

#### IV. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NNA MIGRANTES

Conforme al derecho internacional vigente, todas las personas son titulares de derechos humanos, cuya plena vigencia y respeto son elementos fundamentales para la consolidación de la paz y seguridad a nivel internacional, regional y local, así como también para construir sociedades en las que se respete el Estado de derecho. Como afirma Villán Durán, “los derechos humanos se configuran como el motor imprescindible de unas relaciones internacionales más justas y armoniosas, así como el instrumento de humanización y criterio legitimador de la conducta de los Estados en sus relaciones”.<sup>32</sup> Las normas de derecho internacional que protegen a la persona son resultado del esfuerzo de la sociedad internacional por establecer un conjunto de reglas mínimas de protección y desarrollo para los seres humanos. Los derechos reconocidos en estas normas representan valores universales mínimos que los Estados se comprometen a promover, proteger y garantizar.

De este modo, los NNA migrantes se encuentran amparados por todas las normas del derecho internacional de los derechos humanos, que se basan en el principio de igualdad y no discriminación, y están redactadas en un lenguaje inclusivo. Estas normas les reconocen la totalidad de derechos, sin importar su

---

<sup>32</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2006, p. 44.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

condición migratoria. La irregularidad, en caso de que ésta sea su condición migratoria, no los excluye de los derechos humanos. Por el contrario, toda vez que son, al menos, dos veces vulnerables, al ser NNA y migrantes, requieren una atención especial y diferenciada que los proteja.

## 1. NIVEL UNIVERSAL

### A. General

A nivel universal y general, las normas internacionales de derechos humanos que protegen a los NNA migrantes incluyen a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los tratados fundamentales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CTPCID); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR), y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM). Además, se encuentran protegidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la Convención para reducir los Casos de Apatridia (CRCA), y el Protocolo II a los Convenios de Ginebra.<sup>33</sup>

### B. Especializado

Los NNA migrantes se encuentran protegidos por las siguientes normas internacionales que tratan específicamente el tema de los derechos de NNA o su relación con la condición de migrantes:

---

<sup>33</sup> Artículo 4.3. En este sentido, véase también: ColDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 153.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

### a. Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven de 1985<sup>34</sup>

Establece la protección de la familia en su artículo 5: “los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos: b) El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia”.<sup>35</sup>

### b. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CDTM),<sup>36</sup> de 1990

Es un instrumento jurídico destinado a identificar, categorizar y reconocer a un determinado colectivo humano, los trabajadores migratorios y sus familiares, como un grupo humano especialmente vulnerable en lo que respecta al ejercicio de sus derechos y libertades; y a traducir en obligaciones jurídicas internacionales la voluntad de progresar en la mejora del goce y disfrute de sus dere-

---

<sup>34</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985.

<sup>35</sup> Artículo 5 de la Declaración de sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985.

<sup>36</sup> La CDTM tiene un récord bajísimo de ratificación, y ningún país mayor de migración y desarrollado lo ha hecho. Sobre las razones de la baja aceptación de la Convención, véanse Cholewinski, Ryszard, Guchteneire, Paul de, Pecoud, Antoine, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, UNESCO, 2010, pp. 13 y ss. Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990. Véase la situación de su ratificación y reservas en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en).

chos humanos.<sup>37</sup> Establece normas mínimas que los Estados Partes deben aplicar a los trabajadores migratorios y a sus familiares, independientemente de su condición migratoria.

La CDTM complementa los estándares sobre el trabajo reconocidos internacionalmente y especifica la aplicación de los estándares sobre derechos humanos generalmente reconocidos a todos los trabajadores migrantes y sus familiares.<sup>38</sup> De este modo, es el tratado internacional más amplio en cuanto a derechos de los trabajadores migrantes se refiere, además de que protege los derechos humanos de estos trabajadores en todas las fases del proceso migratorio: en el país de origen, en el país de tránsito y en el país de empleo y clarifica las obligaciones de los Estados partes.<sup>39</sup>

La CDTM reconoce en sus artículos 8 a 35 una diversidad de derechos, en su mayoría contenidos en los Pactos de Nueva York de 1966, a los trabajadores migrantes y sus familiares, independientemente de su condición migratoria regular o irregular, y que el Estado de acogida debe garantizarles. Si bien la CDTM no cuenta con un apartado particular de NNA en el contexto de la migración, contempla en su artículo 44.2, como derecho de los trabajadores migrantes, la unión familiar, la cual repercute en los NNA migrantes:

---

<sup>37</sup> Bonet Pérez, Jordi, “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en Mariño Menéndez, Fernando M., (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catarata, 2006, p. 93.

<sup>38</sup> Kariyawasam, Prasad, “La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, trad. del inglés de Fernando M. Mariño Menéndez, en Mariño Menéndez, Fernando M., (coord.), *Un mundo sin desarraigo. El derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catarata, 2006, p. 18.

<sup>39</sup> Artículo 1.2 de la CIDTM.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

Este derecho adquiere relevancia si se toma en cuenta que los movimientos migratorios se han diversificado, y no sólo los adultos salen de sus países de origen, sino también las niñas, los niños y los adolescentes, quienes deciden a viajar (acompañados o no).

### c. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1990<sup>40</sup>

La CDN es, sin duda, el instrumento internacional que presenta mayor relevancia para nuestro trabajo, en virtud de ser un tratado internacional de aceptación general y el más completo en lo que se refiere a la protección de los derechos de *todos* los NNA. En la CDN se detallan una serie de derechos universales que constituyen requisitos mínimos que los Estados deben cumplir para garantizar la protección de *todos* los NNA presentes en su jurisdicción. Los Estados partes de la Convención están obligados legalmente a garantizar que todas las protecciones y los estándares de ésta aparezcan reflejados en la legislación nacional.

