

# PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ MIGRANTE. CORTE INTERAMERICANA Y MERCOSUR

---

**Teresita Nelly Saracho Cornet<sup>1</sup>**

---

**Sumario:** I. Introducción. II. Cuestiones relevantes a modo de consideraciones previas: 1. La migración internacional de los niños, niñas y adolescentes (NNA). 2. Precisiones conceptuales: 2.1 Niño. 2.2 Protección internacional. 3. Reglas de interpretación: principios de buena fe, efecto útil, pro persona e interpretación evolutiva. 4. Políticas migratorias. Alcance de la facultad estatal. III. El *corpus iuris* de derechos humanos de los niños: 1. Principios rectores. 2. Trato preferente. Situación de especial vulnerabilidad. Derechos adicionales. IV. Protección general: 1. Ratificación de convenios de derechos humanos. Obligación de los Estados. 2. Control de convencionalidad. Alcance. V. Protección específica: 1. Enfoque de los derechos humanos, en correspondencia con el desarrollo integral. 2. Enfoque de edad y de género. 3. Protección al momento posterior al ingreso. 4. El proceso migratorio: 4.1 Acceso a la justicia y debido proceso. Garantías. 4.2 Principio de no detención por irregularidad migratoria. 4.3 Situaciones de afectación de la libertad personal. Obligación de custodia y garantías. 5. Principio de no devolución. 6. Procedimientos para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo. 7. Expulsión motivada por condición migratoria. Derecho a la vida familiar. VI. Conclusiones.

**Palabras clave:** Migración internacional - Niños, niñas y adolescentes. - Protección - Políticas migratorias - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Mercosur

---

## I. -Introducción.

Sobre la base de reconocer la interrelación de los derechos humanos de los migrantes y la protección de los derechos de las niñas y niños (NNA)<sup>2</sup> migrantes, Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, en la calidad de Estados Parte del Mercosur, estimaron necesario que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, la Corte, Tribunal intera-

---

1 Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, UNC. Miembro Titular del Instituto de Derecho Laboral y Procesal Laboral de la Facultad de Derecho, Universidad Blas Pascal, Córdoba. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, UNC. Vocal de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Correo electrónico: teresitasaracho@hotmail.com

2 Si bien en la Opinión Consultiva OC-21/14 que se analiza, la Corte IDH alude a las “niñas y niños” o “niño”, en este trabajo se utiliza la sigla NNA para referirse a los mismos, significando “niños, niñas y adolescentes”. Ello se sostiene en que los adolescentes quedan comprendidos en la acepción otorgada por el Tribunal supranacional a los vocablos “niña” o “niño”, en tanto incluye a “toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley” (según surge del párr. 56 de la citada opinión consultiva). A la par, se contabiliza que la misma Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A N° 17, nota 45, aludió a los niños, niñas y adolescentes.

americano o Tribunal supranacional), precisara las obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en temas atinentes a los procedimientos para la identificación de las necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial, con base en los diversos riesgos a que los NNA quedan expuestos al momento posterior al ingreso; al proceso migratorio en sí, relacionado con una situación irregular, involucrando aspectos vinculados al principio de no detención, las obligaciones estatales en caso de custodia de NNA, así como las garantías aplicables tanto en los procesos migratorios como en situaciones que afecten la libertad personal; al principio de no devolución; a los procedimientos para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo; y al derecho a la vida familiar de los NNA en caso de disponerse la expulsión o deportación por motivos migratorios de sus padres. La respuesta a la requisitoria fue brindada mediante la Opinión Consultiva OC- 21/14<sup>3</sup> "*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*".

La iniciativa se destaca, al ser la primera vez que se presenta ante el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIDH) un pedido de opinión consultiva (OC) por los cuatro Estados. Dicha circunstancia denota el reconocimiento de problemáticas comunes que afectan a la región integrada, y el compromiso de los solicitantes de articular la legislación y políticas públicas migratorias con el sistema de protección de los NNA cuando ingresan a un país de manera irregular.

Es que la falta de articulación de las políticas migratorias con las políticas de protección de derechos de la infancia genera graves problemas, explicitados por los Estados en los distintos apartados de la consulta; oportunidad donde los solicitantes enunciaron sus posiciones acerca del alcance que consideraron debía darse a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en correlación con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).

