

## APUNTES PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

### NOTES FOR THE PROTECTION OF MIGRANT CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ\*

---

RESUMEN: Este artículo analiza los mecanismos de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes que existen en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La tesis central es que si bien no existen tratados internacionales específicos en materia de infancia y migración, sí se ha desarrollado un extenso *corpus iuris* que contribuye de manera importante a la protección de los derechos humanos de estas personas en los países integrantes de la Organización de los Estados Americanos. Este *corpus iuris* incluye normas de tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que evidencian cómo los niños, las niñas y los adolescentes migrantes en el continente se encuentran constantemente entre dos ámbitos normativos radicalmente opuestos: uno de protección, dado por las normas del sistema interamericano de derechos humanos, y otro de control, dado por las regulaciones nacionales en materia de migración de los países de la región.

PALABRAS CLAVE: *Niños, niñas y adolescentes migrantes; migración internacional; derechos humanos; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; derecho internacional.*

ABSTRACT: This article analyzes existent human rights protection mechanisms for migrant children in the Inter-American Human Rights System. The central thesis is that despite the fact that there are not specific international treaties regarding children and migrants, it has been developed an extensive *corpus iuris* which contributes in an important way to the protection of the human rights of these persons in the countries that belong to the Organization of American States. This *corpus iuris* includes international treaties norms and jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights which show how migrant chil-

---

\* Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctora en Derecho y Maestra en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, y Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Correo electrónico: [elisaov@unam.mx](mailto:elisaov@unam.mx)

dren constantly find themselves between two legal frameworks radically opposed: one of protection, given by the norms of the Inter-American Human Rights System, and other of control, given by the immigration national regulations of the countries of the region.

KEY WORDS: *Migrant children; international migration; human rights; Inter-American Human Rights System; international law.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Instrumentos del sistema interamericano relevantes para la protección de los derechos humanos de NNA migrantes. III. Opiniones consultivas de la Corte IDH relevantes para la protección de los derechos humanos de NNA migrantes. 1. Opinión Consultiva 16/1999, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. 2. Opinión Consultiva 17/2002, sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño. 3. Opinión Consultiva 18/2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 4. Opinión Consultiva 21/2014, sobre derechos y garantías de las niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. A. Los procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes, y la adopción de medidas de protección especial. B. Garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños. C. Principio de la no privación de la libertad de niños y niñas por su situación migratoria irregular, tanto si se encuentran no acompañados o separados, como si están junto a sus familias. D. Características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes y garantías para su aplicación. E. Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes y obligaciones estatales de la custodia por razones migratorias. F. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias. G. Principio de no devolución. H. Procedimiento para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo. I. Derecho a la vida familiar de niñas y niños en el marco de la expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios. IV. Conclusiones. V. Referencias.

---

## I. INTRODUCCIÓN



En el sistema interamericano de derechos humanos no hay un tratado especializado en migrantes. Sin embargo, tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) de 1948 como la De-

claración Americana sobre Derechos Humanos (DADH), base del sistema, desligan la noción de los derechos esenciales del hombre (humanos, fundamentales) de la de ciudadano, pues tales derechos son inherentes a las personas por su humanidad, no por su pertenencia a un Estado determinado.

Así, el considerando segundo de la DADDH dispone que “en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que *los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*”. En sentido similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contiene en su preámbulo una afirmación única en cuanto a los derechos fundamentales de todas las personas, particularmente relevante para los extranjeros: “Los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser *nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*”.<sup>1</sup>

Esta afirmación es apoyada por el artículo 1.1 de la CADH, el cual consagra el principio de no discriminación, al establecer la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos consagrados en la Convención “a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,<sup>2</sup> sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Si bien no se incluye como motivo prohibido de discriminación la nacionalidad, el artículo 1.2 dispone que “para los efectos de la CADH, persona es *todo ser humano*”, conceptualización que reafirma la idea de la universalidad de los derechos

---

<sup>1</sup> Párrafo tercero.

<sup>2</sup> Los proyectos que dieron origen a la Convención contenían la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas “sujetas a su territorio y a su jurisdicción”, pero, en el momento de aprobarse la Convención, solo se hizo referencia a la jurisdicción. Al optar los Estados por delimitar el campo de aplicación de la Convención a lo que cae bajo su “jurisdicción”, optaron por un criterio amplio que incluye no solo los actos u omisiones imputables a agentes estatales como violación de obligaciones convencionales realizados o dejados de realizar dentro del territorio, sino que incluye la responsabilidad por actos u omisiones ejecutados, eventualmente, fuera del territorio, pero dentro del campo de jurisdicción del Estado, como podrían ser las actuaciones de un ejército de ocupación o actos perpetrados en un recinto diplomático. Secretaría General de la OEA, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*, OEA, Washington D.C., 1973, p. 236-418.

humanos y de la prohibición de discriminación<sup>3</sup> con base en la nacionalidad. Aún más, el artículo 24 corrobora esto al proclamar la igualdad de *todas* las personas ante la ley: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

Del mismo modo que no hay un tratado de derechos humanos en materia de migrantes, tampoco lo hay en materia de niños, niñas y adolescentes (NNA). Se han emitido tratados especializados en NNA, pero con origen en el derecho internacional privado, los cuales también recogen importantes elementos para la protección de NNA migrantes, pese a que no sean tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe señalarse que el conjunto de instrumentos de derechos humanos del sistema es aplicable a la protección de los derechos humanos de NNA migrantes.

Ahora bien, es preciso recordar que todos los tratados de derechos humanos, a nivel universal y regional, se encuentran escritos desde un enfoque inclusivo que concuerda con las premisas sobre las cuales está construido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la dignidad de la persona humana y la no discriminación. De este modo, los derechos humanos reconocidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a NNA migrantes son todos los que tiene reconocido cualquier ser humano, sin importar la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición. Además de todos aquellos derechos que, contenidos en instrumentos interamericanos o con origen en otro sistema de protección, reconocen expresamente una protección especial y adicional a las personas que no han cumplido 18 años y que ostentan la calidad de migrantes. Todos estos derechos, como se verá en apartados siguientes, forman parte del *corpus iuris* que la Corte Interamericana ha reconocido como integrante del artículo 19 de la Convención Americana, el cual consagra los derechos de los niños.