Cabe señalar que la CDN es aplicable planamente a NNA migrantes: por un lado, porque está redactada en un lenguaje incluyente que no diferencia entre los niños nacionales o extranjeros

---

<sup>40</sup> La CDN fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

(regulares o irregulares) en el otorgamiento de los derechos que establece; por otro lado, porque el órgano autorizado para interpretarla ha manifestado de forma explícita en su Observación General 6 (2005) que:

El disfrute de los derechos estipulados en la Convención 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.<sup>41</sup>

De esta forma, la CDN protege a NNA migrantes, sin discriminación alguna, y los Estados que se han vinculado en sus términos están obligados a respetar y garantizar los derechos que contiene a todos los N presentes en su jurisdicción.

La CDN, como paradigma en la materia, reconoce: el interés superior (artículo 3), la unión familiar (artículo 9), la reunificación familiar (artículo 10), la necesidad de combatir los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (artículo 11), la protección contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso (artículo 32), la protección contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (artículo 34), la prevención del secuestro, la venta o la trata de niños (artículo 35) y las necesidades de protección en casos de detención de niños (artículo 37 b, c y d.)

Es de destacarse que los Estados deben considerar siempre los cuatro principios fundamentales de la CDN en la implementa-

---

<sup>41</sup> Comité sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General N.º. 6, 2005, párr. 12.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

ción de leyes, políticas o prácticas nacionales relacionadas con NNA migrantes:

- i) Principio de no discriminación. Este principio implica que todos los derechos protegidos por la Convención están garantizados sin discriminación o distinciones de ningún tipo a *todos* los niños presentes en la jurisdicción de los Estados miembros de la CDN (artículo 2). El Comité sobre los Derechos del Niño ha establecido de forma explícita que el principio de no discriminación es aplicable independientemente del estatus migratorio:

El principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye —e incluso puede exigir— la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados. A propósito de los menores no acompañados o separados, las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo son admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, párr. 18.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

De este modo, cualquier ley, política de actuación o decisión adoptada por un Estado que afecte a los niños migrantes en situación irregular debe cumplir el principio de no discriminación en todo momento.

- ii) Interés superior del niño. De acuerdo con el artículo 3.1 de la CDN, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH, en adelante) ha señalado que este principio implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida.<sup>43</sup> El interés superior del niño es una protección especial, reforzada, que todos los derechos humanos deben tener cuando se trate de niños y niñas. Y una necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la CADH cuando el caso se refiera a menores de edad.<sup>44</sup> Es un principio que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos,

---

<sup>43</sup> CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, párr.61

<sup>44</sup> CoIDH, *Caso de la masacre de las dos erres vs. Guatemala*, excepción preliminar fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2009, párr. 184; *caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de septiembre de 2005, párr. 134; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto 2002, párrs. 56, 57 y 60.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la CDN.<sup>45</sup>

El interés superior del niño significa la adopción de ciertas medidas específicas, con el propósito de que gocen efectivamente de los derechos y sus garantías,<sup>46</sup> que varían de acuerdo con las circunstancias particulares del caso y de la condición personal de los niños,<sup>47</sup> de las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o niña.<sup>48</sup> En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido de forma explícita que, antes de tomar cualquier decisión que afecte a un NNA, los Estados evalúen de forma exhaustiva su identidad, incluida su nacionalidad y su bagaje educativo, étnico, cultural y lingüístico, así como cualquier vulnerabilidad específica o necesidad de protección que pudieran tener.<sup>49</sup> La CDN obliga también a los Estados a dar prioridad al interés superior del niño en todas las decisiones que afecten a la unidad familiar. Al respecto, el artículo 9 señala que la separación en contra de los deseos del niño sólo es posible cuando sea imprescindible para proteger el interés superior del niño, y cuando las autoridades competentes lo consideren estrictamente necesario. En este sentido, el Comité ha enfatizado que la limitación general de la inmigración no puede prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior del niño.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 56.

<sup>46</sup> CoIDH, caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 209; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 98.

<sup>47</sup> CoIDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 del mayo de 2010, párr. 166.

<sup>48</sup> CoIDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 126.

<sup>49</sup> *Ibidem*, párr. 20.

<sup>50</sup> *Idem*.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

Ahora, el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.<sup>51</sup> Tampoco puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.<sup>52</sup>

El interés superior del niño, como eje rector de los derechos de los niños, es:<sup>53</sup>

- a) Un derecho sustantivo: el derecho de los NNA a que su interés superior sea una consideración primordial, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que lo afecte.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de los NNA. Los derechos consagrados en la CDN y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a NNA, a un grupo de ellos o a la niñez en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) en ellos. La evaluación y determinación del interés supe-

---

<sup>51</sup> CoIDH, caso *Forneron e hija vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de abril de 2012, párr. 99.

<sup>52</sup> *Ibidem*, párr. 105.

<sup>53</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (art. 3, párr. 1), Observación General 14, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

rior del niño requieren garantías procesales y un procedimiento que las garantice.

De este modo, los estándares internacionales desarrollados para la protección de los niños parten en un primer momento del reconocimiento del niño como sujeto de derecho, y a partir de ello del respeto de su interés superior.

