



Premio Internacional de *ensayos*

**HUMANIDADES,
CIENCIAS SOCIALES Y
DERECHOS HUMANOS**

Ante pasados y futuros



**Ante
pasados
y
futuros**

Premio Internacional de Ensayos
Humanidades, Ciencias Sociales y Derechos Humanos

Ante pasados y futuros / Isaac Marcelo Basaure ... [et al.] ; editado por María Soledad Boero... [et al.]- 1a ed.- Córdoba : Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Filosofía y Humanidades, 2021. Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-33-1621-4

1. Derechos Humanos. 2. Ciencias Sociales. 3. Ciencias Sociales y Humanidades. I. Basaure, Isaac Marcelo. II. Boero, María Soledad, ed. CDD 306.01

Ante pasados y futuros

Premio Internacional de Ensayos
Humanidades, Ciencias Sociales y Derechos Humanos
2021

Editado por
María Soledad Boero
Paula Hunzinker
César Marchesino
Mariana Tello Weiss

Los estándares de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Isaac Marcelo Basaure

A modo introductorio, y a los fines de asignar rigor a la terminología utilizada en el presente ensayo, resulta pertinente definir algunos conceptos que se hallarán a lo largo del trabajo: aquí se utilizará el término “migrante” para designar a “toda persona que se encuentre por fuera del Estado del cual es nacional o que se encuentre dentro del territorio del cual es nacional, pero fuera del lugar en el que nació o donde reside habitualmente”¹.

Se entenderá por “niños, niñas o adolescentes migrantes” (en adelante NNA migrantes) a “todas las personas que son menores de dieciocho años de edad, que se encuentran fuera de su país de origen, o nacionalidad, para trabajar o reunirse con su familia, o cambiar de residencia de manera temporal o definitiva” (Ortega Velázquez, 2017: 3).

Se denominará “irregular” o “irregulares” a “las personas extranjeras, NNA, o adultos, que se encuentran sin un estatus regular o legal en el Estado de recepción” (Ortega Velázquez, 2017: 7) evitando, de esta forma, llamarlos “ilegales”, lo que implicaría otorgarle una carga semántica peyorativa y criminal al acto

1 OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. Doc. 46/15, p. 67.

de migrar.

Se utilizará el término “NNA no acompañado” para referirse a todo NNA “separado de ambos padres y otros parientes sin estar bajo el cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumba esa responsabilidad”².

Se comprenderá por “NNA separado”, a aquel NNA que ha sido “separado de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de su familia”³.

Se empleará el concepto de “refugiado” consagrado en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 (en adelante DCR), el cual, además de incluir los elementos expresados por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951⁴ (en adelante CER) y por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967⁵ (en adelante PER), también sugiere que debe considerarse refugiado a “las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”⁶.

Por último, se designará “solicitante de asilo” a “la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y

2 OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. Doc. 46/15, p. 71.

3 *Idem*.

4 El artículo 1.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, dispone que el término «refugiado» se aplicará a toda persona que: «Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tal acontecimiento, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

5 El art.1.2 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, sostiene que: «El término “refugiado” denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951 y...” y las palabras “... a consecuencia de tales acontecimientos”, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1».

6 Declaración de Cartagena sobre Refugiados. (1984). Parte III., Tercera.

cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva en el país de acogida”⁷.

Aclaradas estas nociones previas, se procederá, a continuación, a abordar el tema objeto de estudio.

El día 2 de septiembre de 2015, el mundo se conmovió al observar en los medios masivos de comunicación una tristemente célebre fotografía (Smith, 2015), la cual capturaba el cadáver ahogado de un niño. Se llamaba Aylan Jurdi, era de nacionalidad siria y tenía solo tres años de edad. Yacía boca abajo, exánime, con el rostro recostado en la fría y húmeda arena que cubre la playa de Bodrum, ubicada en Turquía. La muerte se produjo como consecuencia del hundimiento de una embarcación cuyo destino era la isla griega de Kos. Sus pasajeros eran migrantes que huían de la guerra civil siria (2011-actualidad).

El truculento episodio visibilizó, a nivel global, y del modo más despiadado, el conflicto migratorio que atraviesa Europa. Sin embargo, la muerte de NNA migrantes no ha culminado con la de Aylan Jurdi, por el contrario, a día de hoy se continúan reportando muertes y desapariciones: sirva de ejemplo el fallecimiento de tres NNA, tras un naufragio de migrantes en las costas de Libia, hecho acaecido el pasado 29 de junio de 2018 (Abdelazlz y Smith-Spark, 2018).

El transporte marítimo se ha convertido en una de las principales vías de escape utilizadas por los migrantes, sobre todo, de Medio Oriente, Asia y África, para alcanzar las costas europeas. En virtud de ello, el mar Mediterráneo representa un escenario geográfico clave para comprender las consecuencias de la migración irregular. En este aspecto, la crisis humanitaria que experimenta la región, supone un parámetro oportuno para trazar un paralelo con la coyuntura interamericana.

En el Mediterráneo las rutas del flujo migratorio están representadas por tres itinerarios centrales: de Marruecos a España; de Libia hasta Italia o Malta; y de Turquía a Grecia, Chipre o Bulgaria⁸. Así, según datos de la Organización Internacional

7 OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. Doc. 46/15, p. 69.

8 Mixed migration routes to Europe. (22 de febrero de 2017). Recuperado de [http://www.arcgis.com/sharing/rest/content/items/446a1fd87f3c4f5baf943eacdd02a215/resources/Mixed_migration_routes_to_Europe%20\(M\)1487835659230w1500.jpg](http://www.arcgis.com/sharing/rest/content/items/446a1fd87f3c4f5baf943eacdd02a215/resources/Mixed_migration_routes_to_Europe%20(M)1487835659230w1500.jpg) (en <http://migration.iom.int/europe/>: seleccio-

para las Migraciones⁹ (en adelante OIM) en el año 2016 arribaron a Europa 390.432 migrantes irregulares, constatándose la muerte y desaparición de 5.143; en el año 2017 se contabilizaron 186.768, muriendo 3.116; por su parte, hasta el 5 de septiembre de 2018 han llegado a Europa 88.761 y han muerto 1.565. De las cifras citadas se deduce que, desde 2016 a 2018, han fallecido en la zona, al menos, nueve mil migrantes.

Por otro lado, la propia OIM dio a conocer a través de un comunicado de prensa¹⁰ que, desde 2014 hasta 2018, han muerto más de 1.200 NNA migrantes en el mundo, de los cuales la mitad ha perecido en las aguas del Mediterráneo. Por lo esgrimido hasta aquí, dicha área se posiciona como la ruta más letal para los migrantes del mundo, sean NNA o adultos.

Al analizar la mortalidad migratoria expresada en el período 2014-2018 (García Pozuelo, 2018), se puede apreciar que el Mediterráneo cuenta con 16.838 víctimas, seguido por la ruta del norte de África, con 3.454 muertes; en un tercer lugar aparece el Sudeste Asiático, con 2.154 migrantes muertos; y, finalmente, en una cuarta ubicación surge el continente americano: con 1.619 muertes ocurridas en la frontera de México con Estados Unidos, 525 en América Central, 443 en la ruta del Caribe, y 45 en la ruta de América del Sur.

Por tanto, si sumamos todos los migrantes fallecidos en América, nos arroja la cifra de 2.632 muertos —al menos sesenta y cinco de ellos, son NNA¹¹— superando al Sudeste Asiático. De lo cual se deduce que América, en los últimos cuatro años, ha sido la tercera zona geográfica más mortífera del mundo para la migración irregular.

El Informe sobre las Migraciones en el Mundo de 2018¹² (en

nar "Transit routes").

9 Migration flows-Europe. <http://migration.iom.int/europe/> (5 de septiembre de 2018).

10 Organización Internacional para las Migraciones. (16 de febrero de 2018). UN Migration Agency: Over 1,200 Migrant Children Deaths Recorded Since 2014, True Number Likely 'Much Higher'. Recuperado de <https://www.iom.int/news/un-migration-agency-over-1200-migrant-children-deaths-recorded-2014-true-number-likely-much>

11 Missing Migrants Project. (2014-2018). Number of Men/Women/Children deaths in Americas. Recuperado de <https://missingmigrants.iom.int/region/americas>

12 Organización Internacional para las Migraciones. (2017). Informe sobre las migraciones en el mundo 2018. Recuperado de <https://publications.iom>

adelante IMM), también da cuenta de que el fenómeno migratorio causa numerosas víctimas en América: durante 2016, en la frontera de Estados Unidos y México ocurrieron 398 muertes; en América Central 180 muertes; en la ruta del Caribe 105 muertes; y en América del Sur 33 muertes. El IMM explica que los números aquí expresados reflejan únicamente los casos de que la OIM ha tenido conocimiento; en consecuencia, indica que un número desconocido de fallecimientos ha quedado sin registrar, por ello deben considerarse estimaciones mínimas.