Así, el objetivo de este trabajo es analizar los mecanismos de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes que existen en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La tesis central es que, si bien no existen tratados internacionales específicos en materia de infancia y migración, sí se ha desarrollado un extenso *corpus iuris* que contribuye de manera importante a la protección de los derechos humanos de estas personas en los países integrantes de la Organización de los Estados Americanos. Este *corpus iuris* incluye normas de tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

<sup>3</sup> Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 11.

además de otras acciones que evidencian cómo los niños, las niñas y los adolescentes migrantes en el continente se encuentran constantemente entre dos ámbitos normativos radicalmente opuestos: uno de protección, dado por las normas del sistema interamericano de derechos humanos, y otro de control, dado por las regulaciones nacionales en materia de migración de los países de la región.

## II. INSTRUMENTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO RELEVANTES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NNA MIGRANTES

Los instrumentos relevantes que existen en el sistema interamericano para la protección de los derechos humanos de NNA migrantes son los siguientes:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El artículo VII señala que “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 19 establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”.<sup>4</sup> Por lo tanto, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.<sup>5</sup> En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.<sup>6</sup> Asimismo, la Corte ha afirmado reiteradamente que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional

<sup>4</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafos 53, 54 y 60; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, párrafo 164.

<sup>5</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 164.

<sup>6</sup> Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párrafo 184; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párrafo 201.

de protección de los niños que debe servir [...] para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.<sup>7</sup>

3. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

4. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

5. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El artículo XII dispone que los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores.

6. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. El artículo 7 señala que los Estados partes reconocen que el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

f. La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida.

El artículo 15.3, por otro lado, dispone que los Estados deben brindar protección adecuada al grupo familiar y:

b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

---

<sup>7</sup> Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 194; *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, párrafo 137.

Finalmente, el artículo 16 dispone que:

*todo* niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

7. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

8. Carta Democrática Interamericana. Este instrumento tiene dos artículos (16 y 27) relevantes para el respeto al derecho a la educación de NNA migrantes. De un lado, señala “es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías”. Y, de otro lado, que “se debe prestar atención especial al desarrollo de programas y actividades para la educación de la niñez y la juventud como forma de asegurar la permanencia de los valores democráticos, incluidas la libertad y la justicia social”.

9. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”. El artículo 8 señala que los Estados deben adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, como: “d. Suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los *menores* afectados”. Y el artículo 9 señala que los Estados tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de *migrante, refugiada o desplazada*. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, *menor de edad*, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

10. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

11. Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer.

APUNTES PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN EL SISTEMA ...  
ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

12. Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.

13. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. El artículo 19 dispone que los Estados procurarán suministrar asistencia alimentaria provisional en la medida de sus posibilidades a los *menores* de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio.

14. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. El artículo 25 señala que la restitución del menor podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

15. Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

16. Convención sobre Asilo Territorial. El artículo II dispone que:

el respeto que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos. Cualquier violación de soberanía consistente en actos de un gobierno o de sus agentes contra la vida o la seguridad de una persona, ejecutados en el territorio de otro Estado, no puede considerarse atenuada por el hecho de que la persecución haya empezado fuera de sus fronteras u obedezca a móviles políticos o a razones de Estado.

17. Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer.

### **III. OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH RELEVANTES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NNA MIGRANTES**

1. OPINIÓN CONSULTIVA 16/1999, SOBRE EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL

Esta opinión ha tenido dos aportaciones muy importantes en materia de los derechos al debido proceso y a la asistencia consular de todos los extranjeros. Por un lado, la



Corte IDH señaló que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos, el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Asimismo, que dicha disposición concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.<sup>8</sup>

Y, por otro lado,

que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) [...] permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho [humano] al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del PIDCP; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.<sup>9</sup>

Como se sabe, si en un caso de pena de muerte no se respetan las garantías del debido proceso legal consignadas en el artículo 14 del PIDCP, puede conllevar a la privación arbitraria de la vida, en violación de este derecho fundamental consagrado en todos los instrumentos de derechos humanos.<sup>10</sup>

A continuación, se reseña brevemente esta Opinión Consultiva de la Corte IDH relevante para el respeto de los derechos de los extranjeros detenidos.

En diciembre de 1997, México presentó a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular, en el marco de las garantías del debido proceso legal.<sup>11</sup> La solicitud formuló doce preguntas relacionadas con la aplicación del artículo 36 de la CV63 y su relación con los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como su relevancia

<sup>8</sup> Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, 1 de octubre de 1999, párrafo 141, apartados 1 y 2.

<sup>9</sup> *Ibidem*, párrafo 141, apartado 6.

<sup>10</sup> *Ibidem*, párrafo 141, apartado 7.

<sup>11</sup> La consulta a la Corte IDH tiene como antecedente las gestiones bilaterales que México había realizado en favor de algunos de sus nacionales, quienes no habían sido informados oportunamente por el Estado receptor –Estados Unidos– de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, y habían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América. *Ibidem*, párrafo 2.

en los casos de personas condenadas a pena de muerte.<sup>12</sup> El 1 de octubre de 1999, la Corte emitió la Opinión Consultiva OC-16.