Es importante que los Estados, en su labor de armonización con el derecho internacional y los estándares desarrollados, incorporen a su ordenamiento el principio de interés superior del niño. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Argentina ha indicado que toda decisión que tomen los jueces debe ser conforme al interés superior del niño:

Salvo casos de evidentes voluntarismos o direccionamientos de decisiones en base a predilecciones subjetivas del magistrado y al margen de las constancias de la causa, que cuando las hemos constatado han sido revocadas sistemáticamente, el juez antes que tomar la decisión que quiere, adopta la que puede, la que aprecia como más positiva o menos dañosa, de acuerdo a las circunstancias de la causa, la prueba acreditada en ella, y siempre, absolutamente siempre, anteponiendo a otras consideraciones la situación e interés de los menores. Eso es, en definitiva, el principio del interés superior del niño (art. 3, Ley 26061 y Convención de los Derechos del Niño).<sup>54</sup>

En los países del triángulo norte de Centroamérica, sólo Guatemala ha empezado a establecer criterios jurisprudenciales al respecto. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

Para el análisis del presente caso, ... a este Tribunal le resulta de especial relevancia, establecer qué debe entenderse por

---

<sup>54</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, G., J. S. s/ *Violencia Familiar*, expte. 364 - Año 2014 CAT, sentencia del 12/02/2015.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

el principio del interés superior del niño. En ese sentido, debe indicarse que tal principio debe ser una “consideración primordial”, es decir, debe tener preferencia sobre cualquier otro interés, sea económico, político, o relativo a la seguridad del Estado o de los infantes.<sup>55</sup>

- iii) Supervivencia y el desarrollo del niño. La CDN señala que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, lo cual va más allá de la mera supervivencia física, e incluye el desarrollo del niño, puesto que los Estados deben “garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (artículo 6). Este derecho se debe proteger, respetar y tener en cuenta en todos los procedimientos de migración. Por ejemplo, se debe tener en cuenta el derecho del niño a la supervivencia y el desarrollo cuando un Estado considera la deportación de un niño a su país de origen. El derecho de supervivencia y desarrollo debe aplicarse a todos los niños, independientemente de su estatus migratorio.
- iv) El derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo. La CDN afirma que “se tendrán debidamente en cuenta las opiniones del niño” y “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado” (artículo 12). Al respecto, el Comité ha manifestado que los niños que llegan a un país siguiendo a sus padres, en busca de trabajo o como refugiados,

---

<sup>55</sup> Corte de Constitucionalidad en Guatemala, *Expediente 2317-2012*, 17 de octubre de 2012, considerando III.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

están en una situación especialmente vulnerable. Por ese motivo se debe respetar su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo, especialmente para evaluar cuál es su interés superior. Aclara que este derecho incluye la garantía de que el niño comprenda perfectamente los procedimientos y tenga oportunidad de expresar sus opiniones. Por lo tanto, los Estados deben garantizar que los procedimientos de migración se interpretan siempre de forma competente y accesible para los niños. Además, este derecho garantiza que el niño esté bien informado de los procedimientos, así como de los posibles resultados y la forma en que éstos podrían afectarle.<sup>56</sup>

### d. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo infantil<sup>57</sup>

El trabajo infantil es una violación de los derechos humanos fundamentales, habiéndose comprobado que entorpece el desarrollo de los niños, y que potencialmente les produce daños físicos y psicológicos para toda la vida. Se ha demostrado que existe un fuerte vínculo entre la pobreza de los hogares y el trabajo infantil, y que el trabajo infantil perpetúa la pobreza durante generaciones, dejando a los hijos de los pobres fuera de la escuela y limitando sus posibilidades de ascender en la escala social. Este reducido capital humano ha sido relacionado con el bajo crecimiento económico

---

<sup>56</sup> Comité de Derechos Humanos, *El derecho del niño a ser escuchado*, Observación General No. 12, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 123 y 124.

<sup>57</sup> Convenio no. 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo de 1973, y Convenio no. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999. Véanse las ratificaciones a estos convenios en: <http://www.ilo.org/ipec/facts/ILOconventionsonchildlabour/lang-es/index.htm>.

y con el escaso desarrollo social.<sup>58</sup> Las normas de la OIT sobre el trabajo infantil son importantes instrumentos internacionales para luchar contra este problema.

- i) Convenio 138, sobre la edad mínima (1973). Establece la edad mínima general para la admisión al trabajo o al empleo, en quince años (trece para los trabajos ligeros) y la edad mínima para el trabajo peligroso, en dieciocho años (dieciseis bajo determinadas condiciones estrictas). Brinda la posibilidad de establecer al principio la edad mínima general en catorce años (doce, para los trabajos ligeros), cuando la economía y los servicios educativos están insuficientemente desarrollados.
- ii) Convenio 182, sobre las peores formas de trabajo infantil (1999). Requiere de los Estados la erradicación de las peores formas de trabajo infantil, incluidas todas las formas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la prostitución y la pornografía infantiles; la utilización de niños para actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes; y el trabajo que pueda dañar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. Este Convenio exige que los Estados que lo ratifiquen brinden la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y para su rehabilita-

---

<sup>58</sup> Al respecto puede consultarse, entre otros: OIT, *Manual para Inspectores. Combatiendo las peores formas de trabajo infantil*, San José, OIT, 2003.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

ción e integración social. Asimismo, establece que los Estados deberán garantizar el acceso gratuito a la educación básica, y, siempre que sea posible y adecuado, a la formación profesional a los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil.

### e. Otros estándares de protección

- i) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CDOT)<sup>59</sup> de 2000. Constituye el primer tratado internacional contra el crimen organizado y, además, un gran avance para que los Estados puedan responder y combatir el crimen organizado transnacional, el cual incluye el delito de tráfico ilícito de migrantes. De acuerdo con su artículo 1, tiene por finalidad “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”. La CDOT y dos de los Protocolos que la complementan están planteados desde el punto de vista de que la amenaza más grande no proviene del migrante objeto del tráfico y trata ilícitos, sino de los traficantes y tratantes.
- ii) Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños.<sup>60</sup> De acuerdo con el artículo 3, inciso a), la “trata de personas” consiste en:

---

<sup>59</sup> Adoptada en Palermo, Italia, por la Asamblea General en su resolución A/RES/55/25, del 15 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, de conformidad con el artículo 38 de la misma.

