

CAPÍTULO QUINTO

LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ MIGRANTE

María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS

SUMARIO: I. Introducción. II. La Organización de Estados Americanos y los órganos de protección de los derechos humanos dentro del sistema interamericano de derechos humanos. III. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su función consultiva. IV. La protección especial de niñas, niños y adolescentes y el cumplimiento del mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vía la función consultiva. V. La función consultiva y los derechos de la niñez migrante. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos de la niñez migrante son un tema vigente en la agenda nacional e internacional de derechos humanos. La garantía del reconocimiento, goce, ejercicio y defensa de aquellos es una consideración primordial y prioritaria respecto de la eficacia en su implementación en la legislación, y en las acciones administrativas, jurisdiccionales y demás políticas públicas de los Estados de la comunidad internacional. En este sentido, cabe recordar que

En 2020, los niños migrantes (de 19 años o menos) representaban el 14,6 por ciento de la población migrante total y el 1,6 por ciento de todos los niños en el mundo. Según las estimaciones del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) que están basadas en los datos del DAES [Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas], pero utilizando menor de 18 años como criterio, el número de niños migrantes permaneció estable en torno a los 24 millones entre 1990 y 2000, y aumentó constantemente

a 27 millones en 2010 y a 33 millones en 2019. En 2019, los niños migrantes representaban el 12 por ciento del total de la población de migrantes.¹

Con motivo de la pandemia y posterior a ella, como se observa en 2022, ha habido un repunte en el número de niñas y niños migrantes por razones multifactoriales que, en todo momento, tanto en el país de origen como en el o los de tránsito y destino, los colocan en situaciones de vulnerabilidad respecto al reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales:

En el mundo hay cerca de 37 millones de niños y niñas refugiados, migrantes o desplazados dentro de sus propios países, según la agencia para la infancia de la ONU [Naciones Unidas], una cifra sin precedentes. Los conflictos prolongados y de gran magnitud, la frágil situación en algunos países, y los efectos del cambio climático son las principales causas. La agencia pide a los países mayor protección y el acceso a los servicios para estos niños.

Los conflictos, la violencia y otras crisis dejaron una cifra sin precedentes de 36,5 millones de niños y niñas a finales del año pasado, según las estimaciones del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la cifra más alta registrada desde la Segunda Guerra Mundial, dijo el viernes la agencia.

Este número incluye 13,7 millones de niños refugiados y solicitantes de asilo, y casi 22,8 millones desplazados internamente debido a conflictos y violencia.²

La niñez migrante sufre de violaciones sistemáticas a sus derechos humanos, precisamente por el hecho de ser niñas y niños, y porque se enfrentan al choque con la realidad impuesta por el adultocentrismo, que los limita respecto a la posibilidad de reconocer, defender y exigir el ejercicio y goce de esos derechos, así como de acceder a la justicia para hacerlos efectivos: “Los niños migrantes... son uno de los grupos humanos más vulnerables. De hecho, son triplemente vulnerables: como niños, como migrantes y como personas en situación irregular [en la mayoría de los casos]”.³

¹ Portal de datos sobre migración. Una perspectiva global, *Niños y jóvenes migrantes*, 2021, disponible en: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/ninos-migrantes> (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022).

² Noticias ONU. Mirada global historias humanas, *Migrantes y refugiados*, junio de 2022, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2022/06/1510432> (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022).

³ Ortega Velázquez, Elisa, *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección*, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332015000100006 (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022).

En el afán por alcanzar la eficaz protección de los derechos de la infancia, Naciones Unidas se dio a la tarea de crear un documento de carácter convencional y vinculatorio: la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta Convención tiene por objeto garantizar el reconocimiento, protección, ejercicio, goce y justiciabilidad de los derechos humanos y libertades fundamentales de este grupo sin distinción por su calidad de migrantes.

Los derechos de niñas, niños y adolescentes encuentran su razón de ser en la dignidad humana; es decir, en que son titulares de ellos sólo por el hecho de ser personas humanas; son derechos humanos que abarcan todos los ámbitos de la vida y el desarrollo integral de la persona, y, en este caso, para lo que atañe al reconocimiento y protección de derechos para la niñez migrante.

En este sentido, en el ámbito regional, la Organización de Estados Americanos, en la producción de instrumentos convencionales de derechos humanos no cuenta con una convención protectora de los derechos de la niñez, ya que se ha establecido el criterio de acoger y aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño con fundamento en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴

La actividad en cuanto a producción de documentos protectores de derechos humanos para la infancia migrante es diversa en este ámbito, y corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus facultades (la contenciosa y la consultiva); garantizando así el cumplimiento de las obligaciones de reconocimiento, protección, ejercicio y goce de los derechos humanos de la niñez, incluyendo, por supuesto, los de migrantes, en tanto esta condición no repercute limitativamente o disminuye en forma alguna para ellos el reconocimiento de todos los derechos contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño.

Por lo anterior, el objetivo de este trabajo estará dirigido a realizar un estudio que nos provea de un marco de referencia sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su función consultiva y las opiniones que en este sentido se han producido en torno a la protección de los derechos humanos de la niñez migrante, dando cumplimiento a su mandato como órgano protector de derechos humanos.

La hipótesis que se desarrolla para alcanzar el objetivo de este trabajo es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene un mandato

⁴ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022).

impuesto en materia de protección de derechos humanos de la niñez migrante, impuesto tanto por la Convención sobre Derechos del Niño como por la Convención Americana de Derechos Humanos, que cumple fielmente a través de su función consultiva, que sirve al objetivo de orientar, aplicar y garantizar la efectiva protección de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, en el caso particular de los migrantes en la región. El marco metodológico para la elaboración de este trabajo de investigación se basa en el método deductivo, así como en el analítico-sintético.

II. LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DENTRO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Las organizaciones internacionales que tienen algún mandato en materia de derechos humanos, como la Organización de los Estados Americanos, responden, en el marco de cooperación internacional, a la misión de reconocer y proteger un nivel adecuado y digno de vida para los habitantes del mundo, estableciendo como cimientos de ello los derechos humanos, no sólo como límite a la actividad del Estado, sino igualmente respecto a particulares que impidan su goce y ejercicio. Desde el inicio del funcionamiento de estas organizaciones, su actividad se ha caracterizado por su estructuración a través de órganos e instrumentos de protección de los derechos humanos, que han ido evolucionando y cambiando en atención a las necesidades humanas de la población en los Estados de la comunidad internacional.