La Corte IDH inició su análisis con definiciones que son particularmente importantes para precisar el contenido y el alcance de la CV63, en la protección y garantía del derecho al debido proceso. El derecho a la información sobre la asistencia consular es el derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado sin dilación de su derecho a la notificación consular y a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular, sea transmitida sin demora. El derecho a la notificación consular es el derecho del nacional del Estado que envía a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen sin retraso alguno sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, a la oficina consular del Estado que envía. El derecho de asistencia consular es el derecho de los funcionarios consulares del Estado que envía a proveer asistencia a su nacional. El derecho a la comunicación consular es el derecho de los funcionarios consulares y de los nacionales del Estado que envía, a comunicarse libremente. Ahora bien, el Estado que envía es el Estado del cual es nacional la persona privada de libertad. El Estado receptor es, por su parte, el Estado en que se priva de libertad al nacional del Estado que envía.<sup>13</sup>

Varios Estados presentaron observaciones escritas a la Corte IDH, la cual también presentó sus observaciones. Por otra parte, individuos y ONG presentaron escritos en calidad de *amici curiae*.<sup>14</sup>

El razonamiento de la Corte IDH en esta Opinión Consultiva partió de los siguientes supuestos fácticos: tanto el Estado que envía como el Estado receptor son partes de la CV63; tanto el Estado que envía como el Estado receptor son miembros de la OEA; tanto el Estado que envía como el Estado receptor han suscrito la DADDH y el Estado receptor ha ratificado el PIDCP.<sup>15</sup>

En relación con los derechos a la información, a la notificación y a la comunicación y el derecho de asistencia consular y su vínculo con la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, la Corte IDH empieza por reiterar que la interpretación de toda norma debe hacerse de buena fe, conforme con el sentido corriente que debe atribuirse a los términos empleados por el tratado y teniendo en

<sup>12</sup> *Ibidem*, párrafos 1-4.

<sup>13</sup> *Ibidem*, párrafo 5.

<sup>14</sup> *Ibidem*, párrafos 9-14.

<sup>15</sup> *Ibidem*, párrafo 42.

cuenta su objeto y fin, como lo establece la CV63.<sup>16</sup> En atención a su naturaleza y a su historia legislativa, la CV63 no tiene por objeto otorgar derechos individuales. De hecho, los derechos de comunicación y de notificación consular son, sobre todo, derechos estatales.<sup>17</sup> No obstante, la Corte recuerda que un tratado puede establecer una protección de los derechos humanos, independientemente de su objetivo central.<sup>18</sup> En este caso, a pesar de que el propósito de la CV63 se relacione con el equilibrio en las relaciones consulares entre Estados, puede incluir una norma relativa a la protección de derechos fundamentales.<sup>19</sup>

El derecho de la persona a comunicarse con los representantes consulares del Estado del cual es nacional se encuentra establecido en el artículo 36 de la CV63, sin hacer distinciones en relación con la situación de dichas personas. Esta comunicación tiene varios propósitos, entre ellos, proteger los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, prestar ayuda y asistencia a sus nacionales, representarlos y tomar las medidas necesarias para su representación judicial ante otras autoridades. La Corte IDH considera que la norma relativa a la comunicación consular tiene dos funciones: por una parte, reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de los funcionarios consulares y, por otra, reconocer el derecho correlativo del nacional del Estado que envía, de tener acceso al funcionario consular.<sup>20</sup>

Del texto del artículo 36 de la CV63 se desprenden los derechos de la persona extranjera privada de la libertad a ser informada sobre, primero, su derecho a solicitar y lograr que las autoridades competentes del Estado receptor informen a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva y, segundo, su derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, sin dilación. El titular de este derecho es la persona privada de la libertad. Por otra parte y relacionado con esos derechos, el mismo artículo 36 de la CV63 reconoce el derecho de los funcionarios consulares a visitar a su nacional que se encuentre arrestado, detenido o en prisión preventiva, a hablar con él y a organizar su defensa ante los tribunales respectivos. Los funcionarios consulares también tienen el derecho de visitar a sus nacionales que se encuentren arrestados, detenidos o presos en cumplimiento de una sentencia. No obstante, los funcionarios consulares deben abstenerse de intervenir en favor del nacional privado de la libertad, cuando

<sup>16</sup> *Ibidem*, párrafo 72.

<sup>17</sup> *Ibidem*, párrafos 73-74.

<sup>18</sup> Corte IDH, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC- 1/82, 24 de septiembre de 1982, párrafo 52, punto primero.

<sup>19</sup> Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, párrafo 76.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párrafo 80.

este así lo solicite. A partir de este análisis, la Corte IDH concluye que el artículo 36 de la CV63 reconoce a las personas extranjeras detenidas derechos individuales, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.<sup>21</sup>

En ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 36 de la CV63, el Estado puede asistir a la persona en su defensa, nombrando o contratando un abogado, obteniendo pruebas en el país de origen, verificando que tenga una adecuada representación legal y asistiendo al detenido. La comunicación consular se relaciona con la protección de los derechos del nacional del Estado que envía.<sup>22</sup>

Por otra parte, la Corte IDH determinó que el cumplimiento del deber estatal correspondiente al derecho a la comunicación consular no está sujeto al requisito de protesta previa del Estado que envía. De igual forma, la Corte IDH indicó que el derecho a la información sobre la asistencia consular no tiene requisito alguno para su exigibilidad. En cambio, el derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente, a la voluntad del individuo interesado.<sup>23</sup>

Con respecto al conocimiento del Estado receptor de que tiene a una persona privada de la libertad que es extranjera, la Corte indicó que la identificación del imputado es un requisito indispensable para la individualización penal y es un deber del Estado que lo tiene bajo su custodia. Aun más, teniendo en cuenta la dificultad de establecer de inmediato la nacionalidad de la persona, la Corte IDH indicó que el Estado debe informar al detenido los derechos que tiene en caso de ser extranjero, al igual que se le informa sobre otros derechos en razón de la privación de su libertad.<sup>24</sup>

La Corte señaló que la obligación de información no depende de la gravedad de la pena aplicable al delito que da lugar a la privación de la libertad. Con respecto al momento en que debe informarse a la persona detenida sobre sus derechos en caso de ser extranjero, la Corte IDH recordó que el texto de la CV63 establece que debe informarse “en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades”.<sup>25</sup>

En relación con la interpretación y aplicación de la norma de la CV63, junto con otras normas de instrumentos de derechos humanos, la Corte IDH empieza su análisis indicando que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un

<sup>21</sup> *Ibidem*, párrafo 84.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párrafo 86.

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrafos 89-90.

<sup>24</sup> *Ibidem*, párrafos 94-96.