En dicho escenario, se inscribe el presente trabajo, partiendo de la premisa que las personas migrantes en situación irregular, por un lado, y los NNA, por el otro, son grupos sociales que se encuentran en situación de vulnerabilidad; por lo cual, ambos colectivos requieren de un compromiso especial por parte de los Estados en el MERCOSUR.

## II. Cuestiones relevantes a modo de consideraciones previas

Para dar respuesta al pedido de consulta, tras justificar su competencia<sup>4</sup>, la Corte IDH alude a los motivos que dan origen a la migración internacional de los NNA; efectúa pre-

3 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A N° 21.

4 Con base en el artículo 64.1 de la CADH, memoró el Tribunal interamericano su doctrina consolidada, tanto en la faz consultiva como en la contenciosa respecto a que "[...] la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano (párr. 20, OC-21/2014 "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de migración..."; cit.). En línea con dicha postura, citó su Opinión Consultiva OC- 1/82 del 24 de septiembre de 1982, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 1, punto decisivo primero. Asimismo, la Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A N° 20, párr. 18. En la función contenciosa, dicha postura fue sostenida, entre otros, en los casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 124; Liakat Ali Alibux vs. Suriname (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de enero de 2014, Serie C N° 276, párr. 87; Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 21 de noviembre de 2007, Serie C N° 170, párr. 15.

cisiones conceptuales respecto a lo que debe entenderse por niño y protección internacional; explicita las reglas que asumirá para establecer la interpretación de las disposiciones normativas de la CADH en correlación con otros instrumentos de derechos humanos y establece el alcance de las facultades de los Estados para fijar sus políticas migratorias. Asimismo, refiere que su opinión está motivada, sustancialmente, en función de lo dispuesto en los arts. 19 y 29 inc. d, de la CADH, mediante la integración normativa de dicho convenio con la DADDH y la CIPST, todo en estrecha correspondencia con la Convención de los Derechos del Niño (CDN)<sup>5</sup>. Destaca el Tribunal interamericano que la CDN debe ser utilizada como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la CADH<sup>6</sup> respecto a los NNA; en particular, al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto<sup>7</sup>.

Recuerda el Tribunal supranacional que la CDN es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris comunis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia”<sup>8</sup>; a lo que se añade, sostiene, que ha sido ratificada por casi todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Si bien apunta que no corresponde que emita una interpretación directa de la CDN –dado que sus disposiciones no han sido objeto de la consulta–, pone de manifiesto que, indudablemente, los principios y derechos allí reconocidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la CADH cuando el titular de derechos es un NNA<sup>9</sup> (párr. 57).

## 1. La migración internacional de los niños, niñas y adolescentes (NNA)

Siguiendo el Informe del Relator Especial de los derechos humanos de los migrantes<sup>10</sup>, la Corte IDH precisa que los NNA se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su

5 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 21/04, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párr. 20.

6 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.

7 Ello, según postura ya asumida por la Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párrafos 192 a 194, como así también en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Serie A N° 17, párr. 24.

8 Conforme al criterio sostenido por Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño...” cit., párr. 29.

9 Dicha pauta, se corresponde, a criterio de la Corte IDH, con lo dispuesto por el Comité de los Derechos del Niño en orden a que “el disfrute de los derechos estipulados en la Convención [sobre los Derechos del Niño] no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores -sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración”; cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1° de septiembre de 2005, párr. 12.

10 Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 19.

país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien los NNA generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía (párr. 35).

## 2. Precisiones conceptuales

### 2.1 Niño

Ante la laguna normativa existente en la CADH respecto a qué debe entenderse por niño, en función de lo dispuesto por los arts. 19 y 29 inc. d de la CADH que permiten la integración normativa con la DADDH y con otros convenios, la Corte IDH establece que “niño [es] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”<sup>11</sup> (párr. 56).

### 2.2 Protección internacional

Sostiene la Corte IDH que por protección internacional se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, señala la Corte que las diversas fuentes del derecho internacional -y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario-, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. En función de ello, la expresión protección internacional, para el Tribunal interamericano, 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 (párr. 37).