A lo antedicho, debe agregarse la alarmante tendencia ascendente que se está materializando en el año 2018, ya que en la región de América del Sur, durante el 2017, el número de migrantes fallecidos fue cero¹³, mientras que hasta septiembre de 2018 han ocurrido, al menos, once muertes comprobadas, de las cuales cuatro pertenecen a NNA¹⁴.

Como se observa, un somero examen estadístico de la crisis migratoria que afecta al mundo, nos brinda como conclusión, la circunstancia de que el flagelo de la migración irregular no es exclusivamente privativo de Europa, sino que, por el contrario, también se halla presente en el continente americano.

En este contexto, es preciso mencionar determinados acontecimientos que se están produciendo en la actualidad, a nivel regional, como lo son, en primer lugar: la crisis de Venezuela, responsable del éxodo de más de 2.3 millones de personas¹⁵, cuyos principales destinos son: Colombia, Ecuador, Perú, y Brasil. La Oficina de Coordinación Humanitaria de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), sostiene que, de la precitada cifra, 1,3 millones de migrantes venezolanos sufren de malnutrición¹⁶. En el mismo tenor, Migración Colombia, en su informe titulado “Radiografía de venezolanos

[int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2018?language=es](https://books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2018?language=es)
13 Missing Migrants (@MissingMigrants). “In 2017, we recorded 6,142 deaths and disappearances during migration globally, but these figures are minimum estimates. More data are needed to better understand the true scale of migrant deaths worldwide”. 23 de febrero de 2018, 3:19 p.m. Tweet. Recuperado de <https://twitter.com/MissingMigrants/status/966996043849232384>
14 Missing Migrants Project. (2018). Number of Men/Women/Children deaths in South America. Recuperado de <https://missingmigrants.iom.int/region/americas?region=1417>

15 ONU. (14 de agosto de 2018). España, Libia... Las noticias del martes. *Noticias ONU*. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2018/08/1439642>

16 *Idem*.

en Colombia”, comunica que alrededor de 153.000 ciudadanos venezolanos permanecen en territorio colombiano de forma irregular, debido a la situación que atraviesa Venezuela¹⁷.

Asimismo, el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR) en su “Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos”, publicada en marzo de 2018, estableció que la aplicación de medidas de protección internacional para una importante proporción de venezolanos, se ha hecho evidente: “Reconociendo los desafíos y los posibles retrasos que los Estados puedan enfrentar en la adaptación de los sistemas de asilo existentes a la actual situación, el ACNUR alienta a los Estados a que consideren los mecanismos orientados a la protección que les permita una estancia legal a los venezolanos, con las salvaguardas adecuadas”¹⁸.

En segundo lugar, debe destacarse el drama de la migración irregular en la frontera entre México y Estados Unidos, y sus conflictos derivados: tales como el tráfico ilícito de migrantes, que según informes de la ONU generó 7.000 millones de dólares en 2016¹⁹; el aumento progresivo de muertes, puesto que en 2017 fallecieron 415 personas¹⁸, mientras que en 2016 la cifra fue de 398¹⁷; y la ausencia de medidas para proteger al universo de la infancia, toda vez que, según la ONU: “Desde octubre de 2017, unos setecientos niños, incluidos cien menores de cuatro años, han sido separados de sus padres en la frontera suroeste de Estados Unidos”²⁰, consecuencia de la política de tolerancia cero, aplicada por el Gobierno de Estados Unidos, bajo la administración del presidente Donald Trump.

Sin embargo, las medidas para suprimir la migración irregular por parte de Estados Unidos no son novedosas, puesto que en un informe elaborado por la Comisión Nacional de

17 Migración Colombia. (2018). Radiografía de venezolanos en Colombia. Recuperado de <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/buscar?q=radiografia+de+venezolanos>

18 ONU. ACNUR. (2018). Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos. Recuperado de <http://www.refworld.org.es/docid/5aa076f74.html>

19 ONU. (13 de junio de 2018). Al menos 2,5 millones de migrantes fueron víctimas de las redes de tráfico. *Noticias ONU*. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2018/06/1435772>

20 ONU. (30 de mayo de 2018). Los niños no pueden ser castigados por buscar protección de la pobreza y el conflicto. *Noticias ONU*. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2018/05/1434701>

los Derechos Humanos de México —a pedido de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (OACDH)— sobre la protección de los derechos de los NNA en el contexto de la migración, fechado el 30 de abril de 2010 (en plena administración del entonces presidente, Barack Obama), se hace constar la criminalización de la migración irregular: “Los controles migratorios en la frontera de los Estados Unidos se han recrudecido, así como el desvío de flujos migratorios a zonas más inseguras para evadir dichos controles que ponen en peligro aún más la vida de los migrantes indocumentados, especialmente la de los niños y niñas, quienes pueden: sufrir accidentes, asfixia, deshidratación, heridas; ser enganchados a redes del crimen organizado (trata de personas y tráfico ilícito de indocumentados); ser sometidos a explotación sexual o laboral. También suelen ser objeto de maltrato institucional en el momento de la repatriación o perder la vida en el momento del tránsito y cruce”²¹.

Aquí es menester aclarar que no solo se trata de ciudadanos mexicanos que emigran irregularmente a Estados Unidos, sino que también deben mencionarse los corredores migratorios centroamericanos, los cuales “han acrecentado su volumen en los últimos 20 años, con una recomposición proporcional en el número: cada vez hay más mujeres, adolescentes, niñas y niños”²².

Por los datos expuestos hasta aquí, se hace evidente el estado de vulnerabilidad en el que se hallan los NNA que emigran de forma irregular dentro del continente americano; no solo por la fragilidad propia de su ser: “Las situaciones de desplazamiento, tanto a través de fronteras internacionales o como dentro de un país, dejan a los niños incluso más vulnerables frente a la explotación, el abuso y la violencia, incluidas la separación o la orfandad”²³; sino también por la incertidum-

21 Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. Secretaría Ejecutiva. (2010). *Contribución para el estudio sobre la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*. Oficio No.SE/CAI/805/10. Recuperado de https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Issues/MHR/Consultation2010/Mexico_Human_Rights_Commission.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1

22 *Idem*.

23 UNICEF. (29 de junio de 2011). Protección infantil contra el abuso y la violencia. *Unicef.org*. Recuperado de https://www.unicef.org/spanish/protection/index_57906.html

bre, la desinformación y los limbos jurídicos que suelen rodear la situación en la que se encuentra un migrante irregular.

Por todo ello, el presente trabajo tiene como objetivo analizar los principales mecanismos de protección de los derechos de los NNA contemplados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH). Para ello, se efectuará una revisión de los lineamientos adoptados en la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), a fin de identificar sus estándares interpretativos correspondientes. Por otro lado, se llevará a cabo un breve análisis tendiente a reconocer los nuevos estándares establecidos por la ONU relativos a la protección de la niñez migrante. El artículo se propone, entonces, brindar una visión general de la protección jurídico-migratoria infantil en el ámbito interamericano.

Importancia de la jurisprudencia consultiva de la Corte Iberoamericana de derechos Humanos en materia de niñez migrante

La Corte IDH, en su calidad de órgano competente para intervenir en todos aquellos asuntos en los que se controviertan extremos legales vinculados al cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados miembros, al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), ha emitido, a lo largo de su historia, y en virtud de la potestad que le confiere el art. 64²⁴ de la CADH, una serie de documentos conocidos bajo el nombre de “opiniones consultivas”.

Las opiniones consultivas de la Corte IDH “funcionan como

24 El artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece: «1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales».

una guía de interpretación o pautas desde donde se generan estándares de derechos humanos para toda la región”²⁵. En cuanto a su naturaleza, el propio tribunal ha afirmado que: “En materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica”²⁶, de manera tal que, en este aspecto, la Corte IDH cumple una función asesora, máxime cuando no se encuentra contemplado ningún tipo de sanción ante el incumplimiento de una opinión consultiva; su acatamiento es, por tanto, una cuestión de responsabilidad internacional. En este sentido, “es innegable que en la opinión consultiva la Corte Interamericana interpreta en concreto a la Convención americana sobre derechos humanos, y que su trabajo, en tal quehacer, es de raíz judicial, sino jurisdiccional, propio de lo que se ha llamado una consulta de convencionalidad” (Sagüés, 2015).

Las opiniones consultivas más sustanciales, en lo que se refiere a la protección de la niñez migrante, son, en líneas generales, tres: la OC-17/2002²⁷, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la CIDH; la OC-18/03²⁸, del 17 de septiembre de 2003, pedida por México; y la OC-21/14²⁹, del 19 de agosto de 2014, requerida conjuntamente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Son notables porque nos ofrecen una constelación de obligaciones estatales básicas que los Estados deben tener presente al momento de actuar en casos de niñez migrante, y porque son compartidas, tanto por la Corte IDH como por la CIDH.