<sup>25</sup> *Ibidem*, párrafos 99-102.

justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.<sup>26</sup> Continúa considerando la situación de los extranjeros sujetos a un proceso penal, concluyendo que la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país puede contribuir a mejorar su defensa y a que las actuaciones dentro del proceso se lleven a cabo conforme a la ley y al respeto de la dignidad humana. La Corte considera que el derecho a la información consular debe “ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo”.<sup>27</sup>

Partiendo del principio general de derecho internacional del deber de los Estados de dar cumplimiento a las obligaciones de un tratado de buena fe (*pacta sunt servanda*) y tomando como precedentes decisiones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas relativas a la aplicación de la pena de muerte (en las cuales ese Comité sostuvo que, cuando se encuentren violaciones de las garantías del debido proceso se viola también el derecho a la vida si la pena es ejecutada), la Corte concluye que la inobservancia del derecho a la información sobre la protección consular al detenido extranjero afecta las garantías del debido proceso legal y, en esas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”.<sup>28</sup>

## 2. OPINIÓN CONSULTIVA 17/2002, SOBRE LA CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO

El 28 de agosto de 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitió la Opinión Consultiva 17 a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. La importancia de esta opinión consultiva es que por primera vez, en ejercicio de su función consultiva, la Corte reconoció al niño como sujeto de derecho. En palabras del voto concurrente del Juez Cançado Trindade: “la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párrafo 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño ‘como verdadero sujeto de derecho y no solo como objeto de protección’ (párrafo 28)”.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párrafo 117.

<sup>27</sup> *Ibidem*, párrafo 122.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párrafos 128-137.

De la OC 17/2002 se pueden desprender las siguientes obligaciones para los Estados en materia de NNA:

- El Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que esta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural respecto al niño.<sup>29</sup>
- El Estado debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.<sup>30</sup>
- El Estado, para la atención de los niños, debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.<sup>31</sup>
- El respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.<sup>32</sup>
- La verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales.<sup>33</sup>
- Los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.<sup>34</sup>
- Los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del de-

<sup>29</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 137.

<sup>30</sup> Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párrafo 187.

<sup>31</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 116.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> *Idem*.

bido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de estos.<sup>35</sup>

- Los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.<sup>36</sup>
- La conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con estos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.<sup>37</sup>
- Es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.<sup>38</sup>
- La referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos:
  - i. La posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales;

---

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Idem.*

- ii. En el caso de que un proceso judicial sea necesario, se dispondrán de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso;
  - iii. Se dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y
  - iv. 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.<sup>39</sup>
- Las medidas de protección que alude el artículo 19 de la Convención Americana incluyen la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.<sup>40</sup>
  - La detención de menores debe ser excepcional y por el periodo más breve posible,<sup>41</sup> debiendo ser mantenidos los niños privados de la libertad separados de adultos, y contar con una especial supervisión periódica en el ámbito de la salud y la implementación de programas de educación.<sup>42</sup>
  - Los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad.<sup>43</sup>
  - La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aun más evidente en una situación de conflicto armado, lo cual significa que el Estado debe dar una protección aun más reforzada a estos en esos casos.<sup>44</sup>
  - Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una iden-

<sup>39</sup> Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, párrafo 211.

<sup>40</sup> Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, párrafo 196.

<sup>41</sup> Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 169.

<sup>42</sup> Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, párrafo 172.

<sup>43</sup> Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párrafo 171.

<sup>44</sup> Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006, párrafo 246.



tividad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión e idioma. Por lo que es una obligación promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.<sup>45</sup>

- La obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural incluye la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas.<sup>46</sup>
- La pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la comunidad indígena, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de una comunidad indígena al no poder siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos.<sup>47</sup>
- Los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido.<sup>48</sup>
- La separación de los padres biológicos pone en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debe garantizar.<sup>49</sup>
- Los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.<sup>50</sup>
- Las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el pa-

<sup>45</sup> Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párrafos 167 y 169; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, párrafo 261.

<sup>46</sup> Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párrafo 168; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, párrafo 262.

<sup>47</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, párrafo 263.

<sup>48</sup> Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 24 de febrero de 2011, párrafo 127.

<sup>49</sup> *Ibidem*, párrafo 130.

<sup>50</sup> Corte IDH, *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 199.

dre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.<sup>51</sup>

- En los procedimientos de cualquier tipo no basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso.<sup>52</sup>
- Los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.<sup>53</sup>
- A falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos.<sup>54</sup>
- La identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez.<sup>55</sup>
- Las obligaciones reforzadas que ostentan los Estados<sup>56</sup> con los niños y las niñas con discapacidad, son:
  - i. Tomar todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas;
  - ii. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, considerar primordialmente la protección de su interés superior;
  - iii. Que los niños y las niñas con discapacidad tienen derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten,

---

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Ibidem*, párrafo 200.

<sup>53</sup> Corte IDH, *Caso Forneron e hija vs. Argentina*, párrafo 51; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párrafo 127.

<sup>54</sup> *Ibidem*, párrafo 119.

<sup>55</sup> Corte IDH, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2011, párrafo 113; *Caso Forneron e hija vs. Argentina*, párrafo 123.

<sup>56</sup> Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párrafo 136.

opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

### 3. OPINIÓN CONSULTIVA 18/2003, SOBRE LA CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Esta opinión tuvo dos importantísimas aportaciones en materia de derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares: la primera, la categorización del principio de igualdad y no discriminación como norma de *jus cogens*; y la segunda, estrechamente ligada a la anterior, que los trabajadores migrantes irregulares, independientemente de su estatus migratorio, son titulares de derechos humanos laborales una vez que han entablado una relación laboral. Esto es, si bien los Estados y sus empleadores no están obligados a emplear trabajadores migrantes irregulares, una vez que estos entablan una relación laboral, se convierten en titulares de los derechos humanos laborales que corresponden a todos los trabajadores y los Estados son responsables de que se les respeten tales derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, independientemente de su legislación interna y los tratados internacionales que hayan suscrito.<sup>57</sup>

A continuación se reseña brevemente esta Opinión Consultiva de la Corte IDH relevante para el respeto de los derechos de los trabajadores migrantes irregulares:

En mayo de 2002, algunos años más tarde de la OC 16/1999, México presentó a la Corte IDH una nueva solicitud de opinión consultiva relativa a la condición jurídica y a los derechos de los migrantes irregulares.<sup>58</sup> El 17 de septiembre de 2003

<sup>57</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC 18/2003, párrafos 100-101, 134-136.