## 3. Reglas de interpretación: principios de buena fe, efecto útil, *pro persona* e interpretación evolutiva

Para la interpretación de las disposiciones jurídicas objeto de la opinión solicitada, el Tribunal supranacional toma en consideración los principios de buena fe, efecto útil y *pro*

---

11 Toma en consideración lo establecido en su Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño...”, cit. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH, entre otros, en los casos Bulacio vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), del 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párr.133; Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil, Resolución del 20 de noviembre de 2012, párr. 19; Mendoza y otros vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), sentencia del 14 de mayo de 2013, Serie C N° 260, párr.140 y en Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2013, Serie C N° 272, párr. 219.

persona, precisando que la hermenéutica que realiza está consustanciada de la premisa que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>12</sup>. Tal “interpretación evolutiva”, indica, es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el art. 29 de la CADH, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)<sup>13</sup>. Asimismo, enfatiza que los deberes de protección especial a los NNA tienen como destinatario no sólo a los Estados, sino también a la familia y a la sociedad<sup>14</sup> (párr.56). Desde esa posición, aclara que la extensión de la responsabilidad tiene lugar porque el Estado tiene el deber de hacer que aquéllas adopten las medidas de protección que los NNA requieran de su parte. En este sentido, precisa que las medidas de protección que adopte el Estado pueden ser, por sí solas, insuficientes, debiendo “ser complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia”. Sentado lo cual, dispone que el estatuto de los NNA no se limita al ámbito de su relación con el Estado sino que se extiende a la que tenga o deba tener con su familia y la sociedad toda, relaciones estas últimas que el Estado debe posibilitar y garantizar y, en el caso del NNA migrante, asegurarse de que los adultos no lo utilicen para sus propios fines migratorios y que, si ello, pese a todo, aconteciere, en definitiva no resulte perjudicado (párr. 67).

En la Opinión Consultiva OC-21/14, como en otras oportunidades, se enfatiza la relevancia del principio de buena fe recogido en los arts. 31 y 32 de la CVDT, que al receptar la regla general de interpretación de los tratados internacionales de naturaleza consuetudinaria, “implica la aplicación simultánea de la buena fe, el sentido natural de los términos empleados en el tratado de que se trate, el contexto de éstos y el objeto y fin de aquél”<sup>15</sup>.

Desde el artículo 2 de la CADH, la Corte IDH deriva el principio de efectividad o efecto útil, sosteniendo que dicho instrumento convencional establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención, para *garantizar* los derechos en ella consagrados. Dicho deber implica que las medidas que se adopten han de ser *efectivas* (principio del “*effect utile*”). Esto deviene de la obligación de los Estados de *adoptar todas las medidas* necesarias, como lo requiere el citado art. 2 de la CADH. Tales medidas sólo son efectivas, en criterio del Tribunal supranacional, cuando el Estado adapte su actuación a la normativa de protección de la CADH<sup>16</sup>, no pudiendo el *efecto útil* de la misma verse mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin<sup>17</sup>.

12 Como lo sostuviera en su Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Serie A N° 16, párr. 114, y en la función contenciosa, en el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 noviembre de 2012, Serie C N° 257, párr. 245.

13 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...”, cit., párr. 55.

14 En línea con el criterio vertido en su Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, cit., párr. 54, y caso Mendoza y otros vs. Argentina, cit., párr. 140.

15 Corte IDH, Opinión Consultiva, OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párr. 52.

16 Corte IDH, Opinión Consultiva, OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párr. 65. Asimismo, en la función contenciosa, se recibió dicho principio, entre otros, en los casos Cinco Pensionistas vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C N° 98, párr. 164; Cantos vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C N° 97, párr. 59; Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C N° 94, párr. 213; “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párr. 87, y Heliodoro Portugal vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 12 de agosto de 2008, Serie C N° 186, párr. 179.