<sup>60</sup> Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, de conformidad con el artículo 17 del mismo.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. “Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional es irrelevante cuando se recurre a cualquiera de los medios anteriormente señalados. Y, cuando las víctimas son niños, se considera “trata de personas” incluso cuando no se recurre a ninguno de los medios enunciados en el artículo 3, inciso a).<sup>61</sup>

- iii) Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.<sup>62</sup> El delito de tráfico ilícito de migrantes es una forma de traficar seres humanos, y consiste en “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.<sup>63</sup> El Protocolo se centra en las actividades de tráfico ilícito de migrantes

---

<sup>61</sup> Artículo 3, incisos b) y c) del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

<sup>62</sup> Entró en vigor el 28 de enero de 2004, de conformidad con el artículo 22 del mismo.

<sup>63</sup> Artículo 3, inciso a) del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

que realiza un “grupo delictivo organizado”,<sup>64</sup> dejando fuera de su ámbito de aplicación las mismas acciones que realicen los migrantes irregulares por su cuenta. Es por ello que su artículo 5 dispone que los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al Protocolo por el hecho de haber sido objeto del delito de tráfico ilícito de migrantes. Eso sí, aclara en su artículo 6.4 que ninguna de sus disposiciones “impeDIRÁ que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su Derecho interno”. Es decir, deja abierta la posibilidad de que los Estados sancionen las conductas ilegales de los migrantes irregulares de acuerdo con las normas pertinentes de su derecho interno, y cuyas penas, como se sabe, pueden incluir el encarcelamiento, la expulsión o la deportación.

- iv) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los conflictos Armados, de 2002.<sup>65</sup> En virtud de su artículo 38, la CDN exhorta a los gobiernos a que tomen todas las medidas posibles a fin de velar para que ningún niño o niña menor de quince años participe directamente en conflictos armados. Cabe recordar

---

<sup>64</sup> De acuerdo con el artículo 2, inciso a), de la Convención, se entiende por “grupo delictivo organizado” al “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Será un “grupo estructurado” aquel “no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada” (artículo 2, inciso c).

<sup>65</sup> Del 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

que la Convención establece también los quince años como la edad mínima de reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas. El Protocolo, por su parte, tiene como objetivo fortalecer la aplicación de la Convención y aumentar la protección de NNA durante los conflictos armados.

- v) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, de 2002.<sup>66</sup> Los artículos 34 y 35 de la CDN señalan que los gobiernos deben proteger a los niños y niñas de todas las formas de explotación y abusos sexuales y tomar todas las medidas posibles para asegurar que no se les secuestre, se les venda o se trafica con ellos. El Protocolo exige a los Estados una serie de requisitos precisos para poner fin a la explotación y el abuso sexuales de la infancia. También protege a los niños y niñas de la venta con objetivos no sexuales, como otras formas de trabajo forzado, adopciones ilegales o donación de órganos. El Protocolo ofrece definiciones de delitos como “venta de niños”, “prostitución infantil” y “pornografía infantil”. También obliga a los gobiernos a criminalizar y castigar las actividades relacionadas con estos delitos. Exige castigos no solamente para quienes ofrecen o entregan niños y niñas para su explotación sexual, transferencia de órganos, obtención de beneficios o trabajos forzados, sino también para todo aquel que acepte a un niño o niña destinado a estas actividades.
- vi) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comu-

---

<sup>66</sup> Del 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 18 de enero de 2002.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

nicaciones, de 2011.<sup>67</sup> Tiene por objeto establecer un mecanismo que permita la presentación ante el Comité de los Derechos del Niño (CRC) de denuncias/comunicaciones presentadas por personas, o grupos de personas o en nombre de ellas, sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en cualquiera de los siguientes instrumentos en que ese Estado sea parte: Convención sobre los Derechos del Niño; Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados; y Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

### 2. NIVEL REGIONAL: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

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 de 1948 como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 si-

---

<sup>67</sup> Del 19 de diciembre de 2011. Entró en vigor el 14 de abril de 2014.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

milar, la 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>68</sup>

Esta afirmación es apoyada por el artículo 1.1 de la CADH, que 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>69</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

---

<sup>68</sup> Párrafo tercero.

<sup>69</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, sólo 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 sólo 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*, Washington D. C., OEA, 1973, pp. 236-418.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

la CADH, persona es *todo ser humano*”, conceptualización que reafirma la idea de la universalidad de los derechos humanos y de la prohibición de discriminación<sup>70</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 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 recordarse que el conjunto de instrumentos de derechos humanos del sistema es aplicable a la protección de los derechos humanos de NNA migrantes.

Los derechos humanos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos a NNA migrantes son todos los derechos humanos 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 dieciocho años y que ostentan la calidad de migrantes. Todos estos derechos, como se verá en apartados siguientes, forman parte del *corpus juris* que la Corte Interamericana ha reconoci-

---

<sup>70</sup> Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Universidad de Chile, 2005, p. 11.

do como integrante del artículo 19 de la Convención Americana, que consagra los derechos de los niños.

*A. Instrumentos del sistema interamericano relevantes para la protección de los derechos humanos de NNA migrantes*

- a. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. “Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.
- b. Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José. 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>71</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>72</sup>

En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condi-

---

<sup>71</sup> CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 53, 54 y 60; caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 164.

<sup>72</sup> CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 164.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

ción particular de vulnerabilidad.<sup>73</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 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>74</sup>

- c. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- d. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- e. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. “Artículo XII. 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”.
- f. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Artículo 7. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, 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:

---

<sup>73</sup> CoIDH, caso *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 184; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 201.