<sup>58</sup> La causa principal que motivó esta consulta fue la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S., 2002, relativo a un trabajador mexicano irregular que fue despedido injustificadamente por realizar actividades sindicales. En su petición a la CIDH, México señaló que le preocupaba la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados de la región [Estados Unidos] con el sistema de derechos humanos de la OEA. México estimó que tales interpretaciones, prácticas o leyes, implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores irregulares. Lo anterior podría alentar a los empleadores a utilizar esas leyes o interpretaciones para justificar la pérdida progresiva de otros derechos laborales. Por ejemplo: pago de horas extras, antigüedad en el empleo, salarios devengados, licencias de maternidad, abusando así de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran los trabajadores migratorios indocumentados. En ese contexto, las violaciones de los instrumentos internacionales que

la Corte resolvió la solicitud en un proceso con amplia participación de los Estados miembros de la OEA, la Corte IDH, ONG's de derechos humanos, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, firmas de abogados, profesores y estudiantes de derecho.<sup>59</sup>

La Corte respondió de la siguiente manera a las preguntas formuladas por México. Primero, determinó que era competente para rendir opiniones sobre la interpretación de la Carta de la OEA, a partir de la relación de dicho instrumento con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.<sup>60</sup> Segundo, indicó que todo lo señalado en la Opinión Consultiva tenía aplicación a los Estados miembros de la OEA que firmaron la Carta, la DADDH, la DUDH o ratificaron el PIDCP, independientemente de que hubieran ratificado o no la CADH o sus protocolos facultativos.<sup>61</sup>

A continuación, la Corte IDH se refirió a la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, y concluyó que esta obligación se encuentra consagrada en los instrumentos internacionales y ha sido reiterada por la jurisprudencia internacional. Indicó que, en desarrollo de esta obligación, los Estados tienen el deber de “adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”.<sup>62</sup> La Corte IDH desarrolló su análisis indicando que la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley conforman un principio básico general. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos está estrechamente vinculada con el principio de igualdad y no discriminación. De manera que el incumplimiento de esta obligación mediante un tratamiento discriminatorio genera responsabilidad internacional para el Estado.<sup>63</sup>

El principio de igualdad y no discriminación está consagrado en una extensa lista de instrumentos internacionales. La Corte IDH indicó que este principio es fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos. De ahí que los Estados tengan la obligación de no incorporar en su ordenamiento jurídico normas discriminatorias, de eliminar las normas de carácter discriminatorio y de combatir las

---

tutelan los derechos humanos de los trabajadores migratorios en la región constituyen una amenaza real para la vigencia de los derechos protegidos por tales instrumentos. *Ibidem*, párrafo 2.

<sup>59</sup> *Ibidem*, párrafos 8-31.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párrafo 57.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párrafo 60.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párrafo 81.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párrafos 83 y 85.

prácticas discriminatorias.<sup>64</sup> La Corte IDH acudió a la jurisprudencia internacional comparada para distinguir e ilustrar entre una discriminación y una diferenciación o distinción justificada.<sup>65</sup> Asimismo, determinó que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens*, porque sirve de fundamento al orden público nacional e internacional. Enseguida, la Corte ilustró cómo los actos jurídicos violatorios de este principio “por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” no son admisibles en la actualidad.<sup>66</sup>

La Corte IDH subrayó que “la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”.<sup>67</sup> Una consecuencia de lo anterior es el deber de los Estados de establecer un recurso simple y efectivo al cual tenga acceso toda persona, independientemente de su condición migratoria, para solicitar la protección de sus derechos.<sup>68</sup> Esta es una obligación *erga omnes*, que se impone a los Estados con respecto a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, independientemente de su condición migratoria. La Corte consideró que esta obligación tiene aplicación para todos los derechos contemplados en la CADH y en el PIDCP, incluido el derecho a las garantías judiciales.<sup>69</sup>

La Corte IDH hizo énfasis en la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes, la cual tiene una dimensión ideológica y se mantiene por condiciones de derecho y de hecho, redundando en diferencias entre estas y los nacionales. Agregó que los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo contribuyen a dificultar la integración de las personas migrantes a la sociedad y a que las violaciones de sus derechos queden impunes. De ahí que la comunidad internacional haya reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes.<sup>70</sup>

La garantía del principio de igualdad en favor de las personas migrantes no implica que el Estado no pueda iniciar acciones en contra de aquellas personas que

<sup>64</sup> *Ibidem*, párrafos 86 y 88.

<sup>65</sup> *Ibidem*, párrafos 89-95.

<sup>66</sup> *Ibidem*, párrafo 101.

<sup>67</sup> *Ibidem*, párrafo 106.

<sup>68</sup> *Ibidem*, párrafo 107.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párrafo 109.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párrafos 112-117.

violen el ordenamiento jurídico del Estado en el que se encuentran. Pero, incluso en esos casos, el Estado tiene el deber de proteger y garantizar los derechos humanos de las personas migrantes, sin discriminación alguna en razón de su condición migratoria regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otro motivo.<sup>71</sup> La Corte aclaró que el Estado puede dar un tratamiento diferente a los migrantes regulares de los irregulares o a las personas migrantes de los nacionales, siempre y cuando este sea “razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos”.<sup>72</sup> Es importante que al considerar el principio de igualdad y no discriminación se tenga en mente la continua evolución del Derecho Internacional.<sup>73</sup>

La Corte IDH consideró la situación de los trabajadores migratorios irregulares y enfatizó que la condición migratoria no es justificación para privarlos del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos de los derechos laborales. Cuando un migrante irregular establece una relación de trabajo, adquiere todos los derechos laborales.<sup>74</sup> Si bien el Estado y los particulares no están obligados a contratar a trabajadores irregulares, cuando establecen una relación de trabajo con ellos, los trabajadores irregulares adquieren todos los derechos laborales sin discriminación alguna en razón de su condición migratoria.<sup>75</sup> La Corte explicó que los particulares también tienen el deber de cumplir las obligaciones *erga omnes*. En este caso, en el marco de la relación laboral de derecho privado, el empleador tiene el deber de garantizar los derechos de sus trabajadores.<sup>76</sup> Por otra parte, el Estado tiene la obligación de respetar y de garantizar todos los derechos laborales de todos los trabajadores y de no tolerar situaciones discriminatorias. En otras palabras, el Estado debe velar por el estricto cumplimiento de las normas laborales, con el propósito de erradicar las prácticas discriminatorias, e igualmente debe garantizar la protección de estos derechos cuando los trabajadores se vean en la necesidad de acudir al Estado para solicitar su protección.<sup>77</sup>

La Corte IDH subrayó que los derechos laborales son aquellos reconocidos por el sistema jurídico nacional e internacional. Dada la pluralidad de normas nacionales e internacionales en esta materia, su interpretación debe hacerse aplicando

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, párrafo 118.