17 Criterio ya sostenido por la Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación

A lo expresado, añade la Corte (párr. 71, OC-21/14), que los Estados, en la determinación de la adopción de medidas positivas adicionales y específicas, en función de la ponderación de los factores personales y las características particulares en que se encuentren los NNA, deben atenerse a la aplicación del principio del efecto útil; en pos de cubrir las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad<sup>18</sup>. En el contexto de la migración, sostiene que corresponde observar las condiciones y circunstancias bajo las cuales los NNA puedan estar incluidos en situaciones de vulnerabilidad adicional que conlleve un riesgo agravado de vulneración de sus derechos. En tales circunstancias, los Estados deben, “en forma prioritaria”, adoptar medidas para prevenir y revertir las mismas, así como para asegurar que todos los NNA, sin excepciones, puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos en condiciones de igualdad<sup>19</sup>.

En criterio del Tribunal interamericano, del art. 29 de la CADH, deriva entre otros, el principio *pro persona*, que implica que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de otro derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la DADDH y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

#### 4. Políticas migratorias. Alcance de la facultad estatal

En el ejercicio de la facultad de fijar políticas migratorias<sup>20</sup>, reitera la Corte IDH lo expresado en anteriores pronunciamientos<sup>21</sup> respecto a que los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean sus nacionales, bajo la condición que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la CADH<sup>22</sup>. Y agrega, que si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos

---

obligatoria de periodistas. Arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A N° 5, párr. 52. Dicha hermenéutica fue reiterada en casos contenciosos, entre otros: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, párr. 128; Heliodoro Portugal vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 12 de agosto de 2008, Serie C N° 186, párr. 180; Radilla Pacheco vs. México (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C N° 37, párr. 339; Fernández Ortega y otros vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de agosto de 2010, Serie C N° 215, párr. 236; Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C N° 216, párr. 219; Liakat Ali Alibux vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de enero de 2014, Serie C N° 276, párr. 151.

18 Con cita de su jurisprudencia recaída en los casos “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr. 189, y “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 250.

19 Corte IDH, Opinión Consultiva, OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párr. 71.

20 La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que verse sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio. Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, Serie A, N° 18, párr. 163.

21 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados...” cit., párr. 168; asimismo, cfr. caso Vélez Lóor vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C N° 218, párr. 97, y caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2013, Serie C N° 272, párr. 129.

22 Corte IDH, “Asuntos Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Medidas Provisionales”, Resolución del 18 de agosto de 2000, Considerando 4, y caso Vélez Lóor Vs. Panamá, cit., párr. 97.

humanos de las personas migrantes<sup>23</sup>; lo cual no significa, aclara, que no pueda iniciarse acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que de lo que se trata es que al adoptar las medidas que estimen correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Debiendo, además, respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados (párr. 39).

### III. El corpus iuris de derechos humanos de los niños

Para analizar las cuestiones planteadas por los Estados, la Corte IDH alude a “las fuentes de derecho internacional relevantes”. Al efecto expresa que “el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos” se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, refiere que basará la respuesta solicitada, en su propia jurisprudencia - tanto en materia de niñez como de derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados - (párr. 60).

Junto al “*corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos”, desde el llamado “estatuto del niño”, concurre el denominado “*corpus iuris* de derechos humanos de los niños”, reconocido por la Corte IDH al señalar que “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”<sup>24</sup>.

En dicha línea, el Tribunal interamericano ha destacado que la existencia del denominado *corpus iuris* es el resultado de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en materia de niñez que tiene como eje el reconocimiento del NNA como sujeto de derecho. Sostenido lo cual, dispuso que el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del art.19 de la CADH, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, las disposiciones comprendidas en las declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, la CDN, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing de 1985), las Reglas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio de 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil (Reglas de Riad de 1990), además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.

En función de dicha hermenéutica, analizó casos sobre derechos humanos de los NNA aplicando el *corpus iuris* en materia de niñez; estableció que para fijar el contenido y alcance del art. 19 de la CADH, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de

23 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados”, cit., párr. 168, y caso “Vélez Loor vs. Panamá”, cit., párr. 97.

24 De conformidad a lo dispuesto con anterioridad, en la Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño...”, cit., párrafos 37, 53 y caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo), cit., párr. 194.

la CDN, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador) destacando que tales instrumentos y la CADH forman parte de un muy comprensivo “*corpus iuris internacional de protección de los niños*” que la Corte debe respetar<sup>25</sup>.

