trabajar con docentes, orientadores, psicólogos y trabajadores sociales para promover intervenciones interdisciplinarias, orientadas a prevenir la deserción estudiantil.
- **Promoción del empleo digno para adultos, como estrategia para evitar la expulsión y desintegración familiar.** Es muy necesario incidir sobre las causas de la migración económica también, ya que esto tiene efectos sobre la desintegración familiar y la ulterior migración de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados. Se puede intervenir en comunidades seleccionadas (expulsoras) y abordar el trabajo con municipalidades y con empleadores para generar bolsas de empleo en municipalidades seleccionadas de la subregión, diseñar estrategias de generación de empleo junto con empleadores y estrategias de generación de empleo con énfasis en mujeres.

La migración de adultos jóvenes y de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados es un problema muy complejo que involucra violaciones a los derechos humanos, enfrenta a los países de destino con obligaciones y estándares que deben cumplir y menoscaba el desarrollo humano de los países centroamericanos al perder grandes contingentes de personas en edades de contribuir al crecimiento y desarrollo de sus sociedades. Por ello, es necesario ser ambiciosos y pensar en medidas de protección y de prevención para abordar las manifestaciones de violaciones a los derechos y, a la vez, incidir sobre las raíces del problema.