La importancia de la OC-17/2002 reside en que en ella la Corte IDH determinó, por un lado y en consonancia con lo dis-

25 IPPDH MERCOSUR. (2014). Nota de difusión Opinión Consultiva 21. A pedido del MERCOSUR la Corte Interamericana fija el umbral de protección de la niñez migrante. Recuperado de <http://www.ippdh.mercosur.int/2912-a-pedido-mercosur-la-corte-interamericana-fija-el-umbral-de-proteccion-de-la-ninez-migrante/>

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-3/83. Serie A, No. 3. párrafo 32. (8 de septiembre de 1983).

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-17/2002. Serie A, No. 17. (28 de agosto de 2002).

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-18/03. Serie A, No. 18. (17 de septiembre de 2003).

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-21/14. Serie A, No. 21. (19 de agosto de 2014).

puesto por el art. 1³⁰ de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), que NNA o menor de edad, es toda persona que no haya cumplido los 18 años de vida, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley.

Por otro lado, la Corte IDH reconoció que los NNA son titulares de derechos, y no solo objetos de protección, de modo tal que al NNA se lo sustrae de su condición de “objeto” para ubicarlo dentro de la categoría de sujeto de derecho. Así, la Corte IDH implanta la obligación de preservar los derechos sustantivos y procesales del NNA en todas y en cualquier circunstancia. Dicho reconocimiento de la personalidad jurídica debe ser comprendido, según señala el tribunal, independientemente de su condición existencial o de su capacidad jurídica para ejercer sus derechos por sí mismo. En consecuencia, los NNA son sujetos de derecho, y no solo la infancia o niñez, porque “el titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente”³¹.

La institucionalización de los derechos humanos de los NNA en la CDN, ha supuesto, entonces, abandonar “las concepciones idílicas y negativas, de protección en situación irregular y se centra en los NNA con titularidad de derechos buscando la garantía y goce efectivo de estos desde una postura que promueva protagonismo, autonomía, y determinación progresiva” (Cely, 2015). En conclusión, el reconocimiento precitado debe efectuarse, sin distinción, a todos los NNA, sean estos migrantes o no.

La segunda opinión consultiva a ponderar, es la OC-18/03, donde la Corte IDH examina la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, basándose en el principio de igualdad y de no discriminación, consagrado en el art. 24³² de la CADH. En atención a ello, la Corte IDH decidió,

30 Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-17/2002. Serie A, No. 17. Voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade, párrafo 6. (28 de agosto de 2002).

32 Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin

por unanimidad, imponer a los Estados que aceptan su jurisdicción, la obligación de respetar el principio fundamental de igualdad y no discriminación, independientemente del estatus migratorio de la persona. En el mismo tenor, la Corte IDH ha establecido, en la mentada opinión consultiva, que los Estados tienen el compromiso de garantizar los derechos humanos a todas las personas que se hallen dentro de sus territorios, ya sea que se trate de un nacional o de un extranjero, puesto que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos”³³.

Con frecuencia los migrantes irregulares, incluyendo a los NNA, suelen quedar a merced de disposiciones receptadas en leyes migratorias que responden a políticas públicas ejecutadas por los Gobiernos de turno. Dichas leyes propician un margen de discrecionalidad a los Estados, en vistas de que “cada Estado ejerce su soberanía al definir el estatus jurídico que tendrán los extranjeros dentro de su territorio”³⁴, sin embargo, el ejercicio de dicha prerrogativa no autoriza a los Estados a restringir la observancia del principio de igualdad ante la ley y no discriminación, con el fin de satisfacer “la consecución de los objetivos de sus políticas públicas”³⁵.

Un último aspecto a distinguir de la OC-18/03, es el atinente a la valoración que la Corte IDH hace del principio de igualdad y no discriminación, puesto que lo considera una norma imperativa de derecho internacional general, es decir, le otorga el estatus de *ius cogens*, dado que sobre este “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”³⁶. Por su parte, la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, ha definido al *ius cogens* como “una norma imperativa de derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de

discriminación, a igual protección de la ley».

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-18/03. Serie A, No. 18. párrafo 173. (17 de septiembre de 2003).

34 *Ibid.*, p. 28.

35 *Ibid.*, p.124.

36 *Ibid.*, p.109.

derecho internacional general que tenga el mismo carácter³⁷.

En este orden de ideas, el principio de igualdad resulta aplicable a todo Estado, sea o no parte de un tratado internacional. Por lo expuesto, al conceder la Corte IDH al principio de igualdad y no discriminación, el rango de *ius cogens*, se concluye que los Estados americanos no pueden soslayar brindarle al migrante en general, y al NNA migrante en particular, el adecuado tratamiento de igualdad de trato y de protección ante la ley, amparándose en su soberanía, en su legislación interna o en su política migratoria.

Finalmente, la última opinión consultiva a analizar, es la OC-21/14. En ella, la Corte IDH fijó una serie de principios rectores básicos orientados a la protección internacional de la niñez migrante, que deben ser acatados por los Estados de origen, tránsito y destino. Entre los estándares adoptados por la OC-21/14 se deben destacar, en un primer grupo, a las obligaciones generales que surgen de la CADH: a) la primera de ellas emana del art.1.1³⁸, en virtud del cual los Estados signatarios deben asegurar a toda persona —persona es todo ser humano a los efectos de la CADH³⁹— que se halle dentro de su jurisdicción o competencia territorial, los derechos y libertades comprendidos en la CADH, indistintamente de si el ingreso de la persona migrante al territorio estatal, se adecuó o no a la legislación interna; b) la segunda obligación general está dada por el art. 2⁴⁰ de la CADH, y se refiere al deber que tienen todos los Estados partes de adoptar disposiciones de derecho inter-

37 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. (1969). Artículo 53.

38 Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «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».

39 Artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano».

40 Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «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».

no a los fines de adecuar su legislación doméstica a los principios consagrados por la CADH. Dicha obligación convencional no se agota en los plexos constitucionales o legislativos de los Estados miembros, sino que debe encontrarse presente, además, en todo el ordenamiento jurídico estatal, de manera que pueda “traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes”⁴¹; c) la tercera obligación general que debe atenderse está receptada claramente en el art. 19 de la CADH: “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”⁴², por consiguiente, en el caso particular del NNA migrante, es deber del Estado que lo reciba, asegurarle todas las garantías que su condición de NNA exige; ya que al ser sujeto de derecho, no solo se lo debe equiparar a la figura del adulto en términos de titularidad de derechos, sino que además se le tiene que reconocer derechos adicionales cristalizados en diversas medidas de protección y resguardo.

En un segundo grupo, debemos ubicar a los estándares que surgen de la CDN, los cuales tienen que utilizarse como marco conceptual al momento de llevar a cabo la protección internacional del NNA migrante, estos son: a) el interés superior del NNA: como bien señala el art. 3.1⁴³ de la CDN, las autoridades deben asegurar siempre el interés superior del NNA, pero, ¿de qué se trata concretamente este bien jurídico tutelado? una noción clara y holística la encontramos en la Observación general N° 14 de 2013 del Comité de Derechos del Niño de la ONU: “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”⁴⁴, de lo que se desprende que si la autoridad esta-

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-21/14. Serie A, No. 21. párrafo 65. (19 de agosto de 2014).

42 Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículo 19.

43 Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «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».

44 ONU. Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 62° período de sesiones, del 14 de enero a 1 de febrero. Recu-

tal que recibe al NNA migrante, durante el proceso migratorio, viola en algún sentido la CDN, tácitamente perpetrará un menoscabo al interés superior del NNA, lo que traería aparejado su consecuente responsabilidad internacional; b) el principio de no discriminación: se encuentra incluido en el art. 2 de la CDN e impone a los Estados la obligación de asegurar los derechos consagrados en ella, "sin distinción alguna, independientemente de 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 del niño o de sus representantes legales"⁴⁵; c) el respeto al derecho a la vida: incluido en el art. 6 de la CDN: "todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida"⁴⁶; y d) el principio de respeto a la opinión del NNA en todo procedimiento que lo afecte: en efecto, el art. 12⁴⁷ de la CDN exige a los Estados garantizar al NNA la oportunidad de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo en el que se controviertan sus derechos e intereses.

El tercer grupo de criterios rectores, que surge de la OC-21/14, se encuentra integrado por obligaciones estatales más específicas. Entre ellas, debemos distinguir:

A) la protección internacional: se refiere, primeramente, a que las autoridades fronterizas de los Estados deben permitir como regla el ingreso del NNA al territorio nacional, ya sea que se encuentre acompañado por sus padres o solo, posea o no documentación, con el fin de activar los mecanismos de evaluación inicial. La evaluación inicial consiste en desplegar procedimientos tendientes a determinar la identidad del NNA,

perado de https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990

45 Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Artículo 2.