Tal perspectiva da lugar a sostener que el concepto de *corpus iuris* autoriza utilizar como herramientas de interpretación, las normas y las decisiones adoptadas fuera del SIDH, como lo son la CDN y las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato para interpretar el contenido y el alcance de los derechos reconocidos en el art. 19 de la CADH, tal como se verá más adelante, lo viene haciendo el Tribunal interamericano.

### 1. Principios rectores

Abordando el sistema protectorio de los menores a nivel internacional, la Corte IDH establece que cuando se trata de la protección de los derechos de los NNA y de la necesidad de adoptar medidas para lograr dicha protección, los cuatro principios rectores de la CDN deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral<sup>26</sup>. En esa línea, alude al principio de no discriminación<sup>27</sup>, al del interés superior de la niña o del niño<sup>28</sup>, al respeto del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo<sup>29</sup>, y al principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación<sup>30</sup>. Tales principios adquieren aplicación concreta en las migraciones internacionales que afecten los derechos de los NNA, por lo que son tomados en consideración ineludible por el Tribunal supranacional para responder las preguntas objeto de la consulta e identificar las medidas especiales necesarias que deben adoptarse a fin de “dotar de efectividad” a los derechos de niñas y niños” (párr.69).

### 2. Trato preferente. Situación de especial vulnerabilidad. Derechos adicionales

De los instrumentos convencionales que sustentan el requerimiento de la OC, sostiene la Corte IDH, surgen las normas que irradian sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiere a menores de edad. En esa línea, destaca el art. VII de la DADDH y el art. 19 de la CADH. A la luz de dicho marco normativo, el Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de los NNA, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen

25 Sobre la base de la doctrina judicial receptada en los casos “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112, párr. 148; “De los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C N° 110, párr. 166 y De los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), cit., párr. 194. Asimismo, en la función consultiva, Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 7, párr. 24.

26 Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

27 Receptado en el art. 2 de la CDN.

28 Según lo establecido en el párrafo 1 del art. 3 de la CDN. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), cit., párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, Observación general 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), UN Doc. CRC/C/CG/14, 29 de mayo de 2013.

29 En los términos de la regulación normativa contenida en el art. 6, CDN.

30 Conforme a lo dispuesto en el art. 12 de la CDN, en correspondencia con el Comité de los Derechos del Niño, Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44), cit. párr. 12, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades<sup>31</sup>. Resalta que dichas normas son de las pocas que contemplan la condición particular o peculiar del beneficiario<sup>32</sup>. Desde esta perspectiva, establece que los NNA ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal<sup>33</sup>; de lo que se sigue, que las pertinentes medidas de protección a favor de aquéllos sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas. Se enfatiza el sostenimiento reiterado respecto a que los NNA gozan de los mismos derechos que los adultos y que, además, poseen derechos adicionales, por lo que el art. 19 de la CADH “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>34</sup>. En sustento de dicho aserto la Corte sostiene que la CADH y la DADDH, consagran un trato preferente a los NNA precisamente por su grado peculiar de vulnerabilidad, procurando proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales (párr. 66).

En línea con dicha postura, añade que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño<sup>35</sup>. En el contexto de la migración, indica el Tribunal supranacional, que cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de un NNA, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger, de forma primordial, el interés superior del NNA afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho del NNA a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo, y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta<sup>36</sup> (párr. 70).

A la par, la Corte considera que es preciso evaluar no sólo el requerimiento de medidas especiales en los términos expuestos anteriormente, sino que también deben ponderarse factores personales (como por ejemplo el hecho de pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA), así como las características particulares de la situación en la que se halla el NNA (tales como ser víctima de trata, encontrarse separado o no acompañado<sup>37</sup>), para determinar la necesidad de

31 Sobre la base de lo dispuesto en su Opinión Consultiva OC- 17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño...”, cit., párr. 56, y en la función contenciosa, en el caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, cit., párr. 218.