En este sentido, la Organización de Estados Americanos, para poder realizar sus objetivos respecto al seguimiento y evaluación de las obligaciones convencionales de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo relativo al reconocimiento, protección, ejercicio y goce efectivos y justiciabilidad de los derechos humanos, en el ámbito regional, cuenta con dos órganos competentes:

1. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Sus funciones son fundamentalmente aquellas que estén dirigidas mediante acciones, medidas y programas a promover la eficaz aplicación y cumplimiento de los derechos consagrados en los instrumentos convencionales de derechos humanos mediante estudios y sus reportes sobre los pro-

blemas que considere relevantes en torno a sus funciones; recomendaciones dirigidas a los Estados parte para la debida implementación y garantía jurídica de los derechos humanos, así como para la educación en derechos humanos y su divulgación; recibir los informes periódicos de los Estados parte respecto al cumplimiento en materia de obligaciones convencionales en materia de derechos humanos; asesorar a los Estados parte respecto de los asuntos que se sometan a su consideración con relación a derechos humanos, tal como señala el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se integra por siete jueces para el desempeño de las funciones judiciales que le atañen a este órgano. Los jueces estarán en funciones por un periodo de seis años, y sólo podrán ser reelegidos por una vez, en todos los casos elegidos por votación de los Estados parte. Existen dos hipótesis en las que estos jueces pueden nombrar para conocer, estudiar y resolver el caso a otro juez, al que se llamará “juez *ad hoc*”, y será necesario que por lo menos cinco jueces se encuentren presentes para validar las resoluciones de la Corte, conforme a los artículos 55 y 56 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

La limitación a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se fija respecto de aquellos que sean sometidos a su consideración exclusivamente por los Estados parte o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y deberá haberse agotado previamente el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los Estados pueden declarar el reconocimiento de la competencia de la Corte en cualquier momento, conforme al artículo 62 de la Convención.

Se han reconocido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos tres funciones para su operación, y que a saber son contenciosa, cautelar y consultiva:

La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, ... una función consultiva.⁵

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *¿Qué es la Corte IDH?*, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2022).

En nuestro caso interesa la función consultiva, y que conforme al numeral 3 del artículo 64 queda claramente establecida y disponible para los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

La Corte Interamericana ha resultado un órgano fundamental en la construcción del control de la convencionalidad, así como del cuerpo jurisprudencial del sistema regional de derechos humanos, definiendo los términos tanto para la correcta y eficaz aplicación como protección de los derechos humanos por los Estados parte e, igualmente, fijando el marco de las obligaciones convencionales de dichos Estados; especialmente en cuanto órgano judicial que interpreta los instrumentos de derechos humanos y que vigila su aplicación al nivel regional en cuanto tramita las consultas que se le presentan por dichos Estados, de forma que define el contenido de las responsabilidades u obligaciones internacionales de éstos en aras de evitar posibles violaciones a derechos humanos. En términos de lo anterior, resulta importante identificar qué implica hablar del control de la convencionalidad, en tanto elemento de trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su función consultiva:

Los elementos que componen el control de convencionalidad son: 1. De oficio o por solicitud para verificar la compatibilidad de las normas y prácticas internas con la Convención y otros tratados interamericanos 2. Las obligaciones de los jueces, de todo órgano vinculado a la administración de justicia y pública en todos los niveles y según el ámbito de su competencia; 3. Por otro lado, para determinar la compatibilidad con la Convención se deben tener en cuenta dos tratados de Derechos humanos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH; 4. Finalmente, la ejecución de este control puede implicar la no aplicación o la supresión de normas contrarias a la Convención.⁶

⁶ Parra, William J., “Marco teórico para un análisis integral de los derechos humanos y fundamentales”, *Derecho y realidad*, vol. 18, núm. 35, enero-junio de 2020, p. 113, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/346802632_Marco_teorico_para_un_analisis_integral_de_los_derechos_humanos_y_fundamentales (fecha de consulta: 3 de enero de 2023).

III. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU FUNCIÓN CONSULTIVA⁷

En este punto delimitaremos el abordaje para desarrollar el contenido de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al alcance de las opiniones consultivas que de ella emanan. Para efectos de la función consultiva, podemos señalar como sujetos de derecho internacional público, en particular en nuestro ámbito regional, interamericano, a los Estados parte, a la Organización de Estados Americanos como organización internacional de derechos humanos y a las personas como sujeto de estos derechos.⁸

1. Aspectos generales relativos a la motivación de la facultad consultiva

La facultad consultiva reconocida y de la que es dotada la Corte Interamericana de Derechos Humanos consiste en

...responder aquellas consultas que formulan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) o de los órganos que la componen, acerca de la compatibilidad de las normas internas con la [Convención Americana de Derechos Humanos] CADH, la interpretación de dicha Convención y/o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Así, con tal pronunciamiento, la Corte Interamericana estará emitiendo una opinión consultiva.⁹

De lo anterior se desprende que hay dos áreas de trabajo desde el aspecto consultivo:

⁷ Máximo Pacheco, G., *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/5.pdf> (fecha de consulta: 3 de enero de 2023).

⁸ EDU, *Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho Internacional Público*, p. 13, disponible en: https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/T4/T402.html (fecha de consulta: 3 de enero de 2023).

⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos. Resúmenes de resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/informes-periodicos-ante-los-comites-de-naciones-unidas/resumenes-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos> (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2022).

Por este medio la Corte responde consultas que formulan los Estados miembros de la [Organización de los Estados Americanos] OEA o los órganos de la misma acerca de: a) la compatibilidad de las normas internas con la Convención; y b) la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.¹⁰

Sobre esta función, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los Estados parte pueden consultar a la Corte respecto a la interpretación de todo instrumento convencional y vinculatorio de derechos humanos en la región. Igualmente, los Estados parte podrán consultarle sobre su opinión respecto a la compatibilidad de la legislación interna con los instrumentos señalados en materia de derechos humanos:¹¹

Artículo 64. 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.

2. *Procedencia de la función consultiva de la Corte para toda consulta relativa a la protección de los derechos humanos*

A continuación, veremos los aspectos que han de definir tanto a las consultas como a las opiniones consultivas derivadas de la Corte.