46 Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Artículo 6.

47 Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, 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, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional».

para luego proceder a identificar sus necesidades de protección. La misma debe garantizar la privacidad y seguridad del NNA extranjero, en atención a su calidad de tal.

En vista de ello, la OC-21/14 alienta a los Estados a distinguir entre los NNA que “migran en búsqueda de oportunidades para mejorar su nivel de vida, de quienes requieren de algún tipo de protección internacional, incluyendo pero no limitada a la protección de refugiados y solicitantes de asilo”⁴⁸, con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 22.7⁴⁹ de la CADH que reconoce el derecho de asilo.

B) La protección de la solicitud de asilo y refugio: sobre los Estados recae la obligación estatal de “identificar a los potenciales solicitantes de asilo, y determinar la condición de refugiado a quienes satisfagan los requisitos para obtener la protección internacional”⁵⁰. La OC-21/14 asume que dentro de la institución del asilo, no solo se contempla el asilo diplomático o político, sino que también se incluye el estatuto del refugiado, basándose en la CER, su Protocolo de 1967, y en la DCR. Por ello, la Corte IDH dispuso que “el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas (...) y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas”⁵¹.

C) La primacía del régimen jurídico de la infancia por sobre el migratorio: en virtud de que los Estados deben “priorizar las medidas que propendan al cuidado de la niña o el niño con miras a su protección integral, cuando se ve involucrado en procedimientos migratorios”⁵². Como se observa, bajo ningún concepto la nacionalidad o el estatus migratorio del NNA pue-

48 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-21/14. Serie A, No. 21, p. 33. (19 de agosto de 2014).

49 Artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales».

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-21/14. Serie A, No. 21, p. 93. (19 de agosto de 2014).

51 *Ibid.*, p. 31.

52 *Ibid.*, p. 65.

den servir de obstáculo para la titularidad y ejercicio de sus derechos humanos fundamentales, toda vez 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”⁵³.

D) El principio de no devolución: se prohíbe a los Estados americanos la devolución o expulsión del NNA migrante a su país de origen, cuando en este exista riesgo de muerte, o cuando su libertad y seguridad puedan verse amenazadas a causa de persecuciones, amenazas, violencia generalizada, violaciones masivas a los derechos humanos, entre otras vulneraciones del mismo tipo; como así también cuando esté presente la eventualidad de que el NNA sea sometido a torturas, u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Tal protección opera de forma general, ya sea que se trate de un NNA solicitante de asilo o de refugio; ello es así, ya que la cobertura de este principio alcanza a todos los refugiados, hayan o no sido reconocidos aún como tales por las autoridades. Dicho estándar ha sido aceptado tanto en la CER (art. 33.1⁵⁴), como en la CADH (art. 22.8⁵⁵).

Aquí resulta pertinente señalar que la Corte IDH efectúa una interpretación amplia del art. 22.8 de la CADH, al confirmar lo dispuesto en “Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia”⁵⁶—donde se hizo extensivo el principio de no devolución a cualquier extranjero, cuando su situación pueda enmarcarse dentro de los supuestos previstos por el art.22.8—, debido a que no solo se aplica a solicitantes de asilo o de refugio, o a una categoría específica, sino también a todo extranjero: “es inequívoca la voluntad de los Estados de extender el principio

53 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Preámbulo. (1969).

54 Artículo 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados: «Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en la fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas».

55 Artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas».

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Serie C, No. 272, párrafo 135. (25 de noviembre de 2013).

de no devolución a todo extranjero y no limitarlo a los refugiados⁵⁷. De modo que el antedicho criterio asume el carácter de protección complementaria.

E) La obligación de garantizar el debido proceso: la OC-21/14 entiende al debido proceso no solo como una garantía de naturaleza eminentemente judicial sino también administrativa, es decir que, desde el paradigma del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte IDH sostiene que todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a un NNA, debe respetar los componentes sustantivos y sustanciales que emanan del derecho al debido proceso, incluidos tanto en el art. 8 como así también en los artículos: 4, 5, 7, 9, 19, 25 y 27 de la CADH. De manera que la garantía procesal puesta en análisis, resulta exigible a todos los órganos jurisdiccionales y administrativos en los que se controvieran procesos migratorios. En efecto, el debido proceso debe asegurarse a toda persona, con independencia de su estatus migratorio.

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿qué garantías concretas componen al debido proceso en materia de niñez migrante? la propia Corte IDH en la OC-21/14, menciona, a modo enunciativo y no limitativo, las más elementales: 1) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; 2) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; 3) el derecho del NNA a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; 4) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete; 5) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; 6) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; 7) el deber de designar a un tutor en caso de NNA no acompañados o separados de sus padres; 8) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior del NNA; 9) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y 10) el derecho a obtener un plazo razonable de duración del proceso.

F) Prohibición de la privación de la libertad de NNA migran-

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-21/14. Serie A, No. 21, p. 83. (19 de agosto de 2014).

tes en situación irregular: en primer lugar, es necesario aclarar que para la OC-21/14, debe entenderse como privación de la libertad de un NNA, aquella situación en la que este carece de "la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado"⁵⁸. La OC-21/14 ha sostenido que la violación o incumplimiento de las normas migratorias estatales consagradas en los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados americanos, perpetrada por un NNA migrante, en ningún modo puede constituir un fundamento válido para privarlo de su libertad. En la inteligencia de que es inadmisibles y desproporcionado, asemejar una infracción migratoria a la comisión de un delito, debido a que las consecuencias de uno y otro acto, son por completo distintas. El rigor punitivo de la ley penal, cuyo corolario es el confinamiento del sujeto, carece de congruencia al destinarlo como castigo a quien ha cometido una contravención de índole migratoria.

Asimismo, tampoco es válida la justificación de detener al NNA por la circunstancia de encontrarse separado o no acompañado de sus padres. Lo dicho, anula la aplicación del principio penal de *ultima ratio* o de último recurso, a la privación de la libertad de NNA; es decir que, ni siquiera de manera excepcional, puede el SIDH tolerar la detención de NNA en procesos migratorios. Por tanto, los Estados deben optar por medidas que resulten menos lesivas para la libertad personal del NNA migrante.

G) Condiciones de alojamiento: dado que el Estado que recibe a un NNA migrante, tiene la obligación de brindarle protección internacional respetando su vida y dignidad humana, es necesario mencionar que durante los procedimientos migratorios se presentan supuestos en los cuales las autoridades estatales adoptan, como medida cautelar, y a los fines de suministrarles atención y cuidado, la decisión de institucionalizar al NNA en centros de acogida.

En tales albergues, los NNA pueden permanecer períodos cortos o largos de tiempo, hasta que se resuelva su situación migratoria. En este sentido, la OC-21/14 detalló tres condiciones básicas que los Estados deben garantizar: 1) el principio de

58 *Ibid.*, p. 54.

separación y derecho a la unidad familiar: significa que el NNA migrante no debe estar alojado junto con adultos, se busca con esta medida evitar abusos o cualquier otro tipo de extralimitaciones que el adulto pueda cometer sobre el NNA. En este punto, deben diferenciarse dos supuestos: si el NNA está separado o no acompañado por sus padres, tiene que alojarse en un sitio distinto al destinado a los adultos; y si el NNA sí se halla acompañado por sus padres, debe alojarse con ellos, salvo que por motivos de aplicación del interés superior del NNA se decida lo contrario; 2) los centros de alojamiento tienen que ser abiertos: en atención al particular estado de vulnerabilidad que posee el NNA migrante, este debe estar alojado en un establecimiento abierto, es decir, “debe desarrollarse en un ambiente no privativo de libertad”⁵⁹; y 3) condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos: hace referencia al deber de cumplir con una adecuada infraestructura en la que se respete su privacidad, alimentación completa, servicios médicos, educación, esparcimientos, es decir, asegurar la protección holística del NNA.

H) obligación de asegurar el derecho a la vida familiar: la OC-21/14 también ha previsto una respuesta a la coyuntura en la que uno o ambos padres del NNA migrante, sean objeto de un proceso administrativo o judicial con el fin de determinar su expulsión del país por cuestiones migratorias. En este aspecto, la Corte IDH ha sido muy clara al afirmar que si el NNA tiene derecho a la nacionalidad del país del que se pretende expulsar a sus progenitores, “por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna”⁶⁰, los Estados “no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo”⁶¹ ya que se cometería una violación manifiesta en perjuicio del derecho del NNA a tener una vida familiar.

Estandares interpretativos por la Corte Interamericana

59 *Ibid.*, p. 67.

60 *Ibid.*, p. 105.

61 *Ibid.*, p. 109.

de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa relativa a la niñez migrante

Analizaremos a continuación algunas de las más recientes sentencias en las que la Corte IDH, tuvo ocasión de expedirse específicamente en materia de protección de niñez migrante.