32 Otras normas, reconoce la Corte IDH, son los artículos 4.5 (prohibición de pena de muerte a niños, personas mayores de 60 años y mujeres en estado de gravidez); 5.5 (menores procesados); 12.4 (derecho de padres y tutores respecto de educación de hijos o pupilos); 17 (protección a la familia), y 23 (derechos políticos).

33 De acuerdo a lo sostenido en la función contenciosa; Corte IDH, caso “Furlan y Familiares vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246, párr. 203, y caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 143. Y en línea con el criterio del Comité de los Derechos del Niño, Observación General 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, UN Doc. CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

34 Corte IDH, caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, cit., párr. 147, y caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 4 de septiembre de 2012, Serie C N° 250, párr. 142.

35 Conforme al criterio ya sostenido en su Opinión Consultiva OC 17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, cit., punto decisivo segundo.

36 Siguiendo al Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, cit., párr. 123.

37 De acuerdo a lo dispuesto por el Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), cit. párr. 75.

medidas positivas adicionales y específicas (párr. 71).

#### **IV. Protección general**

El Tribunal interamericano reitera su jurisprudencia respecto a tópicos de relevancia intensa en el SIDH, también elevados a estándares. Ello se corresponde con las obligaciones que asumen los Estados al ratificar tratados de derechos humanos, a la naturaleza y alcance del control de convencionalidad - y la correlativa responsabilidad internacional por incumplimiento -, como así también, a las reglas de interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

##### **1. Ratificación de convenios de derechos humanos. Obligación de los Estados**

Con sustento en su doctrina consolidada fijada en la función contenciosa, la Corte IDH recuerda que cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo<sup>38</sup>, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél<sup>39</sup> (párr. 31).

##### **2. Control de convencionalidad. Alcance**

En línea con lo dispuesto respecto a la obligación asumida por los Estados al ratificar un tratado de DDHH y la responsabilidad internacional por incumplimiento, la Corte IDH pondera la importancia que reviste que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad<sup>40</sup>, sobre la base de sus pronunciamientos, tanto en el ejercicio de su competencia contenciosa como en la consultiva. Ello en pos de satisfacer el propósito del SIDH, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos<sup>41</sup> (párr. 31).

#### **IV. Protección especial**

##### **1. Enfoque de los derechos humanos, en correspondencia con el desarrollo integral**

Sostiene la Corte IDH que en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados respecto a los NNA, asociados a su condición migratoria o a la de sus padres, se debe priorizar “el enfoque de los derechos humanos” desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de aquéllos, y en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos<sup>42</sup>.

38 Corte IDH, caso “Fontvecchia y D’Amico vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 29 de noviembre de 2011, Serie C N° 238, párr. 93, y caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 221. En igual sentido, caso “Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 10 de noviembre de 2020, Serie C N° 415, párr. 173 y caso “Órdenes Guerra y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 29 de noviembre de 2018, Serie C N° 372, párr. 135.

39 De conformidad a lo sostenido en la función contenciosa; cfr. Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)”, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 164, y caso “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 24 de noviembre de 2009, Serie C N° 211, párr. 197.

40 En línea con lo resuelto en la función contenciosa: Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, cit., párr. 124, y caso “Liakat Ali Alibux vs. Suriname”, cit., párr. 124.

41 De conformidad a lo dispuesto en su Opinión Consultiva OC- 2/82 del 24 de septiembre de 1982, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A N° 2, párr. 29; doctrina receptada en la función contenciosa; cfr. entre otros, caso “Boyce y otros vs. Barbados (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169, párr. 15.

42 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 34 a 41 y 51 a 71.

## 2. Enfoque de edad y de género

Los riesgos de violación a los derechos humanos de los NNA, en criterio del Tribunal interamericano, deben ser entendidos y analizados con un “enfoque de edad y de género”, así como dentro de la lógica establecida por la CDN, que contempla la garantía efectiva e interdependiente de los derechos civiles y políticos y la progresiva plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales con especial consideración que el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y supervivencia<sup>43</sup> (párr. 222). Ponderó el Tribunal supranacional que las medidas a tomar adquieren fundamental importancia debido a que los NNA se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su “proyecto de vida”. Bajo esa premisa, cita el listado elaborado por el Comité de los Derechos del Niño respecto a las circunstancias a evaluar<sup>44</sup>.