1) La competencia y actuación de la Corte siempre estará indefectiblemente vinculada a los objetivos y propósitos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; por ello, toda consulta que se efectúe por parte de los Estados parte a este órgano deberán tener como meta aclarar, confirmar, reconocer o establecer el cumplimiento de una obligación convencional respecto de la protección, goce, ejercicio y restitución de los derechos humanos:

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *¿Qué es la..., cit.*

¹¹ Abreu Burelli, Alirio, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4572/4.pdf> (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2022).

La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la [Organización de Estados Americanos] OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte.¹²

2) La Corte podrá conocer de cualquier materia siempre que se refiera a la protección de los derechos humanos en el ámbito regional: “En la concepción del artículo 64 del Pacto de San José, no se considera excluida expresamente ninguna materia concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos... Es este el sistema reconocido por la jurisprudencia internacional y por el derecho internacional general”.¹³

En este sentido es que la propia Corte ha establecido, a fin de no desvirtuar o entorpecer sus fines y funciones, así como para conocimiento de los Estados parte de la región, cuál es el alcance de su función consultiva, evitando cualquier situación que se pueda argumentar sobre el uso de facultades discrecionales para establecer si conoce o no de una consulta que se haya puesto a su consideración:

...un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano... la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos.¹⁴

Finalmente, respecto a la competencia de la Corte con relación a la protección de los derechos humanos, independientemente de cuál sea el instrumento internacional convencional que se argumente o establezca como

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Otros tratados”, objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, septiembre de 1982, numeral 25, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2022).

¹³ *Ibidem*, numeral 27.

¹⁴ *Ibidem*, numeral 30.

fuente, se señala que siempre que sea aplicable a los Estados de la Organización de Estados Americanos tendrá aquella competencia para conocer de las consultas y emitir sus opiniones consultivas:

Primero... la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.¹⁵

3. *Procedencia de la función consultiva respecto de la compatibilidad con la legislación interna de los Estados parte, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y otros tratados*

Con relación a las consultas relativas a la compatibilidad de las normas internas, si la convención/tratado establece que se conocerá de las leyes internas en amplio sentido, sin establecer alguna restricción formal y explícita, entonces las consultas podrán versar sobre cualquier ley incluyendo la Constitución:

14. ...siempre que un convenio internacional se refiera a “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales.¹⁶

En un sentido más amplio, se plantea si los proyectos de ley pueden ser objeto de consultas a la Corte, resolviendo de forma activa y positiva en el sentido de afirmar que sí es posible hacerlo, y que la Corte conozca de ellas, en virtud de que el sentido de su intervención es coadyuvar al cumplimiento, protección y aplicación efectiva de los derechos humanos para todas las personas en los Estados parte de la región americana, analizando profundamente la solicitud del Estado, a fin de vigilar que su fundamento o razón sea

¹⁵ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/89, enero de 1984, p. 7, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2022).

cumplir con las obligaciones internacionales de reconocimiento, protección y defensa de los derechos humanos. “28. ...la Corte estima que una interpretación restrictiva del artículo 64.2 que condujera a que los Estados sólo pudieran invocarlo para solicitar opiniones consultivas sobre leyes vigentes, limitaría indebidamente el servicio consultivo de la Corte”.¹⁷

Así las cosas, derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se establece a esta última como un órgano jurisdiccional que en su función consultiva coadyuva a la protección y cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos en el ámbito regional como un servicio que se presta a los Estados de la región: “19. ...el proceso consultivo está «destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso»”.¹⁸

Si entendemos esta facultad consultiva como el proceso por el cual la Corte Interamericana interpreta las disposiciones de la Convención y da seguimiento a la compatibilidad de las normas internas a la luz de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados de derechos humanos aplicables en los Estados Americanos, nos encontramos frente a una actividad en la que resuelven consultas mediante una opinión de carácter jurisdiccional, pero no de naturaleza contenciosa, si tiene un sentido vinculante, por lo menos para el Estado consultante, en el que la Corte actúa como generador/orientador por medio de interpretaciones, criterios y opiniones para el efectivo cumplimiento de la Convención por los Estados parte, y que se sean aplicables en lo que más convenga en la protección y defensa de los derechos humanos en la región. Sobre el carácter obligatorio de la opinión consultiva, se ha señalado una realidad ineludible:

Es claro que las opiniones consultivas que la Corte emite, con base en lo que dispone el artículo 64 del Pacto de San José,... tienen carácter obligatorio para el Estado que solicitó la consulta, pues carecería de sentido que la Corte estableciera la interpretación de los instrumentos internacionales mencionados o expresara su opinión acerca de la compatibilidad entre las leyes internas y tales instrumentos, sin que tuvieran un carácter obligatorio.¹⁹

¹⁷ *Ibidem*, pp. 9 y 10.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

¹⁹ Ovalle Favela, José, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 45, núm. 134, mayo-agosto de 2012, p. 4, disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000200005 (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2022).

Un criterio que se ha fortalecido para considerar el carácter vinculante, en amplio sentido, de las opiniones consultivas de la Corte, es el del necesario control de la convencionalidad que cualquier análisis, contencioso o consultivo, lleva implícito. Ello determinará el desarrollo y contenido de la opinión consultiva que necesariamente referirá a las obligaciones que sobre protección de derechos humanos tienen los Estados y la mejor forma de garantizar su reconocimiento ejercicio y goce:

La ruta del control de convencionalidad como forma de solución al dilema de la vinculatoriedad de las opiniones consultivas ofrece una triple ventaja. Por un lado, porque hace tangibles los “efectos jurídicos innegables” que la Corte IDH ha destacado existen allí desde el inicio de su jurisprudencia no contenciosa. Si estamos ante el mismo órgano que pronuncia sentencias cuya obligatoriedad no se discute, el problema no radica en si el tribunal dice Derecho en un espacio y en otro no. De hecho, en ambos lo hace, solo que utiliza vehículos comunicativos distintos. En segundo lugar... porque permite sincerar el uso constante que hace la [Corte Interamericana de Derechos Humanos] CIDH de sus opiniones consultivas como fundamento argumentativo de sus decisiones en lo contencioso.... Y, finalmente, porque no fuerza la atribución de obligatoriedad de las opiniones consultivas a partir de su propia naturaleza sino a través de un mecanismo externo: el parámetro de convencionalidad... Empero, desde la emisión de la Opinión Consultiva OC-21/1470, y gracias a la ampliación del parámetro de convencionalidad, de facto poseen hoy tal condición, que hace ineludible su consideración por parte de los Estados del sistema interamericano.²⁰