<sup>74</sup> CoIDH, caso *de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 194; *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, párr. 137.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

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;

Artículo 15. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

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.

Artículo 16. 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.

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

h. Carta Democrática Interamericana

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

Artículo 16. La educación es clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas, 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.

Artículo 27. Los programas y actividades se dirigirán a promover la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil. Se prestará 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.

### *i.* Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”

Artículos 8. Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

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;

Artículo 9. Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes 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

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

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.

- j.* Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión
- k.* Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer
- l.* Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer
- m.* Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación

Artículo 19. Los Estados Parte procurarán suministrar asistencia alimentaria provisional en la medida de sus posibilidades a los menores de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio

- n.* Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

Artículo 25. La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención 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.

- o.* Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores
- p.* Convención sobre Asilo Territorial

Artículo II. El respeto que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en 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.

### q. Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer

#### B. *Opiniones consultivas de la CoIDH relevantes para la protección de los derechos humanos de NNA migrantes*

##### a. 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 CoIDH 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>75</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>76</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>77</sup>

A continuación se reseña brevemente esta Opinión Consultiva de la CoIDH relevante para el respeto de los derechos de los extranjeros detenidos:

En diciembre de 1997, México presentó a la CoIDH 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>78</sup> La solicitud formuló doce preguntas relacionadas con la aplicación del artículo 36 de la CV63 y su relación

---

<sup>75</sup> CoIDH, *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, párr. 141, apartados 1 y 2.

<sup>76</sup> *Ibidem*, párr. 141, apartado 6.

<sup>77</sup> *Ibidem*, párr. 141, apartado 7.

<sup>78</sup> La consulta a la CoIDH 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*, párr. 2.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

con los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como su relevancia en los casos de personas condenadas a pena de muerte.<sup>79</sup> El 1 de octubre de 1999, la Corte emitió la Opinión Consultiva OC-16.

La CoIDH 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>80</sup>

Varios Estados presentaron observaciones escritas a la CoIDH, que también presentó sus observaciones. Por otra parte, individuos y ONG presentaron escritos en calidad de *amici curiae*.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, párrs. 1-4.

<sup>80</sup> *Ibidem*, párr. 5.

<sup>81</sup> *Ibidem*, párrs. 9-14.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

El razonamiento de la CoIDH 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>82</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 CoIDH 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 cuenta su objeto y fin, como lo establece la CV69.<sup>83</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>84</sup> No obstante, la Corte recuerda que un tratado puede establecer una protección de los derechos humanos, independientemente de su objetivo central.<sup>85</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>86</sup>

El derecho de la persona a comunicarse con los representantes consulares del Estado del cual es nacional se encuentra es-

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, párr. 42.

<sup>83</sup> *Ibidem*, párr. 72.

<sup>84</sup> *Ibidem*, párrs. 73-74.

<sup>85</sup> CoIDH, "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, párr. 52, punto primero.

<sup>86</sup> CoIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, párr. 76.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

tablecido 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 CoIDH 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>87</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 éste así lo solicite. A partir de este análisis, la CoIDH concluye que el artículo 36 de la CV63 reconoce a las personas extranje-

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, párr. 80.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

ras detenidas derechos individuales, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.<sup>88</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>89</sup>

Por otra parte, la CoIDH 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 CoIDH 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>90</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. Aún más, teniendo en cuenta la dificultad de establecer de inmediato la nacionalidad de la persona, la CoIDH 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>91</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

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, párr. 84.

<sup>89</sup> *Ibidem*, párr. 86.

<sup>90</sup> *Ibidem*, párrs. 89-90.

<sup>91</sup> *Ibidem*, párrs. 94-96.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

privación de la libertad. Con respecto el momento en que debe informarse a la persona detenida sobre sus derechos en caso de ser extranjero, la CoIDH 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>92</sup>

En relación con la interpretación y aplicación de la norma de la CV63 junto con otras normas de instrumentos de derechos humanos, la CoIDH empieza su análisis indicando que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.<sup>93</sup> Continúa considerando la situación de los extranjeros sujetos a un proceso penal, y concluye 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>94</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

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, párrs. 99-102.

<sup>93</sup> *Ibidem*, párr. 117.

<sup>94</sup> *Ibidem*, párr. 122.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

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>95</sup>

*b. 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 (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño “como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (párr. 28).

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

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, párrs. 128-137.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

- El Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural respecto al niño.<sup>96</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>97</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>98</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>99</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>100</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

---

<sup>96</sup> CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 137.

<sup>97</sup> CoIDH, caso *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 187.

<sup>98</sup> CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 116.

<sup>99</sup> *Idem*.

<sup>100</sup> *Idem*.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

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>101</sup>

- Los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido 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 éstos.<sup>102</sup>
- Los menores de dieciocho 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>103</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

---

<sup>101</sup> *Idem.*

<sup>102</sup> *Idem.*

<sup>103</sup> *Idem.*

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

los procedimientos aplicables a quienes incurren 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 éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.<sup>104</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>105</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:

La posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales;

En el caso de que un proceso judicial sea necesario, se dispondrá 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;

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

---

<sup>104</sup> *Idem.*

<sup>105</sup> *Idem.*

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño en 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>106</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>107</sup>
- La detención de menores debe ser excepcional y por el periodo más breve posible;<sup>108</sup> los niños privados de la libertad deben ser mantenidos separados de los adultos, y contar con una periódica especial supervisión en el ámbito de la salud y la implementación de programas de educación.<sup>109</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>110</sup>
- La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de con-

---

<sup>106</sup> CoIDH, caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. Paraguay, párr. 211.