## 3. Protección al momento posterior al ingreso

Las obligaciones de resguardo por los Estados comienzan desde que los NNA ingresan al territorio de uno de aquéllos. A partir de dicho momento, dispone la Corte, quedan obligados a identificar los NNA extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, debiendo llevar a cabo una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad. Dicha evaluación tiene como finalidad proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario acorde a su condición<sup>45</sup>.

## 4. El proceso migratorio

### 4.1 Acceso a la justicia y debido proceso. Garantías

Con el propósito de asegurar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y custodiar que el interés superior de los NNA haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, destaca la Corte IDH que los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva la situación de los NNA migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos<sup>46</sup>.

En orden a las garantías del debido proceso que deben regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, se establece que los Estados Parte quedan obligados a desarrollar el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la 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 el mismo; el deber de designar a un tutor en caso de NNA no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte

43 Cfr. los arts. 6 y 27 de la CDN que incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

44 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, cit., párrafos 84 y 85; citada por la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párr. 222.

45 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 72 a 107.

46 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 108 a 115.

evalúe el interés superior del NNA 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<sup>47</sup>.

#### **4.2 Principio de no detención por irregularidad migratoria**

Durante el proceso migratorio queda vedado a los Estados recurrir a la privación de libertad de los NNA con fines cautelares; tampoco puede fundamentarse tal medida en el incumplimiento de los requisitos para el ingreso y permanencia en un país, en el hecho de que los NNA se encuentren solos o separados de su familia, ni en la finalidad de asegurar la unidad familiar. Debiendo disponerse de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de aquéllos<sup>48</sup>.

Desde esa posición, establece la Corte IDH que mientras se desarrollan los procesos migratorios, los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas que no impliquen la privación de la libertad. Ello, bajo el estándar de la “protección prioritaria integral” de los derechos de los NNA, con estricto respeto de sus derechos humanos y del principio de legalidad. Se exige, además, que las decisiones que ordenen dichas medidas sean adoptadas por una autoridad administrativa o judicial competente, en un procedimiento que respete las garantías mínimas<sup>49</sup>.

#### **4.3 Obligaciones estatales en caso de custodia y garantías aplicables en situaciones que afecten la libertad personal**

Los espacios de alojamiento de los NNA también han sido objeto de tratamiento por el Tribunal supranacional determinando las condiciones que deben revestir. En ese cometido, se dispone que debe respetarse el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que, si se trata de NNA no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos. Estando acompañados, tienen que alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación, bajo la aplicación del principio del interés superior de los NNA involucrados, debiendo, además, asegurarse condiciones materiales y un régimen adecuado para los NNA en un ambiente no privativo de libertad<sup>50</sup>.

Para aquellas situaciones que eventualmente, por las circunstancias del caso en concreto, puedan constituir o derivaren una medida que materialmente se corresponda a una restricción de libertad personal, dispone la Corte IDH que los Estados deben respetar las garantías que se tornan operativas ante dichas situaciones<sup>51</sup>.

### **5. Principio de no devolución**

Conceptualiza la Corte IDH el principio de no devolución o non-refoulement, como un

47 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 116 a 143.

48 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 144 a 160.

49 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 161 a 170.

50 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 171 a 184.

51 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 185 a 206.

principio que permite dotar de eficacia al derecho a buscar y recibir asilo, pero también como un derecho autónomo establecido en la CADH y una obligación derivada de la prohibición de la tortura y otras normas de derechos humanos y, en particular, de la protección de la niñez<sup>52</sup>.

Se enfatiza la prohibición que recae sobre los Estados de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a los NNA a un Estado, cuando la vida, seguridad y/o libertad de los mismos 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 corran el riesgo de ser sometidos a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual puedan ser enviados a otro en el cual puedan correr dichos riesgos<sup>53</sup>.

## **6. Procedimientos para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo**

Los Estados deben establecer y seguir procedimientos “justos y eficientes” que posibiliten identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado. Desde esa obligación, dispone la Corte IDH que debe efectuarse un análisis “adecuado e individualizado” de las peticiones a la luz de la protección integral debida a todos los NNA, bajo la aplicación de “los principios rectores”<sup>54</sup>.