Es así como todo el *corpus* de opiniones consultivas y resoluciones constituye lo que conocemos como jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que ésta en su competencia contenciosa expide resoluciones en las que interpreta y aplica disposiciones del instrumento convencional de derechos humanos sobre el que se esté consultando; en este sentido, se afirma que si los efectos de las mismas son *erga omnes*, “es evidente que la interpretación contenida en cada fallo constituye jurisprudencia obligatoria para los Estados miembros”. Y agrega que, aplicado el mismo

²⁰ Zelada, Carlos J., *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: una propuesta de reforma para un problema de antaño*, Lima, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), 2020, pp. 97-100, disponible en: <https://promsex.org/wp-content/uploads/2020/05/Son-vinculantes-las-opiniones-consultivas-de-la-Corte-IDH.pdf> (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2022) y en el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, Opinión Consultiva, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/opini%C3%B3n-consultiva> (fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022).

razonamiento a las opiniones consultivas, se deben reconocer igualmente como jurisprudencia de la Corte las interpretaciones que ésta elabore como resultado de la función consultiva.²¹

IV. LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y EL CUMPLIMIENTO DEL MANDATO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS VÍA LA FUNCIÓN CONSULTIVA

¿Cuál es la razón de la protección especial de niñas, niños y adolescentes? La respuesta se encuentra en el objetivo de garantizar sus derechos humanos y libertades fundamentales como consideración primordial, particularmente en aquellos casos en que se encuentran más expuestos a la violación de los mismos; lo anterior, a cargo tanto de los órganos protectores de derechos humanos como de los Estados.

La protección especial consiste en aquellas acciones que se implementan para la protección de los derechos humanos con un enfoque de niñez; esto, en razón de las condiciones jurídicas, físicas y psicoemocionales que los limitan para ejercer por sí mismos, requiriendo del apoyo de adultos para hacerlo, lo que no implica su desconocimiento como sujetos de derechos y del reconocimiento y goce de los mismos; sino por el contrario, se refuerza el principio de prioridad que la niñez tiene respecto de la tutela, defensa, aplicación, respeto y seguimiento de sus derechos humanos.

Del mismo modo, implica considerar las condiciones de vulnerabilidad que, por ejemplo, en el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes por diversas causas económicas, de violencia, socioculturales, familiares, de estatus migratorio, los afectan en el goce y ejercicio de sus derechos humanos, así como la obligación que nace para los Estados vía los instrumentos internacionales de derechos humanos, en este caso de la propia Convención sobre Derechos del Niño, de asegurar cuidados y asistencia especiales:

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la[s] Declaración[es] de... en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

²¹ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 4.

...que,... por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales...

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración.²²

Entendemos entonces por protección especial, tanto las medidas dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar cualquier clase de discriminación y violencia contra niñas, niños y adolescentes, especialmente cuando se trate de explotación, trata, maltrato, abandono o cualquier clase de negligencia que comprometan su vida en estricto sentido, su integridad, su supervivencia, su desarrollo; en otras palabras, su dignidad humana y calidad de vida. E igualmente, el conjunto de acciones tendientes a que se reconozcan sus derechos humanos, sus libertades fundamentales, así como su ejercicio y goce.

Podemos partir entonces de que la protección especial está inseparablemente ligada a los conceptos de riesgo y desamparo, que nos permiten visibilizar dos tipos de vulnerabilidad desde la protección y reconocimiento de los derechos humanos: la vulnerabilidad-peligro y vulnerabilidad-necesidades, que pueden ser vistas, respectivamente, desde el aspecto negativo, actos consumados violatorios de derechos humanos que deben ser reparados garantizando su no repetición, y otro positivo, que consiste en llenar los vacíos y/o interrogantes existentes en materia de protección de derechos humanos y libertades de niñas, niños y adolescentes, para que se consideren las condiciones de vulnerabilidad a las que están expuestos, tomado las acciones necesarias para reconocer y garantizar eficazmente, tanto formal como materialmente, el reconocimiento, ejercicio y goce de los mismos: “La vulnerabilidad viola los derechos de los miembros más débiles de la sociedad y los margina, razón por la cual el Estado tiene la responsabilidad de reconocer, proteger y hacer efectivos los derechos de quienes se encuentran en condición de vulnerabilidad”.²³

Con la protección especial se busca, como hasta aquí hemos visto, reconocer y proteger tanto los derechos humanos como las libertades funda-

²² UNICEF, Comité español, *Convención sobre los Derechos del Niño*, párrs. 4, 8, 9 y 10, pp. 9 y 10, disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (fecha de consulta: 3 de enero de 2023).

²³ Pérez Contreras, María de Montserrat, “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 113, 2005, p. 849, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3843/4800> (fecha de consulta: 4 de enero de 2023).

mentales, que podemos materializar mediante el acceso de niñas, niños y adolescentes a satisfactores generales o universales que permiten la supervivencia y el desarrollo, como son los alimentos y líquidos vitales, el techo, un entorno de convivencia en todos los ámbitos de lo social: familiar, escolar, migratorio, laboral, de servicios de salud, etcétera, libres de riesgos que pongan en peligro, limiten o desconozcan la vida, la integridad física y mental, la salud en general, la libertad, así como el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, su seguridad jurídica y social en lo público y en lo privado, el acceso a la educación formal e informal adecuadas según su grupo de edad y necesidades, de igual modo que a una vida en condiciones económicas y morales dignas.²⁴

La protección especial por las condiciones y/o circunstancias de indefensión, inmadurez y dependencia de niñas, niños y adolescentes, especialmente en el caso de los más vulnerables, como lo son los migrantes, se hace necesaria en torno a la idea de consideración primordial, que ahora se traduce y se aplica en lo que conocemos como el principio del interés superior de la niñez en todos los asuntos e intereses que a éstos atañen y en el ejercicio de sus derechos.

De conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, para lograr la protección especial y la efectiva aplicación de la Convención, a la que se arroga la Organización de Estados Americanos en materia de derechos humanos de la niñez, los organismos especializados, como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de los sistemas de derechos humanos universal y regionales competentes, en los términos de sus respectivos mandatos, podrán asistir mediante asesoría especializada y técnica para alcanzar el fin último de la Convención, que es la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes; esto mediante la elaboración de documentos como recomendaciones generales, opiniones consultivas que contienen análisis, definiciones, directrices, sugerencias y conclusiones que se transmiten a los Estados partes interesados o involucrados.²⁵

²⁴ Ochaita Alderete, E. y Espinosa Bayal, M., *Los derechos de la infancia desde la perspectiva de las necesidades*, Educatio Siglo XXI, vol. 30, núm. 2, 2012, pp. 31 y 32, disponible en: https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/31787_Ochaita-Espinosa_E2012_Derechos.pdf (fecha de consulta: 4 de enero de 2023).

²⁵ Castañeda, Mireya, *Los órganos de tratados y las observaciones generales*, pp. 18-20, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4804/4.pdf> (fecha de consulta: 4 de enero de 2023); Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Cooperación Técnica en el Ámbito de los Derechos Humanos: la clave para evitar el sufrimiento, la discriminación y los conflictos, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/countries/technical-cooperation> (fecha de consulta: 4 de enero de 2023); Pérez Álvarez, Fabiola Edith, “Comentario a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, *Revista Mexicana de Derecho Consti-*

Así las cosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano protector regional, conforme a su mandato, y en el ámbito de su competencia en cuanto a garantizar y dar seguimiento a la efectiva aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño, en los términos de su función consultiva emitirá en favor de los Estados consultantes, opiniones en las que se garantice y privilegie la protección especial, tal como lo prevé la misma Convención, presupuesto de la garantía y salvaguardia de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, especialmente en los casos de los más vulnerables.²⁶ Dichas opiniones se elaborarán, por su propia naturaleza, con un enfoque integral, es decir, interpretativo, orientativo y armonizable, este último, respecto a la compatibilidad entre cualquier ley interna de los Estados parte consultantes con dicha Convención.²⁷

De tal modo que al intervenir en una consulta y expedir las opiniones que le fueran solicitadas por los Estados consultantes de la región, primero, dando respuesta con relación a la interpretación y/o compatibilidad de la Convención, en términos de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los de la Convención sobre Derechos del Niño; segundo, vigilando el control de convencionalidad inevitable para la elaboración de la opinión, y tercero, fungiendo como garante del reconocimiento, aplicación, goce y ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en nuestro caso particular, migrantes, cumple con el mandato que en ambos instrumentos se le otorga como órgano protector de derechos humanos de la región.

V. LA FUNCIÓN CONSULTIVA Y LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE

Los derechos humanos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos a la niñez migrante son todos los derechos humanos que se

tucional, núm. 32, México, enero-junio de 2015, disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n32/n32a10.pdf> (fecha de consulta: 4 de enero de 2023).

²⁶ Centro de Ética Judicial, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pp. 6-9, disponible en: https://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/funcio%CC%81n_consultiva_de_la_cidh__1_.pdf (fecha de consulta: 4 de enero de 2023); Méndez Silva, Ricardo, *México la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3661/4462> (fecha de consulta: 4 de enero de 2023).

²⁷ Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, pp. 32 y 33, disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/33439.pdf> (fecha de consulta: 4 de enero de 2023).

encuentran regulados en la materia en el sistema universal, 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, la calidad migratoria o cualquier otra condición. Es decir, todos aquellos derechos contenidos en instrumentos convencionales universales o regionales que reconocen expresamente protección especial y adicional a niñas, niños y adolescentes menores de dieciocho años, incluyendo los migrantes, y en este caso a los no acompañados.

El sistema interamericano de derechos humanos y, por ende, la Corte Interamericana, no cuenta con una convención sobre derechos del niño, ya que ha considerado avenirse a lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸ y las observaciones del Comité de los Derechos del Niño, de conformidad con la protección establecida para la infancia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

La redacción del artículo nos permite afirmar que lo que se busca con él es enfatizar y coadyuvar al cumplimiento, en el ámbito regional, de la obligación que los Estados parte tienen de reconocer, proteger y garantizar los derechos y libertades de la niñez, y en particular, en nuestro caso, de la niñez migrante, con estricto apego y aplicación del principio del interés superior del niño, reforzando el efectivo goce y ejercicio del catálogo de derechos de las personas que por su inicial desarrollo físico y psicoemocional necesitan de protección especial y prioridad.

En este sentido, la Corte buscará con especial fuerza e interés, a través de sus opiniones consultivas, esclarecer, explicar, puntualizar, definir, instruir e informar sobre el contenido y alcance de los derechos humanos de la niñez migrante; vigilar y garantizar el ejercicio, goce y efectividad de los mismos para este grupo, así como establecer el contenido y alcance de las obligaciones de los Estados parte.

En las opiniones consultivas de forma expresa se estudiarán los casos que sean sometidos a la Corte en virtud de responder a las necesidades y resolver problemas de aplicación de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes como sujetos de protección, tanto por su edad como por su condición migratoria, particularmente en el caso de los que se encuentran en situación irregular, buscando prevenir situaciones recurrentes a las que se enfrentan,

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 194, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf (fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022).

como la discriminación, la tortura y otros tratos y penas crueles y degradantes, la detención arbitraria o la privación ilegal de la libertad.

De igual forma, la Corte aborda, mediante sus opiniones consultivas, de carácter interpretativo y analítico, el deber de los Estados parte, de cumplir con la consideración primordial de adoptar medidas y cuidados especiales de protección y asistencia para niñas, niños y adolescentes migrantes que se encuentren dentro de la jurisdicción regional, como lo prevé la Convención sobre los Derechos del Niño y se desprende del mismo artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es fundamental para la eficaz y efectiva aplicación y cumplimiento de los derechos humanos, en materia regional, que por medio de la actividad consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se guíe, se alcance y se garanticen, como base para la protección de la niñez migrante, condiciones mínimas de vida digna, supervivencia, el pleno e integral desarrollo considerando el de la personalidad, la protección de la vida y la integridad personal.

Esta función de la Corte lleva implícita la finalidad de generar, a partir de las interpretaciones, análisis y criterios plasmados en las opiniones consultivas, la debida delimitación y comprensión de los alcances, así como la eficaz aplicación del principio del interés superior del niño, para el efectivo goce, ejercicio y protección de los derechos humanos contenidos en el *corpus iuris* internacional de los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes en la región.

A continuación, se hará una reseña que permita conocer los aspectos más relevantes de las opiniones consultivas que han surgido como jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de niñas, niños y adolescentes migrantes.