La primera de ellas es "Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana"⁶². Los hechos de la causa gravitan en torno a la negativa, por parte del Estado, a otorgar sus correspondientes actas de nacimiento a las niñas, Dilcia Yean, nacida el 15 de abril de 1996 en República Dominicana; y Violeta Bosico, nacida el 13 de marzo de 1985 en ese mismo país. Aquí debe hacerse notar la particularidad étnica consistente en que ambas niñas presentan ascendencia haitiana por la rama paterna, es decir, sus padres son haitianos, mientras que sus progenitoras son dominicanas.

En este contexto la Corte IDH consideró, como hecho probado, que los haitianos, y dominicanos de ascendencia haitiana, que viven en República Dominicana, suelen recurrir al procedimiento de inscripción tardía de nacimiento porque las mujeres se ven obligadas a dar a luz en sus propias casas. Lo hacen por diferentes tesituras, entre las que deben mencionarse: la grave situación económica por la que atraviesan, y el miedo a ser deportadas junto con sus familias, ya que muchas de ellas están compuestas por migrantes irregulares. Por tales motivos no suelen acudir a los nosocomios, y, por tanto, a los neonatos no se les labra la correspondiente acta de nacimiento.

Así las cosas, el 5 de marzo de 1997, teniendo Dilcia Yean 10 meses de edad, y Violeta Bosico 12 años de edad, comparecieron acompañadas por sus madres a la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá, con el objeto de solicitar el registro tardío de nacimiento para las niñas, el cual les fue denegado. El Estado dominicano, a través de su Registro Civil, rechazó la inscripción del nacimiento de las niñas, arguyendo que la documentación presentada era insuficiente para autorizar una inscripción tardía, ya que debían cumplir con una lista de once

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Serie C, No. 130. (8 de septiembre de 2005).

requisitos. El 11 de septiembre de 1997, se apeló la denegación al Procurador Fiscal del Distrito Judicial de Monte Plata, quien confirmó la resolución adoptada por el Registro Civil, en virtud de que la documentación de las niñas no satisfacía una lista de doce requisitos. Es decir que, mientras la Oficialía del Estado Civil solicitaba el cumplimiento de once requisitos, la Procuraduría reclamaba el cumplimiento de doce; sin embargo, la Corte IDH comprobó que, en 1997, en República Dominicana, normalmente se concedía la inscripción del nacimiento tardío presentando solo la constancia de nacimiento y la cédula de identificación de sus padres. Tal diferencia numérica (11 requisitos en una resolución, 12 en otra), dejó al descubierto el hecho de que en el Estado dominicano no existe un único criterio para la exigencia de los requisitos de inscripción tardía de nacimiento de menores de 13 años de edad. Y que por ello, en el caso de las niñas Yean y Bosico, el Estado violentó el principio de igualdad y no discriminación (art. 24 de la CADH), al reclamarles el cumplimiento de más requisitos que los normalmente exigidos.

En palabras de la Corte IDH, las niñas “no presentaban condición alguna que las diferenciase de los demás niños dominicanos menores de 13 años de edad que pudiera justificar el agravamiento de las exigencias para el registro de su nacimiento”⁶³. De manera que, subrepticamente, el Estado incurrió en un trato diferenciado a las niñas por su ascendencia haitiana, es decir, se las discriminó por ser hijas de inmigrantes.

En la misma línea, la Corte IDH consideró que las niñas, al presentar la constancia de nacimiento y la cédula de identificación de sus madres, habían cumplido con las exigencias legales y que, por tanto, tenían derecho a que se les otorgue la nacionalidad dominicana; sin embargo, arbitrariamente, República Dominicana les denegó su nacionalidad, violentando el art. 20⁶⁴ de la CADH.

La propia Constitución Nacional del Estado dominicano, en su art. 11, ordena que todas las personas que nacieren en el te-

63 *Ibid.*, p. 67.

64 Artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla».

territorio de la República, serán consideradas dominicanas, con excepción de “los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están de tránsito en él”⁶⁵. De modo que el Estado adoptó, en materia de nacionalidad, el principio de *ius soli*, según el cual la nacionalidad se adquiere por el solo hecho de nacer dentro del territorio o suelo del país en cuestión. No obstante, el Estado dominicano adujo que las niñas carecían del derecho a obtener la nacionalidad porque se encuadraban dentro de la excepción constitucional, es decir, ser hijas de extranjeros en tránsito. La Corte IDH consideró que tal fundamento era inaceptable toda vez que las niñas no solo nacieron en el territorio nacional sino que también son hijas de madres dominicanas, quienes viven en el país hace más de diez años; por tanto resulta inadmisibles investirlas del carácter de transeúntes, máxime cuando el propio Reglamento de Migración del Estado considera transeúnte a toda persona cuya finalidad es pasar por el territorio, teniendo como límite el exiguo lapso de no más de diez días.

En definitiva, en este caso, la Corte IDH reafirmó el principio de igualdad y no discriminación como un estándar de protección internacional de los derechos del NNA migrante o hijo de inmigrante, aportando, además, valiosos preceptos interpretativos vinculados al derecho a la nacionalidad del NNA, a saber: a) el estatus migratorio de una persona no puede ser utilizado como parámetro aceptable o como condición para el otorgamiento de la nacionalidad por parte del Estado, ya que “su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos”⁶⁶; b) el estatus migratorio es intransmisible: la situación migratoria de una persona no se transfiere o transmite a sus hijos; c) reconocimiento del *ius soli* como criterio jurídico para otorgar la nacionalidad al NNA migrante o hijo de inmigrante: “La condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren

65 Constitución de la República Dominicana. (1994). Título III. Sección I. Art. 11.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Serie C, No. 130, p. 64. (8 de septiembre de 2005).

la del Estado en donde nacieron⁶⁷; d) la falta de reconocimiento de la nacionalidad a un NNA migrante es una violación a su personalidad jurídica y a su integridad personal: dado que si el Estado no se la otorga, y el NNA carece de otra nacionalidad, este queda expuesto a alcanzar la condición de apátrida: “Una persona apátrida no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica”⁶⁸.

Por otro lado, el caso comentado posee un antecedente dentro de la propia jurisprudencia de la Corte IDH, el cual es valioso destacar, ya que complementa la protección a la persona migrante en asuntos de nacionalidad. Se trata de “Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú”⁶⁹.

Los hechos del caso versan sobre la cancelación de la nacionalidad peruana al señor Ivcher Bronstein, quien había adquirido la ciudadanía peruana por naturalización, dado que el 6 de diciembre de 1984, Bronstein renunció a su nacionalidad israelí, y al día siguiente, el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú le otorgó el título de nacionalidad peruana. Sin embargo, tal título fue luego revocado por el Estado, argumentando la circunstancia de que el expediente de nacionalización se había extraviado.

La Corte IDH determinó que el actuar de Perú fue arbitrario, toda vez que la nacionalidad en la legislación peruana solo se pierde por renuncia. El tribunal estableció, además, que la CADH reconoce “el derecho a la nacionalidad sin diferenciar la forma en que esta haya sido adquirida, sea por nacimiento, por naturalización o por algún otro medio consagrado en el derecho del Estado respectivo”⁷⁰. De lo precitado se desprende que cuando un Estado haya concedido la nacionalidad a un NNA migrante, o de ascendencia migrante, no podrá luego sustraérsela autoritariamente bajo pretextos que no se adecuen a la normativa convencional: “en la reglamentación de la nacionalidad no solo concurre la competencia de los Estados, sino también las exigencias de la protección integral de los de-

67 *Idem*.

68 *Ibid.*, p. 69.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Serie C, No. 54. (6 de febrero de 2001).

70 *Ibid.*, pp. 45-46.

rechos humanos”⁷¹.

El segundo caso de la Corte IDH relacionado con la niñez migrante es “Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia”⁷². En él, la Corte IDH se expidió sobre una serie de aspectos esenciales en la protección de los NNA migrantes como son: los derechos y garantías judiciales relacionados con el derecho a la circulación y residencia (derecho a solicitar y obtener asilo); el principio de no devolución; el derecho a la integridad personal; el deber de protección especial a los NNA; y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno y principio de legalidad.

Los hechos del caso se centran en el ingreso irregular de la familia Pacheco (integrada por Rumaldo Pacheco, su esposa Fredesvinda Tineo, y sus tres hijos menores de edad: Juana, Frida y Juan Pacheco Tineo), el día 19 de febrero de 2001 al Estado boliviano; y su posterior expulsión hacia Perú.

Rumaldo Pacheco y Fredesvinda Tineo presentaban antecedentes penales, ya que en la década de 1990 fueron procesados en Perú por presuntos delitos de terrorismo. En 1994 la justicia peruana efectivizó una sentencia absolutoria y ordenó su pronta libertad, sin embargo, más tarde, dicha sentencia sería anulada. En 1995 la familia emigró hacia Bolivia, donde les fue reconocido el estatus de refugiado. En 1998 se trasladaron a Chile, donde se los recibió, también, en calidad de refugiados.