<sup>107</sup> CoIDH, caso de los Niños de la Calle (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala, párr. 196.

<sup>108</sup> CoIDH, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia del 8 de julio de 2004, fondo, reparaciones y costas, párr. 169.

<sup>109</sup> CoIDH, caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. Paraguay, párr. 172.

<sup>110</sup> CoIDH, caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, párr. 171.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

- flicto armado, lo cual significa que el Estado debe dar una protección aún más reforzada a éstos en esos casos.<sup>111</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 identidad 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>112</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>113</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>114</sup>

---

<sup>111</sup> CoIDH, caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia del 1 de julio de 2006, párr. 246.

<sup>112</sup> CoIDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párrs. 167 y 169; caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 del agosto de 2010, párr. 261.

<sup>113</sup> CoIDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 168; caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 262.

<sup>114</sup> CoIDH, caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 263.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

- 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>115</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>116</sup>
- Los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.<sup>117</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 padre, 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>118</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>119</sup>

---

<sup>115</sup> ColDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 127.

<sup>116</sup> *Ibidem*, párr. 130.

<sup>117</sup> ColDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 199.

<sup>118</sup> *Idem*.

<sup>119</sup> *Ibidem*, párr. 200.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

- 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>120</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>121</sup>
- La identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez.<sup>122</sup>
- Las obligaciones reforzadas que ostentan los Estados<sup>123</sup> con los niños y las niñas con discapacidad, son:
  - 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;
  - En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, considerar primordialmente la protección de su interés superior;
  - Que los niños y las niñas con discapacidad tienen derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debi-

---

<sup>120</sup> CoIDH, caso *Forneron e hija vs. Argentina*, párr. 51; caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 127.

<sup>121</sup> *Ibidem*, párr. 119.

<sup>122</sup> CoIDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2011, párr. 113; caso *Forneron e hija vs. Argentina*, párr. 123.

<sup>123</sup> CoIDH, caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 136.

da 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.

c. Opinión Consultiva 18/2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados

Esta opinión tuvo dos importantes contribuciones 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 éstos 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>124</sup>

A continuación se reseña brevemente esta Opinión Consultiva de la CoIDH, 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 CoIDH una nueva solicitud de opinión consultiva relativa a la condición jurídica y a los derechos de los mi-

---

<sup>124</sup> CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC 18/2003, párr. 100-101, 134-136.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

grantes irregulares.<sup>125</sup> El 17 de septiembre de 2003, la Corte resolvió la solicitud en un proceso con amplia participación de los Estados miembros de la OEA, la CoIDH, ONG de derechos humanos, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, firmas de abogados, profesores y estudiantes de derecho.<sup>126</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>127</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>128</sup>

---

<sup>125</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 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*, párr. 2.

<sup>126</sup> *Ibidem*, párrs. 8-31.

<sup>127</sup> *Ibidem*, párr. 57.

<sup>128</sup> *Ibidem*, párr. 60.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

A continuación, la CoIDH 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>129</sup> La CoIDH 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>130</sup>

El principio de igualdad y no discriminación está consagrado en una extensa lista de instrumentos internacionales. La CoIDH 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 prácticas discriminatorias.<sup>131</sup> La CoIDH acudió a la jurisprudencia internacional comparada para distinguir e ilustrar entre una discriminación y una diferenciación o distinción justificada.<sup>132</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

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, párr. 81.

<sup>130</sup> *Ibidem*, párrs. 83, 85.

<sup>131</sup> *Ibidem*, párrs. 86, 88.

<sup>132</sup> *Ibidem*, párrs. 89-95.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

nacional e internacional. En seguida, 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>133</sup>

La CoIDH 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>134</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>135</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>136</sup>

La CoIDH 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 éstas 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 adop-

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, párr. 101.

<sup>134</sup> *Ibidem*, párr. 106.

<sup>135</sup> *Ibidem*, párr. 107.

<sup>136</sup> *Ibidem*, párr. 109.

tar medidas especiales para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes.<sup>137</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 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>138</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 éste sea “razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos”.<sup>139</sup> Es importante que al considerar el principio de igualdad y no discriminación se tenga en mente la continua evolución del derecho internacional.<sup>140</sup>

La ColDH 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>141</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>142</sup> La Corte explicó que los particulares también tienen el deber de cumplir

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, párrs. 112-117.

<sup>138</sup> *Ibidem*, párr. 118.

<sup>139</sup> *Ibidem*, párr. 119.

<sup>140</sup> *Ibidem*, párr. 120.

<sup>141</sup> *Ibidem*, párr. 134.

<sup>142</sup> *Ibidem*, párrs. 135-136.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

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>143</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>144</sup>

La ColDH 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 el principio *pro homine*; es decir, aplicando la norma que proteja mejor a la persona humana, en este caso al trabajador.<sup>145</sup>

Algunos derechos laborales son fundamentales para el trabajador migratorio. A juicio de la Corte éstos 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>146</sup>

---

<sup>143</sup> *Ibidem*, párr. 140.

<sup>144</sup> *Ibidem*, párrs. 148-150.

<sup>145</sup> *Ibidem*, párr. 156.

<sup>146</sup> *Ibidem*, párr. 157.

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>147</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>148</sup> No sólo 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>149</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>150</sup>

- d. 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>151</sup>

El 19 de agosto de 2014, la ColDH, 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 prin-

---

<sup>147</sup> *Ibidem*, párr. 158.

<sup>148</sup> *Ibidem*, párrs. 168-169.

<sup>149</sup> *Ibidem*, párr. 171.

<sup>150</sup> *Ibidem*, párr. 172.