1. *Opinión consultiva sobre el derecho a la información y la asistencia consular*

Se refiere a las garantías del debido proceso, y en cumplimiento a los requisitos del mismo establece que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al extranjero que sea detenido sus derechos humanos, civiles y políticos, entre ellos el derecho a ser informado y a recibir la asistencia consular.²⁹

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, octubre de 1999, párrs. 122-141, aparts. 1, 2 y 6, disponible en: <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/OPINION-CONSULTIVA-16.pdf> (fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022).

Señala, la opinión consultiva, que serán obligaciones del Estado de tránsito o recepción: garantizar el debido proceso, asegurar que la condición migratoria no sea la causa de la detención o privación de la libertad; en orden al acceso al derecho a la información deberá proveerse al migrante información sobre su situación jurídica, sobre la investigación que atañe a la detención y/o privación de la libertad, sobre sus derechos, sobre el acceso a las autoridades administrativas o jurisdiccionales competentes para que conozcan del caso, sobre las acciones para la asignación de un abogado y, para solicitar de su Estado de origen/nacional la que sirva para aclarar y solucionar su situación legal, su derecho a dirigir comunicaciones y que se hagan llegar a la oficina consular sin dilación.³⁰

Sobre los casos en que intervengan niñas, niños y adolescentes migrantes, de igual forma se reconocen y protegen todos sus derechos, incluyendo en este caso el relativo a comunicarse con los representantes consulares de su Estado de origen/nacional.

Por otro lado, en el caso de agentes consulares, fija el marco de sus actuaciones dirigidas al reconocimiento de su personalidad para la representación, supervisión y garantía del ejercicio y goce de los derechos humanos de sus nacionales en el extranjero. Así, establece el marco de su participación y funciones, al señalar el derecho que tienen éstos a visitar al nacional que esté detenido o privado de la libertad en el lugar donde se encuentre; a obtener la información sobre el caso, y a organizar y/o supervisar su defensa ante los tribunales competentes.³¹

2. *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*³²

En esta opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se reconoció como sujetos de derechos a niñas, niños y adolescentes, lo que interesa en el caso de este trabajo, ya que arropa, en este sentido, a aquellos que se encuentran en condición migratoria regular o irregular, señalando la importancia de una interpretación vigente, real y que atienda a las necesidades actuales y las circunstancias de éstos en el día a día. Señala la importancia de considerar la vulnerabilidad frente a la incapacidad jurídica de la niñez, afirmando que el que se encuentren sujetos

³⁰ *Ibidem*, párrs. 86, 94 y 96.

³¹ *Ibidem*, párr. 84.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, agosto de 2002, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6080/2.pdf> (fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022).

a la autoridad y custodia de adultos no los limita como titulares de derechos humanos.³³

El contenido de la opinión consultiva establece, en orden a la protección de los derechos de la niñez migrante, las obligaciones que tienen los Estados parte:

- 1) El Estado, para la atención de los niños, debe valerse de instituciones que dispongan de personal capacitado y sensibilizado, instalaciones adecuadas, presupuesto y servicios suficientes y pertinentes.
- 2) El Estado está obligado a garantizar el reconocimiento, protección, goce y ejercicio de los derechos a la vida, a la supervivencia y al desarrollo integral de la infancia, incluyendo a la migrante; en este sentido, el artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fija la responsabilidad que tienen los Estados parte de adoptar todas las medidas necesarias para el acceso de niñas, niños y adolescentes a una vida digna que garantice su supervivencia y su desarrollo integral.
- 3) Reconocer y garantizar todos los derechos, no sólo los civiles, sino igualmente los económicos, sociales y culturales, es decir, los derechos reconocidos en todo el *corpus iuris* de derechos humanos que integra el sistema interamericano en la materia.
- 4) Tienen la obligación convencional de implementar todas las medidas que sean necesarias (jurídicas, legislativas, administrativas, económicas, educativas), dirigidas a proteger, prevenir, sancionar y erradicar la discriminación, la tortura, los tratos y penas denigrantes, así como cualquier clase de violencia en cualquier ámbito de su vida.
- 5) Las autoridades administrativas y judiciales de los Estados parte, en los procedimientos en que estén involucrados niñas, niños y adolescentes, particularmente los migrantes, tienen la obligación de estudiar y aplicar los principios del debido proceso para garantizar el ejercicio y goce de sus derechos humanos.
- 6) Los Estados parte, con relación a garantizar el derecho a una vida libre de violencia para la niñez migrante, en nuestro caso, estará obligado a considerar en su contenido y alcances el principio de no discriminación, la protección especial.
- 7) Los Estados parte, para garantizar el debido proceso y el respeto a los derechos humanos de la niñez migrante, debe regular en su legislación interna la prohibición de la detención de niñas, niños y adoles-

³³ *Ibidem*, párrs. 28 y 41.

- centes en esta condición y regularla exclusivamente como excepción con una duración mínima tendiente a resolver la situación jurídica de éstos de forma expedita en aplicación del principio del interés superior del niño y las medidas de protección especial para estos casos.
- 8) Niñas, niños y adolescentes, en particular los migrantes, detenidos o privados de la libertad, por procedimientos administrativos o judiciales deben ser ubicados en instalaciones distintas de las de los adultos.
 - 9) Como parte fundamental del debido proceso, las autoridades administrativas y judiciales de los Estados parte están obligadas a garantizar el acceso de niñas, niños y adolescentes migrantes a ser informados de sus derechos, a ser escuchados. En el mismo sentido, se afirma que el derecho a ser escuchado no se refiere únicamente a presentarlos ante la autoridad competente para exponer sus opiniones y escucharlas, sino que se refiere también a la obligación de dichas autoridades a evaluarlas en todas las formas posibles en beneficio máximo del menor, atendiendo a la casuística específica de cada situación en aplicación del principio del interés superior del niño.
 - 10) En procedimientos administrativos y judiciales en los que participan niñas, niños y adolescentes, las autoridades deben tener una consideración primordial a la aplicación de las medidas de protección especial.
 - 11) En el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes, las autoridades administrativas y judiciales de los Estados parte, atendiendo al interés superior del niño, están obligadas a buscar a los progenitores, familiares directos o asignarles un tutor/representante.