Finalmente, en los albores del 2001, la familia optó por retornar a Perú. Durante su estancia, afirman que se contactaron con su abogado, quien les manifestó la riesgosa coyuntura legal en la que se hallaban, toda vez que la orden de detención por delitos de terrorismo solicitada por el Tribunal Correccional Especial de Lima, aún no había sino anulada ni archivada. Para evitar la captura ordenada por Perú, decidieron cruzar irregularmente la frontera entre Bolivia y Perú.

Una vez en territorio boliviano, se apersonaron hasta el Servicio Nacional de Migración de Bolivia, con el fin de regularizar su estado migratorio, donde les retuvieron sus pasaportes y fue detenida Fredesvinda Pacheco. En su defensa, su marido interpuso recurso de *habeas corpus*, el cual fue aceptado por el Tribunal Constitucional de Bolivia al considerar la ilegitimidad

71 *Idem*.

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Serie C, No. 272. (25 de noviembre de 2013).

de la detención. En simultáneo, Rinaldo Pacheco solicitó el estatuto del refugiado para él y su familia; sin embargo, el Estado boliviano rechazó el pedido fundando su decisión en que durante su primera estadía en Bolivia y antes de viajar hacia Chile en condición de refugiado, había refrendado una declaración jurada de repatriación voluntaria a Perú y no a Chile, como finalmente ocurrió. Para el Estado boliviano, tal circunstancia acreditaba la aceptación, por parte de la familia Pacheco, de que ya no eran refugiados y que la persecución política perpetrada por Perú había cesado. Por ende, Bolivia ordenó su expulsión, en el entendido de que resultaba inadmisibles aceptarlos en condición de refugiados.

Por tanto, el 24 de febrero de 2001, la familia fue expulsada hacia Perú, donde fueron puestos a disposición de la autoridad estatal, la cual procedió imputarlos y a detenerlos por la comisión del delito de terrorismo.

En el caso analizado, la Corte IDH estableció, en primer término, que el migrante indocumentado pertenece a un grupo en situación de vulnerabilidad, debido a que está expuesto a violaciones potenciales. En ese mismo orden de ideas, consideró que el SIDH adopta el principio de no devolución, ya que se encuentra consagrado en el art. 22.8 de la CADH: "En el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre"⁷³.

De lo cual se desprende que el mentado principio de no devolución es aplicable tanto a los migrantes regulares como irregulares. Para determinar lo antedicho, los Estados deben, mínimamente, entrevistar a la persona y efectuar una evaluación previa.

En segundo término, en el caso en estudio, la Corte IDH reivindicó el derecho a solicitar refugio o asilo (art. 22. 7 de la CADH), sostuvo que la condición de refugiado no reviste carácter constitutivo, sino declarativo, es decir que se es refugiado "tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición"⁷⁴, la definición a la que alude la Corte IDH es la concebida

⁷³ *Ibid.*, p. 45.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 49.

en el art.1.2⁶ de la CER. De igual forma, persiste la obligación estatal relativa a que “las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición”⁷⁵.

En tercer término, la Corte IDH constató que Bolivia no respetó el derecho al debido proceso que, sin discriminación, debe ser concedido a toda persona: “las presuntas víctimas no fueron formalmente notificadas de la apertura de un procedimiento administrativo en su contra, ni tuvieron conocimiento formal de los cargos administrativos que se les imputaban bajo el Régimen Legal de Migración”⁷⁶.

En último término, se debe mencionar el reconocimiento que hace la Corte IDH a los derechos del NNA, confirmando algunos estándares de protección consagrados en la CDN y en la CADH: a) el NNA migrante tiene derecho a expresar su parecer y participar de manera activa cuando se halle dentro de un procedimiento de solicitud de asilo: “Corresponde a las autoridades evaluar la necesidad de escucharlos, en función de lo planteado en la solicitud”⁷⁷; b) derecho a la vida familiar: Bolivia incluyó a los tres NNA de la familia Pacheco, en su resolución de expulsión N° 136/2001, violando el derecho del NNA a tener una vida familiar estable y segura (art.17.1⁷⁸. CADH). En tal sentido, los Estados deben: “favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁷⁹; y c) reconocimiento del NNA como sujeto de derecho: el Estado boliviano, al expulsar a todo el grupo familiar, sin considerar la opinión del NNA, ni la lesión causada a su vida familiar por la deportación, atentó, además, contra el reconocimiento del NNA como sujeto de derecho: “el Estado trató a los niños como objetos condicionados y limitados a los derechos de los padres, lo cual atenta contra su calidad como sujetos de derechos”⁸⁰.

Finalmente, el último caso contencioso a analizar es “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. Repúbli-

75 *Ibid.*, p. 54.

76 *Ibid.*, p. 57.

77 *Ibid.*, p. 73.

78 Artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado».

79 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Serie C, No. 272, p. 73. (25 de noviembre de 2013).

80 *Ibid.*, p. 74.

ca Dominicana”⁸¹.

La controversia de la causa se encuentra en la detención y expulsión arbitraria del territorio, por parte de República Dominicana, de personas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana; con la particularidad de que dentro de ese grupo humano objeto de deportación, se incluyó también a NNA. Con respecto a lo antes mencionado, se debe tener presente que la Corte IDH ha establecido en “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”⁸², que las causas en las que se vean violentados los derechos humanos de los NNA, revisten una especial gravedad⁸³.

Los hechos de “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana” aluden a la notoria discriminación de la que es objeto la comunidad haitiana y de ascendencia haitiana en el Estado dominicano, perpetrada a través de la comisión, principalmente, de dos conductas contrarias a la normativa convencional: en primer lugar, las expulsiones colectivas de haitianos, y de dominicanos con ascendencia haitiana (violatoria del art. 22.9⁸⁴ de la CADH); y, en segundo lugar, el rechazo a otorgar la nacionalidad, materializado en la denegación a tramitarles documentos de identificación personal a las personas de ascendencia haitiana que han nacido dentro del territorio del Estado (violatoria del art. 20 de la CADH); a lo cual debe añadirse que, al tratarse de NNA, República Dominicana también violó el art. 19 y el art. 17.1 de la CADH.

Sobre la base de lo previamente planteado, la Corte IDH confirmó el estándar concerniente a la prohibición de efectuar expulsiones masivas de extranjeros a los Estados, debido a que

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Serie C, No. 282. (28 de agosto de 2014).

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Serie C, No. 63. (19 de noviembre de 1999).

83 *Ibid.*, p. 49., párrafo 191: «A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo».

84 Artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros».

la expulsión, en caso de corresponder, “debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto”⁸⁵, en la misma línea sostuvo que “dicho procedimiento no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus”⁸⁶.

Por otra parte, la Corte IDH determinó que la detención y expulsión de NNA haitianos y de ascendencia haitiana, llevada adelante por el Estado dominicano, incumplió el deber de proteger el derecho a la familia: “la separación de las niñas o los niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho en cuestión”⁸⁷.

Además, se ponderó nuevamente el interés superior del NNA como parámetro aplicable a todo proceso migratorio en el que se vea involucrado un NNA: “una medida de expulsión o deportación puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y el desarrollo del niño por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial”⁸⁸.

En los hechos del caso, por ejemplo, se expulsó al señor Bersson Gelin, de nacionalidad haitiana, de República Dominicana, separándolo de su hijo menor de edad, William Gelin. Otro aspecto relevante del fallo en estudio, es el atinente a la protección de la honra y de la dignidad que se le reconoció a las familias migrantes, consagrado en el art. 11.2⁸⁹ de la CADH: República Dominicana, por medio de sus agentes estatales, irrumpió en los domicilios de las familias Jean, Medina, y Fils-Aimé (todas ellas compuestas por haitianos, y dominicanos de ascendencia haitiana) “sin orden judicial, escrita y motivada de detención, y sin que la subsiguiente privación de la libertad y expulsión de las víctimas formara parte de un proceso migratorio ordinario”⁹⁰.

85 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Serie C, No. 282, p. 134. (28 de agosto de 2014).

86 *Idem*.

87 *Ibid.*, p. 143.

88 *Ibid.*, p. 144.

89 Artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación».

90 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Serie C, No. 282, p.

Al ser, tales injerencias a los domicilios, de naturaleza injustificada, la Corte IDH declaró que se violó la vida privada de las familias, y que las mismas “fueron particularmente graves en los casos de las niñas y los niños afectados”⁹¹, debido a su situación especial de vulnerabilidad.