## **7. Expulsión motivada por condición migratoria. Derecho a la vida familiar**

Se abordó también la situación específica de los NNA cuyos progenitores se enfrentan a una expulsión o deportación por motivos migratorios. En dicho supuesto, quedó establecido el alcance del derecho a la protección de la familia y la no injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar de aquéllos. Sostuvo la Corte IDH que todo 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 del NNA. A la par, se precisó que en aquellos supuestos en que el NNA 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 del NNA<sup>55</sup>.

## **VI. Conclusiones**

Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en su calidad de Estados Parte del Mercosur manifestaron la existencia de un déficit de la legislación y de las políticas públicas en relación la protección de la niñez migrante.

La respuesta brindada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-21/14 clarificó aspectos de suma relevancia relativos a los procedimientos para la identificación de las

52 Según resulta de los arts. 22.7, 22.8 y 5 de la CADH; art. XXVII de la DADDH y del art. 13, cuarto párrafo de la CIPST.

53 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 207 a 242.

54 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...” cit., párrafos 243 a 262.

55 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva 21/14, cit., párrafos 263 a 282.

necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial, con base en los diversos riesgos a que los NNA quedan expuestos al momento posterior al ingreso; al proceso migratorio en sí, relacionado con una situación irregular, involucrando aspectos vinculados al principio de no detención, las obligaciones estatales en caso de custodia de NNA, así como las garantías aplicables tanto en los procesos migratorios como en situaciones que afecten la libertad personal; al principio de no devolución; a los procedimientos para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo; y al derecho a la vida familiar de los NNA en caso de disponerse la expulsión o deportación por motivos migratorios de sus padres.

Los pilares sustanciales que deben tomarse en consideración, en defensa de los derechos y libertades de los NNA en el contexto de la migración internacional, que surgen de la opinión consultiva, pueden esbozarse del modo que sigue:

- ✓ El concepto de *corpus iuris* de derechos humanos del NNA autoriza utilizar como herramientas de interpretación, las normas y las decisiones adoptadas fuera del SIDH, como lo son la CDN y las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en cumplimiento del mandato para interpretar el contenido y el alcance de los derechos reconocidos en el art. 19 de la CADH.
- ✓ Los NNA gozan de los mismos derechos que los adultos; poseen, además, derechos adicionales, por lo que el art. 19 de la CADH debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional “necesitan de protección especial”.
- ✓ Los NNA ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que las medidas de protección a favor de aquéllos deben ser más específicas que las que se decretan para el resto de las personas.
- ✓ La CADH y la DADDH consagran un trato preferente a los NNA precisamente por su grado peculiar de vulnerabilidad, procurando proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales.
- ✓ La CDN, ratificada por casi todos los Estados miembros de la OEA, es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris communis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento. De ello se deriva que los principios y derechos allí reconocidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la CADH cuando el titular de derechos es un NNA.
- ✓ Los cuatro principios rectores de la CDN (de no discriminación, del interés superior de la niña o del niño, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación), deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral.
- ✓ Los Estados, al diseñar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, deben priorizar el “enfoque de los derechos humanos”, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos.
- ✓ Los riesgos de violación a los derechos humanos de los NNA deben ser entendidos y analizados con un “enfoque de edad y de género”, así como dentro de la lógica establecida por la propia CDN, que contempla la garantía efectiva e interdependiente de los derechos civiles y políticos y la progresiva plena efectividad de los derechos económicos,

sociales y culturales, con especial consideración que el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y supervivencia.

✓ Mientras se desarrollan los procesos migratorios, los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas que no impliquen la privación de la libertad. Ello, bajo el estándar de la “protección prioritaria integral” de los derechos de los NNA, con estricto respeto de sus derechos humanos y del principio de legalidad.

✓ Los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean sus nacionales, bajo la condición que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la CADH. Si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes; lo cual no significa, que no pueda iniciarse acción alguna contra quienes no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que de lo que se trata es que al adoptar las medidas que estimen correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Debiendo, además, respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados.

---