<sup>151</sup> ColDH, *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.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

cipios 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 éstos 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>152</sup>

La OC 21/2014 estudia en profundidad la situación de la niñez migrante y establece 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 CoIDH 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 o ser una posible víctima de trata.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, párrs. 66, 164, 208 y 222.

<sup>153</sup> *Ibidem*, párrs. 71 y 101.

La Corte determina, sobre la base de las obligaciones generales y principios rectores que surgen de los artículos. 1.1,<sup>154</sup> 2<sup>155</sup> y 19<sup>156</sup> de la CADH, conjuntamente con el artículo VII de la Declaración Americana<sup>157</sup> y los principios medulares de la Convención de los Derechos del Niño (CDN),<sup>158</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>159</sup> Asimismo, enfatiza en la importancia de la adecuación normativa a los estándares internacionales de de-

---

<sup>154</sup> Artículo 1.1. Obligación de Respetar los Derechos: 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>155</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>156</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>157</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>158</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 (artículo 2o CDN); el interés superior del niño (artículo 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>159</sup> Al hablar de jurisdicción se hace referencia no sólo 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 estatus migratorio. Véase CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en*

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

rechos humanos, a fin de garantizar que las medidas de derecho interno que se adopten sean efectivas (principio de *effet utile*).<sup>160</sup>

La OC 21/2014 aborda los siguientes aspectos:

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

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:

- a) La protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas;
- b) La protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la de noción ampliada de la Declaración de Cartagena;
- c) 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
- d) La protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.<sup>161</sup>

---

*el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC 21/014, párrs. 39, 61, 62 y 219.

<sup>160</sup> *Ibidem*, párr. 65.

<sup>161</sup> *Ibidem*, párrs. 37, 38 y 101.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

ii. Garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran 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>162</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 éstos en el marco de un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que los adultos.<sup>163</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 involucran 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>164</sup>

iii. 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>165</sup>

---

<sup>162</sup> *Ibidem*, párr. 113. Véase también CoIDH, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, párr. 143.

<sup>163</sup> *Ibidem*, párr. 114.

<sup>164</sup> *Ibidem*, párr. 115.

<sup>165</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”.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

La ColDH 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>166</sup> La Corte entiende que el principio de *ultima ratio* o excepcionalidad de la privación de libertad,<sup>167</sup> para los supuestos que involucren a niñas o niños migrantes, excede el requisito de necesidad, ya vez que la 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>168</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>169</sup>

### iv. 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 aplica-

---

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, párr. 53.

<sup>166</sup> *Ibidem*, párr. 147.

<sup>167</sup> ColDH, caso *Vélez Loo vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, párr. 97; caso *Familia Pacheco Tíneo vs. Bolivia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párrs. 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, párr. 38.

<sup>168</sup> ColDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC 21/2014, párr. 154.

<sup>169</sup> *Ibidem*, párr. 154.

ción prioritaria.<sup>170</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>171</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 una medida menos lesiva o punitiva.<sup>172</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>173</sup> A este respecto, la OC 21/2014 se refiere a las situaciones de las niñas y niños no acompañados,<sup>174</sup> como también a las de niñas y niños pertenecientes a comunidades indígenas,<sup>175</sup> en las cuales es necesario tener en consideración sus necesidades particulares y sus respectivos contextos culturales.

- v. 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.

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, párr. 163.

<sup>171</sup> *Ibidem*, párr. 165.

<sup>172</sup> *Ibidem*, párr. 169.

<sup>173</sup> *Ibidem*, párr. 164-170.

<sup>174</sup> *Ibidem*, párr. 167.

<sup>175</sup> *Ibidem*, párr. 168.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

- vi. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias<sup>176</sup>
- a. Legalidad de la privación de libertad.
  - b. Prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios.
  - c. Derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda.
  - d. Derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente.
  - e. Derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados.
  - f. Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular, que 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.
  - g. 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.
  - h. 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.
- vii. Principio de no devolución

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, párrs. 188-206.

La ColDH reafirma que este principio no se limita a las personas que solicitan asilo o refugiadas, sino a cualquier persona extranjera cuando su vida, su integridad y/o su libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatus migratorio.<sup>177</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>178</sup> Así, para su efectiva aplicación, los Estados deben evaluar no sólo si la vida, libertad e 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>179</sup>

*viii.* Procedimiento para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo<sup>180</sup>

La ColDH 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:

- a. No obstaculizar el ingreso al país;
- b. 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

---

<sup>177</sup> ColDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párr. 135.

<sup>178</sup> ColDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC 21/2014, párr. 215.

<sup>179</sup> *Ibidem*, párr. 222 y 233.

<sup>180</sup> *Ibidem*, párr. 252-262.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

- sean idóneos para la protección y atención específica según las circunstancias de cada caso;
- c. Tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal y asegurar la realización de una entrevista personal;
  - d. 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;
  - f. Disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya;
  - g. Emitir un documento de identidad para evitar la devolución;
  - h. Estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba;
  - i. Asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados;
  - j. En caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar de conformidad con el interés superior, y
  - k. 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.
- ix. Derecho a la vida familiar de niñas y niños en el marco de la expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios<sup>181</sup>

La ColDH afirmó que el Estado tiene la obligación de realizar una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad

---

<sup>181</sup> *Ibidem*, párrs. 273 y 282.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

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.