3. *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*

El contenido de la opinión consultiva muestra el gran interés que hay por proteger y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de los migrantes irregulares en su tránsito, hasta que se alcance la regularización o se resuelva, conforme a la ley, su situación migratoria. Es decir, la opinión consultiva plantea como principio y derecho, raíz protector de los migrantes irregulares y en el mejor beneficio de niñas, niños y adolescentes migrantes irregulares, el de no discriminación y, en el mismo sentido entonces, que estos grupos en situación de vulnerabilidad gozan de todos los derechos humanos, sin que su calidad migratoria afecte, en forma alguna, el reconocimiento, protección, goce y ejercicio de estos por ellos.

Aplica, para los casos de trabajo infantil y la protección contra la explotación laboral y/o económica, en el sentido de que una vez que han entablado una relación laboral los trabajadores migrantes irregulares, en nuestro caso niñas, niños y adolescentes migrantes, son titulares de derechos humanos económicos y sociales, particularmente los laborales. Y en el mismo sentido, hay una obligación correlativa del Estado de garantizar el reconocimiento y protección de dichos derechos sin alegar presupuestos que impliquen prácticas de discriminación con otros trabajadores en dichos Estados.³⁴

Nuevamente resumimos el contenido de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Establece que todo lo señalado en la Opinión consultiva es aplicable a todos y cada uno de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Señala la obligación de los Estados miembros de reconocer, proteger y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales para los migrantes irregulares, lo que automáticamente lleva implícitas, para el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes en esta condición, la protección especial, la consideración primordial, el interés superior del niño, el principio de prioridad y el de no discriminación, en aras de que accedan a una vida de calidad, de paz y desarrollo. Resalta la importancia de los derechos de igualdad en y ante la ley e, igualmente, señala la responsabilidad en que incurren los Estados cuando los desconoce, condena estas prácticas, ya que afectan el ejercicio y goce de los derechos humanos y libertades fundamentales frente de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, especialmente cuando se trata de personas migrantes.³⁵

Fija que es una obligación del Estado, regular en la legislación aplicable, para el reconocimiento y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, recursos administrativos y jurisdiccionales pronto y expedito para todas las personas que se encuentren en su territorio, especialmente en los casos de niñas, niños y adolescentes migrantes irregulares, mediante los cuales puedan hacer justiciables sus derechos fundamentales y exigir la garantía de su goce y ejercicio que mediante criterios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad eliminen la discriminación y la violación de los mismos.³⁶

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18, septiembre de 2003, párr. 100-101, pp. 134-136, disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/53993> (fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022).

³⁵ *Ibidem*, párr. 81, 83 y 85.

³⁶ *Ibidem*, párr. 107, 118 y 119.

Termina afirmando que los Estados parte tienen la obligación convencional de reconocer, proteger, respetar y garantizar el ejercicio y goce de todos los derechos laborales de todos los trabajadores, especialmente en los casos que se involucra a niñas, niños y adolescentes migrantes irregulares, conforme a la Convención sobre Derechos del Niño, evitando cualquier forma de discriminación mediante la toma de acciones y/o medidas para prevenir, sancionar y erradicar cualquier práctica de esta clase, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional.³⁷

Y establece metas por alcanzar, tales como prevenir, sancionar y erradicar el trabajo forzoso, el trabajo infantil; también, tomar las medidas necesarias para la protección de niñas, jóvenes y mujeres trabajadoras, el reconocimiento y goce del salario justo por trabajo realizado, las garantías judiciales y administrativas para la exigibilidad de los derechos laborales y humanos, la garantía de la jornada de trabajo razonable y en condiciones adecuadas, por mencionar algunas de las más importantes para el acceso al derecho humano a una vida digna, a la supervivencia, al desarrollo y a una vida libre de violencia.³⁸

4. *Opinión consultiva sobre derechos y garantías de las niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*³⁹

Esta Opinión consultiva trabaja aspectos como medidas de protección de derechos de manera prioritaria, medidas para prevenir restricciones a la libertad personal, alcances de las obligaciones de los Estados parte; sobre los aspectos relevantes en materia de custodia, garantías al debido proceso y sobre el principio de no devolución, los que resultan de vital importancia cuando se habla de niñas, niños y adolescentes migrantes y las medidas para evitar la trata y la explotación.

Desarrolla en su contenido el concepto de que niñas, niños y adolescentes son sujetos/titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y, que, además, gozan también en forma extensiva de derechos y

³⁷ *Ibidem*, párr. 148-150.

³⁸ *Ibidem*, párr. 157.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos y garantías de las niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, agosto de 2014, disponible en: https://www.acnur.org/publications/pub_prot/5b6ca2644/opinion-consultiva-oc-2114-derechos-y-garantias-de-ninas-y-ninos-en-el.html (fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022).

protección especiales/adicionales indispensables para su protección por su vulnerabilidad y condición migratoria.⁴⁰

Precisa a los Estados parte la obligación de incluir en su legislación interna las normas, medidas, planes y programas que permitan reconocer a niñas, niños y adolescentes migrantes la titularidad de sus derechos y la protección necesaria garantizando el goce y ejercicio de sus derechos humanos sin discriminación. Se subraya la importancia evitar la consideración de la condición migratoria como criterio para desconocer, limitar o excluir la protección de sus derechos humanos, libertades fundamentales.⁴¹

En esta opinión consultiva se trabaja sobre los siguientes aspectos:

- 1) Principios rectores.
- 2) Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes, y en su caso, adoptar medidas de protección especial.
- 3) Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niños y niñas.
- 4) Principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular.
- 5) Características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes y garantías para su aplicación.
- 6) Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niños y niñas migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratorias.
- 7) Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias.
- 8) Principio de no devolución.
- 9) Procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo.
- 10) Derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en el marco de los procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 66, 164, 208 y 222.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 71 y 101.

VI. CONCLUSIONES

La Organización de Estados Americanos no cuenta con un instrumento convencional protector de los derechos de la niñez, pues ha señalado la conveniencia de acogerse a la Convención sobre los Derechos del Niño. Mas esto no obsta en su rico e importante trabajo en aras de garantizar, en el ámbito regional, la aplicación de dicha convención, así como el reconocimiento y protección de los derechos humanos de la niñez, migrante en este trabajo, y desarrolla, desde el ámbito consultivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una importante actividad que crea y robustece el *corpus* de la jurisprudencia regional en la materia.

Cuando se trata de violaciones sistemáticas a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes, resulta fundamental la función consultiva, porque sirve y cumple de manera efectiva con la interpretación y justiciabilidad de derechos humanos adaptándolos a la protección especial que ellos requieren, así como generando criterios para la debida aplicación de la Convención y su cumplimiento.