<sup>72</sup> *Ibidem*, párrafo 119.

<sup>73</sup> *Ibidem*, párrafo 120.

<sup>74</sup> *Ibidem*, párrafo 134.

<sup>75</sup> *Ibidem*, párrafos 135-136.

<sup>76</sup> *Ibidem*, párrafo 140.

<sup>77</sup> *Ibidem*, párrafos 148-150.

el principio *pro homine*; es decir, aplicando la norma que proteja mejor a la persona humana, en este caso al trabajador.<sup>78</sup>

Algunos derechos laborales son fundamentales para el trabajador migratorio. A juicio de la Corte estos son:

la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización.<sup>79</sup>

La Corte consideró que el ejercicio de estos derechos garantiza al trabajador y a su familia una vida digna. Agregó que el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para desarrollar aptitudes, habilidades y potencialidades, de forma tal que la persona pueda alcanzar su desarrollo integral como ser humano.<sup>80</sup>

Los Estados tienen la facultad de fijar políticas migratorias y de establecer medidas relacionadas con el control del ingreso, permanencia y salida de las personas de su territorio. Estas medidas deben proteger y garantizar los derechos humanos de toda persona y, en particular, los derechos de los trabajadores migratorios.<sup>81</sup> No solo el ordenamiento jurídico interno debe ser acorde con las obligaciones internacionales de los Estados, sino que los órganos y funcionarios de las tres ramas del poder público deben actuar conforme con estas obligaciones.<sup>82</sup> En síntesis, el Estado no puede subordinar o condicionar la protección y garantía del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación a la consecución de objetivos en sus políticas públicas, inclusive a los objetivos en materia de política migratoria.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> *Ibidem*, párrafo 156.

<sup>79</sup> *Ibidem*, párrafo 157.

<sup>80</sup> *Ibidem*, párrafo 158.

<sup>81</sup> *Ibidem*, párrafos 168-169.

<sup>82</sup> *Ibidem*, párrafo 171.

<sup>83</sup> *Ibidem*, párrafo 172.

#### 4. OPINIÓN CONSULTIVA 21/2014, SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL <sup>84</sup>

El 19 de agosto de 2014, la Corte IDH, a petición de cuatro países miembros del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), emitió la OC 21/2014, en la cual analizó los estándares, los principios y las obligaciones que los Estados deben implementar con el propósito de garantizar a los NNA migrantes la protección integral de sus derechos, y para asegurar el acceso a la justicia de estos y sus familiares en condiciones de igualdad. La Corte desarrolla a lo largo de su opinión el principio central de que NNA son titulares, además de los derechos humanos que corresponden a todas las personas, de derechos especiales adicionales, al tratarse de personas que, en razón de su edad y su desarrollo físico y emocional, necesitan de protección especial.<sup>85</sup>

La OC 21/2014 estudia en profundidad la situación de la niñez migrante, estableciendo cuáles son las obligaciones de los Estados para asegurar que sus derechos sean protegidos. Aborda dos grandes grupos de NNA: por un lado, los que requieren protección internacional (solicitantes de asilo y/o refugiados) y, por otro lado, los NNA no acompañados o acompañados, quienes, si bien no llegan a nivel de requerirla, llegan al país por diversas situaciones de afectación de sus derechos. En este sentido, la Corte IDH da un paso fundamental al contemplar la necesidad de determinar el riesgo de vulneración de los derechos afectados a los fines del otorgamiento de una protección complementaria o humanitaria. Para ello, obliga a los Estados a tener en cuenta las diversas situaciones en las que se hallan los NNA, como pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad, vivir con el VIH/SIDA o ser una posible víctima de trata.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Corte IDH, *Derechos y Garantías de las Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, Opinión Consultiva 21/2014, 19 de agosto de 2014.

<sup>85</sup> *Ibidem*, párrafos 66, 164, 208 y 222.

<sup>86</sup> *Ibidem*, párrafos 71 y 101.



La Corte determina, sobre la base de las obligaciones generales y principios rectores que surgen de los arts. 1.1,<sup>87</sup> 2<sup>88</sup> y 19<sup>89</sup> de la CADH, conjuntamente con el artículo VII de la Declaración Americana<sup>90</sup> y los principios medulares de la Convención de los Derechos del Niño (CDN),<sup>91</sup> la importancia del deber de los Estados de respetar los derechos y garantías de toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación en razón de su condición migratoria.<sup>92</sup> Asimismo, enfatiza en la importancia de la adecuación normativa a los estándares internacionales de derechos humanos, a fin de garantizar que las medidas de derecho interno que se adopten sean efectivas (principio de *effet utile*).<sup>93</sup>

La OC 21/2014 aborda los siguientes aspectos:

A. Los procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes, y la adopción de medidas de protección especial.

<sup>87</sup> Artículo 1.1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>88</sup> Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

<sup>89</sup> Artículo 19. Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

<sup>90</sup> Artículo VII. Derecho de protección a la maternidad y a la infancia. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

<sup>91</sup> A partir del desarrollo interpretativo de la CDN, los cuatro principios rectores en materia de derechos de niñas y niños son: el principio de no discriminación (art. 2o. CDN); el interés superior del niño (art. 3o. CDN); el derecho a la vida y al desarrollo; y el derecho a la participación y a ser oído. Véase Comité de Derechos del Niño, *Background Paper*, Día de Discusión General sobre los Derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración, septiembre de 2012, en línea: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Discussion2012.aspx>

<sup>92</sup> Al hablar de jurisdicción se hace referencia no solo a quienes se encuentren en su territorio, sino a quienes de cualquier forma sean sometidas a su autoridad, responsabilidad o control al intentar ingresar al mismo sin importar su status migratorio. Véase Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC 21/014, párrafos 39, 61, 62 y 219.