### C. Otras acciones en el sistema interamericano de derechos humanos

- a. Resoluciones relevantes de la Asamblea General de la OEA sobre “Los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias”

La Asamblea General de la OEA emite estas resoluciones desde 1997. Destaca la resolución AG/RES. 2593 (XL-O/10), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010, la cual contiene cuestiones importantes en relación con los trabajadores migrantes irregulares. Por ejemplo, el punto primero exhorta a los Estados “a promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los trabajadores migratorios y sus familias, particularmente las mujeres y los *niños*, sin importar su estatus migratorio, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Asimismo, el punto segundo señala que

...los Estados, al ejercer su derecho soberano de promulgar y aplicar medidas relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras, deben cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, a fin de que se respeten plenamente los derechos humanos de las personas migrantes.

De este modo, se trata de proteger los derechos de todos los migrantes, independientemente de su condición migratoria.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

El punto quinto reitera categóricamente que “ningún Estado debe tratar como un delito en sí mismo el estatus migratorio de una persona, ni dar pie, por ese solo hecho, a la adopción de medidas de carácter penal o de efecto equivalente”. Asimismo, en el punto sexto se pide a los Estados que, “de conformidad con la legislación nacional e instrumentos jurídicos internacionales aplicables de los que son parte, hagan cumplir de manera efectiva la legislación laboral y actúen cuando se infrinja dicha legislación con respecto a las relaciones laborales y condiciones de trabajo de los trabajadores migratorios, entre otras, las relativas a la remuneración y las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo y al derecho a la libertad de asociación”.

### b. Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio

Respondiendo a un pedido específico de la Asamblea General de la OEA,<sup>182</sup> la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría en 1997 con el fin de estudiar la situación de *todos* los trabajadores migratorios, sin importar su condición migratoria en las Américas desde la perspectiva de los derechos humanos y brindarles una atención especial, dada su vulnerabilidad, que propicia que estén especialmente expuestos a violaciones de sus derechos.<sup>183</sup> La Comisión determinó que uno de sus siete comisionados ejerza como relator especial de trabajadores migratorios y sus familias por periodos de cuatro años.

---

<sup>182</sup> OEA, AG/RES. 1404 XXVI-O/96 y AG/RES 1480 XXVII-O/97.

<sup>183</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1996*. Sobre los inicios de la Relatoría, véase Saavedra, Pablo, “Algunas consideraciones sobre la Relatoría de Trabajadores Migrantes y Miembros de sus familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 29, 1999, pp. 153-160.

---

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

Los objetivos de la Relatoría son generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familias; presentar recomendaciones específicas a los Estados miembros sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor; elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y temas relativos a la migración en general;<sup>184</sup> y actuar con prontitud respecto a peticiones o comunicaciones en donde se señale que los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias son vulnerados en algún Estado miembro de la OEA.<sup>185</sup>

Entre las actividades de la Relatoría se encuentran las siguientes: monitoreo de los desarrollos en materia migratoria en la región y cómo afectan la condición de los trabajadores migratorios y sus familias; promoción y capacitación para organizaciones de la sociedad civil que trabajan en el área de migraciones; participación en conferencias y foros intergubernamentales en donde se discuten tópicos en materia migratoria; vínculos institucionales con diversas organizaciones internacionales y centros de investigación que trabajan el tema migratorio en las Américas; participación en el proceso de la Opinión Consultiva (OC-18) ante la CIDH;<sup>186</sup> visitas a países miembros de la OEA.<sup>187</sup>

---

<sup>184</sup> Véanse los estudios realizados en <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.estudios.htm>.

<sup>185</sup> Más información en <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.funciones.htm>.

<sup>186</sup> Dentro de este proceso, la Relatoría, junto con la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, elaboró y presentó un dictamen ante la Corte del Informe Anual del 2002.

<sup>187</sup> Algunos de los Estados visitados son: Estados Unidos, Costa Rica, Guatemala, México. Véanse los informes de las visitas en <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.informes.htm>.

## NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

---

Otra de las actividades de la Relatoría es su participación en el “Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes”,<sup>188</sup> que tiene por objeto

la promoción y la protección de los derechos humanos de los migrantes mediante el desarrollo de acciones de cooperación y mejores prácticas, mediante la integración de acciones concretas en las labores de los órganos, organismos, y entidades de la OEA, y mediante la vinculación de estas actividades con los avances en los Estados miembros, organizaciones multilaterales y de la sociedad civil.<sup>189</sup>

El Programa también establece una serie de objetivos específicos para la protección de los derechos humanos de los migrantes. Éstos abarcan desde el intercambio de mejores prácticas y cooperación entre países de origen, tránsito y destino, hasta la atención a las necesidades especiales de grupos vulnerables de migrantes (tales como NNA, mujeres, indígenas, etcétera).

### c. Programa de Migración y Desarrollo (Mide)

En 2008 la OEA puso en marcha el Mide para promover la ejecución de las actividades establecidas en el Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes y por los mandatos de la Comisión Especial de Asuntos Migratorios. El Mide tiene, entre sus objetivos, “promover la protección de los derechos humanos de los migrantes... y facilitar la incorporación social, cultural y económica de los migrantes”. Algunos de los proyectos coordinados por el Mide son: el combate

---

<sup>188</sup> Véase AG/RES 1928 (XXXIII-O/03).

<sup>189</sup> Para más información y los antecedentes del Programa, véase [http://www.oas.org/dil/esp/trabajadores\\_migratorios\\_programa\\_interamericano.htm](http://www.oas.org/dil/esp/trabajadores_migratorios_programa_interamericano.htm).

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

---

a la trata de personas; educación para niños y jóvenes migrantes; atención a mujeres migrantes víctimas de violencia en la zona fronteriza de México y Estados Unidos, entre otros.<sup>190</sup>

---

<sup>190</sup> Al respecto, véase OEA, *El tema migratorio en la OEA. Fortalecimiento de las capacidades nacionales para la gestión de la migración internacional*, CEPAL-CELADE, 8 de septiembre de 2010.