Otro punto a resaltar del fallo, es la confirmación de los estándares que deben observar los Estados en materia de medidas privativas de libertad, cuando recaigan sobre NNA dentro de un procedimiento migratorio: a) se establece que la privación de la libertad, con carácter punitivo para el control de flujos migratorios, es incompatible con la CADH, de manera que en caso de recurrir a la detención administrativa, debe hacerse como último recurso, máxime cuando se trate de migrantes irregulares y NNA; b) los Estados deben abstenerse de recurrir a la privación de la libertad de NNA, ya sea que estos se encuentren acompañados por sus progenitores o no, con el fin de cautelar un proceso migratorio; c) el incumplimiento de requisitos migratorios, como también el hecho de que el NNA migrante se encuentre solo, sin la compañía de su familia, no es justificativo para proceder a privarlo de su libertad, puesto que la obligación estatal radica en disponer, en todos los casos, alternativas que sean menos lesivas y que se encuadren dentro del paradigma del interés superior del NNA.

Otro aporte a considerar de la sentencia, es que ratifica el derecho de los NNA migrantes y de ascendencia migrante, a que se les reconozca el derecho a tener una nacionalidad: “el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata, después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació”⁹²; ahora bien, si el Estado carece de tal certeza, igualmente ese Estado “conserva la obligación de concederle (ex lege, automáticamente) la nacionalidad”⁹³ a los fines de evitar que el NNA alcance el estatus de apátrida.

Por último, la Corte IDH reafirmó en este caso, el principio de igualdad y protección igualitaria ante la ley, sin discriminación, como lineamiento protector aplicable a los NNA migran-

147. (28 de agosto de 2014).

91 *Idem*.

92 *Ibid.*, p. 92.

93 *Ibid.*, pp. 92-93.

tes: “Los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado”⁹⁴.

Protección de los niños migrantes a la luz de las nuevas observaciones generales del comité de los derechos del niño de la Organización de las Naciones Unidas

Paralelamente a los lineamientos que el SIDH ha ido desarrollando en materia de protección de la niñez migrante, a través de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las opiniones consultivas solicitadas por la CIDH y los Estados partes de la CADH; la propia ONU, por medio del Comité de los Derechos del Niño, supervisa que los Estados signatarios de la CDN cumplan con lo dispuesto en ella. A este respecto, el Comité se vale de Observaciones Generales para publicar su interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos y cuestiones temáticas vinculadas a la niñez.

El pasado 16 de noviembre de 2017, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares —que monitorea el cumplimiento de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (en adelante CMW, por sus siglas en inglés)—, publicaron la Observación General Conjunta núm. 3⁹⁵ (en adelante OG3) sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los NNA en el contexto de migración internacional, y la Observación General conjunta núm. 4⁹⁶

94 *Ibid.*, p. 94.

95 ONU. Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (2017). Observación general conjunta N° 3 sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=7&DocTypeID=11

96 ONU. Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (2017). Observación general conjunta N° 4 sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.

(en adelante OG4) sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los NNA en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

La importancia de las citadas observaciones, estriba en que aportan nuevos y actualizados estándares de protección que deben ser aplicados a los NNA que revistan la condición de migrante, además de reafirmar otros, con el objetivo de cumplir con ambas convenciones (la CDN y la CMW).

Así, de la OG3, podemos extraer valiosos aportes a reseñar: a) los NNA deben ser tratados como NNA: hace referencia a que los Estados tienen la obligación de hacer efectivos los derechos consagrados en las convenciones, incluso, cuando el NNA sea objeto de un proceso migratorio, independientemente de su condición migratoria o la de sus padres o tutores; b) determinación del alcance territorial de la obligación estatal: los Estados deben cumplir con las disposiciones convencionales en toda la extensión de su jurisdicción y territorio, “incluida la jurisdicción derivada de que el Estado ejerza un control efectivo fuera de sus fronteras”⁹⁷; c) primacía de los derechos del NNA: la protección del NNA debe ser primordial en el ámbito de la migración internacional; d) elaboración de políticas públicas: “los Estados deben elaborar políticas encaminadas a hacer efectivos los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional”⁹⁸; e) establecimiento de base de datos: para lograr un mejor control de los NNA, orientado a asegurar su protección infantil. Esos datos deben estar desglosados por nacionalidad, situación de residencia, género, edad, origen étnico, discapacidad, y todas las demás condiciones pertinentes para vigilar la discriminación interseccional. Además, el tratamiento de tales datos, sobre todo los biométricos, deben utilizarse solo para fines de protección infantil, es decir, queda prohibido a los Estados la utilización y el intercambio

[asp?Lang=en&TreatyID=7&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=7&DocTypeID=11)

97 ONU. Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (2017). Observación general conjunta N° 3 sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, p. 4. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=7&DocTypeID=11

98 *Idem*.

de datos a efectos de aplicación de leyes de inmigración de los datos personales reunidos, para otros fines que no sean los de protección infantil; f) reitera la trascendencia que debe reconocerse al principio de no discriminación, el cual debe aplicarse: “en todas sus manifestaciones con respecto a los niños en el contexto de la migración internacional”⁹⁹, es decir que debe ser “el centro de todas las políticas y procedimientos de migración, incluidas las medidas de control de fronteras”¹⁰⁰; y g) reafirma el interés superior del NNA: “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones”¹⁰¹.

La OG3 también confirma otros derechos elementales como el derecho del NNA a ser oído (art. 12 de la CDN); el derecho a la vida, a la supervivencia y desarrollo (art. 6 CDN); y el principio de no devolución: los Estados no pueden reconocerle al principio de no devolución una interpretación restrictiva, por el contrario, debe ser amplia en el entendido de que las obligaciones de no devolución “son aplicables con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción de los Estados partes”¹⁰².

Por su parte, la OG4, proporciona otros estándares, tales como: a) determinación de la edad: recuerda a los Estados que la CDN, considera que el NNA debe recibir protección hasta los 18 años. Incluso la OG4 va más allá, al alentar a los Estados a que adopten medidas de protección y apoyo después de que los NNA cumplan 18 años, toda vez que deben concederse medidas de seguimiento orientadas a facilitarles el acceso a la educación y al trabajo. Para ello, es vital garantizarles, primero, una situación migratoria regular a largo plazo; b) prohibición de privar de la libertad a un NNA por su estatus migratorio: “la detención de los niños y sus familias como inmigrantes debe estar prohibida por ley y su abolición garantizada en teoría y

99 *Ibid.*, p. 6.

100 *Idem.*

101 *Ibid.*, p. 7.

102 *Ibid.*, p. 13.

en la práctica”¹⁰³; c) garantizar el acceso a la justicia: en el contexto de un proceso migratorio, ya sea de carácter administrativo o judicial, al NNA debe garantizársele todas sus garantías procesales, ya que se lo considera como titular de derechos individuales; d) derecho a la nacionalidad: la OG4 sugiere la revocación de todas las leyes sobre nacionalidad que discriminen basándose en la transmisión o adquisición de la nacionalidad por razones prohibidas, ya sea por: raza, religión, origen étnico, género, discapacidad, y situación migratoria del NNA o de sus padres.

Sostiene, además, que una medida fundamental para evitar el estatus de apátrida en los NNA migrantes, es la aplicación del *ius soli*, es decir, conceder al NNA nacido en el territorio del Estado, en el momento de nacer, o lo antes posible después de su nacimiento, la nacionalidad; e) protección de la vida familiar: los Comités abogan por la no separación y por la reunificación familiar de los grupos familiares migrantes, dado que la ruptura familiar por razones de deportación o expulsión de uno o ambos progenitores por haber cometido una infracción migratoria es desproporcionada.

Además, debe garantizarse la reunificación de los NNA con sus padres, salvo que medie el interés superior del NNA, o que el retorno del NNA a su país de origen para reunirse con sus progenitores lo exponga a un riesgo razonable de que sus derechos humanos puedan ser eventualmente vulnerados; f) protección contra todas las formas de violencia o abuso: es necesario que los Estados lleven adelante todas las medidas necesarias para prevenir y combatir el traslado ilícito y la retención ilícita de NNA, el trabajo infantil, la esclavitud, la explotación sexual comercial, la mendicidad, la trata de personas, los trabajos peligrosos, la explotación económica y la violencia. Finalmente, la OG4 reitera el derecho del NNA migrante a tener un nivel de vida adecuado (art. 27 CDN); el derecho a la salud (art. 23, 24 y 39 de la CDN), asegurando que: “Todos

103 ONU. Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (2017). Observación general conjunta N° 4 sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, p. 4. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TB-Search.aspx?Lang=en&TreatyID=7&DocTypeID=11

los niños migrantes deben tener el mismo acceso que los nacionales a la atención de la salud, sea cual fuere su situación migratoria¹⁰⁴; y el derecho a la educación: “los Estados deben garantizar la igualdad de acceso a una educación inclusiva y de calidad para todos los niños migrantes, cualquiera que sea su situación migratoria”¹⁰⁵.