<sup>93</sup> *Ibidem*, párrafo 65.

Al referirse a la protección internacional, lo hace en un sentido amplio, no solamente ligado a la condición o estatuto de refugiado sino también a otros sistemas de protección. De este modo, la protección internacional comprende:

- La protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas;
- La protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena;
- La protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria; y
- La protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.<sup>94</sup>

B. Garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucren a niñas y niños.

Luego de reafirmar que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona independientemente de su estatus migratorio,<sup>95</sup> la Corte subraya que la observancia de las garantías del debido proceso deben reforzarse con componentes diferenciados en los casos que involucren a niñas y niños migrantes, ya que la participación de estos en el marco de un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que los adultos.<sup>96</sup> Ello supone que el procedimiento debe estar adaptado a las necesidades de las niñas y niños, ser accesible a ellos e implementado por personas debidamente capacitadas en una perspectiva de infancia. En suma, las garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucren a niñas y niños implican la adopción de medidas específicas con el propósito de asegurar que el interés superior del niño se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> *Ibidem*, párrafos 37, 38 y 101.

<sup>95</sup> *Ibidem*, párrafo 113. Véase también Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 143.

<sup>96</sup> *Ibidem*, párrafo 114.

<sup>97</sup> *Ibidem*, párrafo 115.

C. Principio de la no privación de la libertad de niños y niñas por su situación migratoria irregular, tanto si se encuentran no acompañados o separados, como si están junto a sus familias.<sup>98</sup>

La Corte IDH determina que la privación de la libertad de una niña o niño migrante en situación irregular decretada por esta única circunstancia es arbitraria y, por ende, contraria a la CADH.<sup>99</sup> La Corte entiende que el principio de *ultima ratio* o excepcionalidad de la privación de libertad,<sup>100</sup> para los supuestos que involucren a niñas o niños migrantes, excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación.<sup>101</sup> Aunado a ello, la privación de libertad de una niña o niño en ese contexto, de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior.<sup>102</sup>

D. Características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes, y garantías para su aplicación.

La Corte sostiene que las medidas para resguardar los derechos de las niñas y los niños migrantes no debieran concebirse en sí como alternativas a la detención, sino como medidas de aplicación prioritaria.<sup>103</sup> Señala que la obligación estatal de disponer de un conjunto de medidas debe respetar el principio de legalidad, y las medidas deben ser aplicadas por funcionarios competentes.<sup>104</sup> Asimismo, en caso de considerarse que no se trata de una medida adecuada, se debe garantizar el derecho de revisión, a fin de considerar la aplicación de

<sup>98</sup> En el mismo sentido, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes subrayó que “la utilización ideal de un enfoque basado en los derechos entrañaría la adopción de medidas alternativas para toda la familia; por tanto, los Estados deberían elaborar políticas para alojar a toda la familia en lugares alternativos a los centros de internamiento en régimen cerrado”. ONU, *Informe de Relator Especial de Derechos Humanos de los Migrantes*, A/HRC/20/24, 02/04/2012, §8; *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, A/HRC/7/4, 10/012008, párrafo 53.

<sup>99</sup> *Ibidem*, párrafo 147.

<sup>100</sup> Corte IDH, *Caso Vélez Loo vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 97; *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párrafos 169 y 171; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos. Detención y debido proceso*, OEA/ Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30/12/2010, párrafo 38.

<sup>101</sup> Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC 21/2014, párrafo 154.

<sup>102</sup> *Ibidem*, párrafo 154.

<sup>103</sup> *Ibidem*, párrafo 163.

<sup>104</sup> *Ibidem*, párrafo 165.

una medida menos lesiva o punitiva.<sup>105</sup> Tales medidas tienen como objetivo principal la protección integral de los derechos de las niñas y niños, de acuerdo con una evaluación individualizada y atendiendo a su interés superior.<sup>106</sup> A este respecto, la OC 21/2014 se refiere a las situaciones de las niñas y niños no acompañados,<sup>107</sup> como también a las de niñas y niños pertenecientes a comunidades indígenas,<sup>108</sup> en las cuales es necesario tener en consideración sus necesidades particulares y sus respectivos contextos culturales.

E. Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes, y obligaciones estatales de la custodia por razones migratorias.

Los Estados están obligados a garantizar unas condiciones básicas para la efectiva protección de los derechos humanos sin discriminación, así como a regular y fiscalizar que los espacios de alojamiento cumplan criterios técnicos para su acreditación y habilitación en consonancia con las necesidades diferenciadas de las niñas y niños migrantes.

F. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias.<sup>109</sup>

- Legalidad de la privación de libertad.
- Prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios.
- Derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda.
- Derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente.
- Derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados.
- Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular, el cual incluye: el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular; y el derecho a la asistencia misma.

<sup>105</sup> *Ibidem*, párrafo 169.

<sup>106</sup> *Ibidem*, párrafos 164-170.

<sup>107</sup> *Ibidem*, párrafo 167.

<sup>108</sup> *Ibidem*, párrafo 168.

<sup>109</sup> *Ibidem*, párrafos 188-206.

- Derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor.
- Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.