Encontramos y comentamos, entre las opiniones consultivas de la Corte en el ámbito regional, 4% que son importantes y desarrolladas con particular interés y preocupación respecto a la protección de la niñez migrante y sus derechos humanos. Tanto las opiniones consultivas como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se consideran obligatorias, más en el caso de las primeras lo serán primero, para el Estado consultante y, segundo, para los Estados de la región, derivado de la aplicación del control de la convencionalidad, pero no por sí mismas, sino gracias al control de convencionalidad. De este modo, aunque *de iure* las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son vinculantes, gracias al parámetro de convencionalidad, *de facto* poseen hoy tal condición en el derecho internacional; en todo caso, tanto las opiniones consultivas como las resoluciones formarán la llamada “jurisprudencia de la Corte”.

En este sentido, la Corte, a través de sus opiniones consultivas, buscará esclarecer, explicar, puntualizar, definir, instruir e informar sobre el contenido y alcance de los derechos humanos de la niñez migrante; vigilar y garantizar su efectivo goce y ejercicio, al mismo tiempo que establecer el contenido y alcance de las obligaciones de los Estados parte en la región.

Los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes reconocidos en la Convención sobre Derechos del Niño y la protección debida con fundamento en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos aplica para todos ellos, en el ámbito universal y en el regional, sin exclusión alguna, e independientemente de la condición de migrante, la situación migratoria o la nacionalidad que ostenten.

Los derechos humanos de la niñez se ven afectados en los contextos de la migración emergente que en la última década ha venido presentándose en la región, por lo que ahora más que nunca la función consultiva de la Corte resulta indispensable para la orientación en el debido cumplimiento de los objetivos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la protección de este grupo vulnerable; de esta forma, se suman, para enriquecer el *corpus iuris* internacional de protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se inscriben como jurisprudencia de este órgano consultivo y jurisdiccional al nivel regional.

Es fundamental en este caso el abordaje y la interpretación realizados en las opiniones consultivas, que establecen las directrices para la adopción de todas las medidas necesarias, incluyendo las especiales y complementarias que sean necesarias para identificar, atender y orientar a niñas, niños y adolescentes migrantes, especialmente a los irregulares, por lo que a su condición jurídica se refiere, al igual que para fijar los lineamientos para proteger sus derechos y su acceso a una vida digna y libre de discriminación. Es así como se instruye a los Estados parte respecto al cumplimiento eficaz de la obligación convencional que tienen de proteger, respetar, garantizar y promover el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de este grupo vulnerable dentro de sus territorios y fronteras.

Para resolver las situaciones a que se enfrentan niñas, niños y adolescentes migrantes regulares o irregulares, la Corte, a través de sus opiniones consultivas, establece criterios y refuerza la debida aplicación de principios como el interés superior del niño, el principio de prioridad y el principio de no discriminación, el de supervivencia y el de escuchar su opinión, entre otros aspectos fundamentales, cumpliendo así con su mandato primordial, que es la protección, ejercicio y garantía de los derechos humanos de la niñez, considerando las condiciones de los más vulnerables, como es el caso de la infancia y la adolescencia migrantes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABREU BURELLI, Alirio, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4572/4.pdf>.

- CASTAÑEDA, Mireya, *Los órganos de tratados y las observaciones generales*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4804/4.pdf>.
- CENTRO DE ÉTICA JUDICIAL, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: https://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/funcio%CC%81n_consultiva_de_la_cidh__1_.pdf.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *¿Qué es la Corte IDH?*, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Otros tratados”, objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, septiembre de 1982, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18, septiembre de 2003, disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/53993>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos y garantías de las niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, agosto de 2014, disponible en: https://www.acnur.org/publications/pub_prot/5b6ca2644/opinion-consultiva-oc-2114-derechos-y-garantias-de-ninas-y-ninos-en-el.html.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, octubre de 1999, disponible en: <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/OPINION-CONSULTIVA-16.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Interpretación de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la convención americana sobre derechos humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, julio de 1989, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf>.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/89, enero de 1984, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, agosto de 2002, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6080/2.pdf>.
- MÁXIMO PACHECO, G., *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/5.pdf>.
- MÉNDEZ SILVA, Ricardo, *México la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3661/4462>.
- “Mirada global historias humanas. Migrantes y refugiados”, *Noticias ONU*, junio de 2022, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2022/06/1510432>.
- OCHAITA ALDERETE, E. y ESPINOSA BAYAL, M., “Los derechos de la infancia desde la perspectiva de las necesidades”, *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, núm. 2, 2012, disponible en: https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/31787_Ochaita-Espinosa_E2012_Derechos.pdf.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS, *Cooperación técnica en el ámbito de los derechos humanos: la clave para evitar el sufrimiento, la discriminación y los conflictos*, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/countries/technical-cooperation>.
- “Opinión consultiva”, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/opini%C3%B3n-consultiva>.
- ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección*, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332015000100006.
- OVALLE FAVELA, José, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 45, núm. 134, mayo-agosto de 2012, disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000200005.
- PARRA, William J., “Marco teórico para un análisis integral de los derechos humanos y fundamentales”, *Derecho y Realidad*, vol. 18, núm. 35, enero-junio de

2020, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/346802632_Marco_teorico_para_un_analisis_integral_de_los_derechos_humanos_y_fundamentales.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fabiola Edith, “Comentario a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 32, enero-junio de 2015, disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n32/n32a10.pdf>.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 113, 2005, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3843/4800>.

PORTAL DE DATOS SOBRE MIGRACIÓN. UNA PERSPECTIVA GLOBAL, *Niños y jóvenes migrantes*, 2021, disponible en: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/ninos-migrantes>.

ROA, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/33439.pdf>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Derechos humanos. Resúmenes de resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/informes-periodicos-ante-los-comites-de-naciones-unidas/resumenes-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos>.

UNICEF. COMITÉ ESPAÑOL, *La Convención sobre los Derechos del Niño*, Preámbulo, párrafos 4, 8, 9 y 10, disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

ZELADA, Carlos J., *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: una propuesta de reforma para un problema de antaño*, Lima, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), 2020, disponible en: <https://promsex.org/wp-content/uploads/2020/05/Son-vinculantes-las-opiniones-consultivas-de-la-Corte-IDH.pdf>.