A modo de colofón, se debe comentar que los Estados firmantes de ambas convenciones (CDN y CMW), deberán incluir en sus próximos cierres de informes periódicos, información detallada sobre las medidas anunciadas por las observaciones reseñadas que hayan aplicado, incluyendo sus respectivos resultados.

Conclusiones

De acuerdo a lo expuesto en el presente artículo, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1) Puede afirmarse que las violaciones a los derechos del NNA migrante no son solo privativas del continente europeo, puesto que América Latina también presenta flujos migratorios críticos, como lo son: la frontera entre Estados Unidos y México, y los corredores de migrantes en América Central. Precisamente esta última zona geográfica, ha sido el epicentro de dos de las últimas sentencias de la Corte IDH, orientadas a la protección de la niñez migrante, condenando a República Dominicana tanto en “Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”, como en “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana”, por múltiples violaciones a las obligaciones estatales consagradas en la CADH.

2) Se observa, dentro del SIDH, un esfuerzo por parte de sus órganos —principalmente la Corte IDH y la CIDH— para regular los procedimientos migratorios ejecutados por los Estados del continente, a fin de que acaten las exigencias convencionales. Prueba de ello son las opiniones consultivas, solicitadas tanto por la CIDH como por los Estados miembros de la CADH, y la jurisprudencia específica de la Corte IDH en materia

104 *Ibid.*, p. 15.

105 *Ibid.*, p. 16.

de niñez migrante, donde se reafirman los estándares fijados en la CDN y en la jurisprudencia consultiva.

3) El hecho de que los estándares básicos previstos por el SIDH, emanen de opiniones consultivas y de jurisprudencia de la Corte IDH, deja al descubierto una problemática internacional que exige pronta solución por parte de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA): la ausencia de un tratado internacional orientado *ex profeso* a la protección de la niñez migrante dentro del continente americano. La necesidad de tal pacto se hace exigible toda vez que un instrumento internacional ratificado por todos los Estados de América, contribuiría a fortalecer de manera sustancial la protección migrante, si incluyera, como principios básicos y fundacionales, los estándares aquí desarrollados.

4) Por último, del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, vinculada a la protección de la niñez migrante, se concluye que en los Estados americanos se observa una clara tendencia a la criminalización del NNA migrante irregular, ya que los Estados, en vez de establecer protocolos efectivos que aseguren el interés superior del NNA, adoptan, por el contrario, medidas de expulsión, deportación, no reconocimiento del NNA como sujeto de derecho, privación de su derecho a obtener la nacionalidad. Además de que no suelen tener en cuenta su opinión.

Es necesario, entonces, que los Estados americanos garanticen el cumplimiento riguroso de los estándares de protección elaborados por el SIDH en asuntos de niñez migrante, a los fines de revertir esta preocupante tendencia que estimula la xenofobia, el racismo y la intolerancia entre los pueblos.

Referencia Bibliográfica

Abdelaziz, S. y Smith-Spark, L. (29 de junio de 2018). Tres bebés, entre los 100 muertos frente a Libia mientras Europa cierra su nuevo acuerdo de inmigración. *CNN*. Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/2018/06/29/tres-bebes-entre-los-100-muertos-frente-a-libia-mientras-europa-cierra-su-nuevo-acuerdo-de-inmigracion/>

Cely, D. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Salud & Sociedad, Uptc., Vol. 2., No. 1*, 17 de noviembre de 2015, pp.42-47. Recuperado de https://revistas.uptc.edu.co/index.php/salud_sociedad/article/view/3978

Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. Secretaría Ejecutiva. (2010). *Contribución para el estudio sobre la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*. Oficio No. SE/CAI/805/10. Recuperado de https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Issues/MHR/Consultation2010/Mexico_Human_Rights_Commission.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1

Constitución de la República Dominicana. (1994). Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-la-republica-dominicana-de-1994/html/>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/basicos/spanish/basicos2.htm>

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. (1969). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217116/norma.htm>

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. (1951). Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfRefugees.aspx>

Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Serie C, No. 272. (25 de noviembre de 2013).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Serie C, No.

54. (6 de febrero de 2001).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Serie C, No. 282. (28 de agosto de 2014).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Serie C, No. 130. (8 de septiembre de 2005).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Serie C, No. 63. (19 de noviembre de 1999).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-17/2002. Serie A, No. (28 de agosto de 2002).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-18/03. Serie A, No. (17 de septiembre de 2003).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-21/14. Serie A, No. 21. (19 de agosto de 2014).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-3/83. Serie A, No. 3. (8 de septiembre de 1983).

Declaración de Cartagena sobre Refugiados. (1984). Recuperado de <https://www.acnur.org/cartagena30/declaracion-de-cartagena-sobre-los-refugiados/> García Pozuelo, B. (25 de julio de 2018). Dos tercios de los migrantes muertos en 2018 en el mundo se ahogaron en el Mediterráneo. ABC. Recuperado de https://www.abc.es/internacional/abci-tercios-migrantes-muertos-2018-mundo-ahogaron-mediterraneo-201807241504_noticia.html

IPPDH MERCOSUR. (2014). Nota de difusión Opinión Consultiva 21. A pedido del MERCOSUR la Corte Interamericana fija el umbral de protección de la niñez migrante. Recuperado de <http://www.ippdh.mercosur.int/2912-a-pedido-mercosur-la-corte-interamerican-fija-el-umbral-de-proteccion-de-la-ninez-migrante/>

Migración Colombia. (2018). Radiografía de venezolanos en Colombia. Recuperado de <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/buscar?q=radiografia+de+venezolanos> Migration flows-Europe. (5 de septiembre de 2018). <http://migration.iom.int/europe/>

Missing Migrants (@MissingMigrants). “In 2017, we

recorded 6,142 deaths and disappearances during migration globally, but these figures are minimum estimates. More data are needed to better understand the true scale of migrant deaths worldwide". 23 de febrero de 2018, 3:19 p.m. Tweet. Recuperado de <https://twitter.com/MissingMigrants/status/966996043849232384>

Missing Migrants Project. (2014-2018). Number of Men/Women/Children deaths in Americas. Recuperado de <https://missingmigrants.iom.int/region/americas>

Missing Migrants Project. (2018). Number of Men/Women/Children deaths in South America. Recuperado de <https://missingmigrants.iom.int/region/americas?region=1417>

Mixed migration routes to Europe. (22 de febrero de 2017). Recuperado de [http://www.arcgis.com/sharing/rest/content/items/446a1fd87f3c4f5baf943eacdd02a215/resources/Mixed_migration_routes_to_Europe%20\(M\)_1487835659230_w1500.jpg\(en_https://migration.iom.int/europe/:_seleccionar_\"Transit routes\"\)](http://www.arcgis.com/sharing/rest/content/items/446a1fd87f3c4f5baf943eacdd02a215/resources/Mixed_migration_routes_to_Europe%20(M)_1487835659230_w1500.jpg(en_https://migration.iom.int/europe/:_seleccionar_\)

OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. Doc. 46/15.

ONU. (13 de junio de 2018). Al menos 2,5 millones de migrantes fueron víctimas de las redes de tráfico. *Noticias ONU*. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2018/06/1435772>

ONU. (14 de agosto de 2018). España, Libia... Las noticias del martes. *Noticias ONU*. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2018/08/1439642>

ONU. (30 de mayo de 2018). Los niños no pueden ser castigados por buscar protección de la pobreza y el conflicto. *Noticias ONU*. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2018/05/1434701>

ONU. ACNUR. (2018). Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos. Recuperado de <http://www.refworld.org/es/docid/5aa076f74.html>

ONU. Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (2017). Observación general conjunta N° 3 sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=7&DocTypeID=11

ONU. Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (2017). Observación general conjunta N° 4 sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=7&DocTypeID=11

ONU. Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 62° período de sesiones, del 14 de enero a 1 de febrero. Recuperado de https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990

Organización Internacional para las Migraciones. (16 de febrero de 2018). UN Migration Agency: Over 1,200 Migrant Children Deaths Recorded Since 2014, True Number Likely 'Much Higher'. Recuperado de <https://www.iom.int/news/un-migration-agency-over-1200-migrant-children-deaths-recorded-2014-true-number-likely-much>

Organización Internacional para las Migraciones. (2017). Informe sobre las migraciones en el mundo 2018. Recuperado de <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2018?language=es>

Ortega Velázquez, E. (2017). *Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Ed. Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., p.3.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. (1967). Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/protocolstatusofrefugees.aspx>

Sagüés, N. P., (2015). Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, N° 20, pp. 275-283. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14893>

Smith, H. (2 de septiembre de 2015). Shocking images of drowned Syrian boy show tragic plight of refugees. *The Guardian*. Recuperado de <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/02/shocking-image-of-drowned-syrian-boy-shows-tragic-plight-of-refugees>

UNICEF. (29 de junio de 2011). Protección infantil contra el abuso y la violencia.

Unicef.org. Recuperado de https://www.unicef.org/spanish/protection/index_57906.html