#### G. Principio de no devolución.

La Corte IDH reafirma que este principio no se limita a las personas solicitantes de asilo o refugiadas, sino a cualquier persona extranjera cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatus migratorio.<sup>110</sup> En el caso de la niñez migrante, este principio recibe un refuerzo adicional que obliga a considerar y analizar el riesgo de violación con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia CDN.<sup>111</sup> Así, para su efectiva aplicación, los Estados deben evaluar no solo si la vida, libertad o integridad física de la niña o niño corren peligro en el país al cual se lo quiere devolver, sino desde un sentido mucho más amplio, que obliga a considerar si se encuentran amenazadas las condiciones mínimas para su desarrollo integral.<sup>112</sup>

#### H. Procedimiento para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo.<sup>113</sup>

La Corte IDH señala los componentes esenciales que se derivan de la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo:

- No obstaculizar el ingreso al país;
- Dar a la niña o niño acceso a la entidad estatal encargada de otorgar el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado, o a otros procedimientos que sean idóneos para la protección y atención específica según las circunstancias de cada caso;
- Tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal y asegurar la realización de una entrevista personal;

<sup>110</sup> CoIDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párrafo 135.

<sup>111</sup> CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC 21/2014, párrafo 215.

<sup>112</sup> *Ibidem*, párrafos 222 y 233.

<sup>113</sup> *Ibidem*, párrafos 252-262.

- Contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud; realizar un registro y entrevista procurando no causar mayor trauma o re-victimización;
- Disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya;
- Emitir un documento de identidad para evitar la devolución;
- Estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba;
- Asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados;
- En caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar de conformidad con el interés superior; y,
- Buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo con la determinación del interés superior de la niña o del niño.

I. Derecho a la vida familiar de niñas y niños en el marco de la expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios.<sup>114</sup>

La Corte IDH afirmó que el Estado tiene la obligación de realizar una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño y priorizando siempre su interés superior.

#### IV. CONCLUSIONES

Si bien es cierto que en el sistema interamericano no existen tratados específicos en materia de infancia y migración, sí hay una cantidad significativa de estándares que son relevantes para la protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes. Por un lado, los que proveen los tratados internacionales del sistema que tienen importancia para NNA migrantes y que están redactados, como todos los tratados de derechos humanos, desde un enfoque inclusivo y no discriminatorio, por lo cual no se excluye de su ámbito de protección a NNA migrantes.

<sup>114</sup> *Ibidem*, párrafos 273 y 282.

Por otro lado, los que provee la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto en su faceta contenciosa como consultiva. Esto es, en su conjunto se trata de un *corpus iuris* del que emanan obligaciones específicas para los Estados en materia de NNA migrantes, tal como lo ha señalado la propia Corte IDH en su última opinión consultiva en esta materia. Estas obligaciones surgen a partir del incumplimiento de los Estados de las obligaciones en materia de derechos humanos que impactan a este colectivo. De hecho, los Estados se encuentran obligados a tener una mayor diligencia en los casos en los que intervienen NNA migrantes por su especial condición de vulnerabilidad y, en consecuencia, el mayor impacto que tienen sobre ellos los incumplimientos en materia de derechos humanos.

En la práctica, los NNA migrantes se enfrentan a muchas barreras para acceder y disfrutar de los derechos básicos que el ordenamiento internacional y las propias legislaciones les otorgan. De hecho, algunas legislaciones nacionales siguen sin estar a la altura de los estándares internacionales de protección legal. Esto implica que los Estados están dejando de cumplir, tanto de manera formal como práctica, con la legislación internacional en materia de derechos humanos respecto de la cual se han obligado. De esta forma, la normativa internacional, universal y regional aún debe reflejarse e incorporarse de forma apropiada en las leyes, las políticas y los programas nacionales que afectan de forma directa las vidas de los NNA migrantes.

De este modo, es preciso resaltar que, si bien los estándares internacionales son una herramienta útil en este proceso, la legislación nacional es fundamental, toda vez que es una forma más directa, rápida y efectiva de provocar cambios en la situación de grupos humanos tan vulnerables como estos NNA. Por ello, es necesario que se produzca una aplicación sistemática de leyes y políticas nacionales que protejan el acceso de NNA migrantes a sus derechos humanos. Ello a través de la reforma de leyes y políticas migratorias nacionales, con el fin de garantizar el acceso de NNA migrantes a derechos civiles, económicos, sociales y culturales, así como a servicios básicos. La interdependencia entre los derechos hace necesario un enfoque intersectorial en la legislación, las políticas y las prácticas en el contexto de la migración, con el fin de que se garantice el acceso de los NNA migrantes a todos los derechos que el ordenamiento internacional les confiere.

Algunas propuestas que pueden coadyuvar a minimizar las violaciones que sufren estos NNA en sus derechos humanos son la sensibilización a la sociedad sobre los derechos de este colectivo; la difusión de sus derechos y ayudas disponibles; la elaboración de políticas públicas que incluyan expresamente a estos NNA en los programas dirigidos a proteger de la pobreza y la exclusión social; la adecuación de las leyes y políticas nacionales de control de la migración a los derechos del niño y

APUNTES PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN EL SISTEMA ...  
ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

los estándares internacionales; y la protección de la unidad familiar y el derecho a la vida familiar; entre otros.

## V. REFERENCIAS

### BIBLIOGRÁFICAS

Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

### JURISPRUDENCIALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### *i. Casos contenciosos*

*Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

*Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de febrero de 2001.

*Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2001.

*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004.

*Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

*Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2005.

*Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de septiembre de 2005.

*Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006.

*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012.



*Caso Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

*Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2009.

*Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010.

*Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010.

*Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010.

*Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

*Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 24 de febrero de 2011.

*Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2011.

*Caso Forneron e hija vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de abril de 2012.

*Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012.

*Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012.

*Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

## ii. Opiniones consultivas

“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC- 1/82, 24 de septiembre de 1982.

*Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva 16/1999, 1 de octubre de 1999.

*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002.

APUNTES PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN EL SISTEMA ...  
ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva 18/2003, 17 de septiembre de 2003.

*Derechos y garantías de las niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva 21/2014, 19 de agosto de 2014.

## NORMAS DE SOFT LAW

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

*Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de diciembre de 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

*Informe sobre inmigración en Estados Unidos. Detención y debido proceso*, OEA/ Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010.

Comité de Derechos del Niño.

*Background Paper*, Día de Discusión General sobre los Derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración, septiembre de 2012.

Consejo de Derechos Humanos.

*Informe de Relator Especial de Derechos Humanos de los Migrantes*, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012.

Secretaría General de la OEA.

*Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*, Washington D.C., OEA, 1973.