

# NIÑOS MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS:

Corte Interamericana de Derechos Humanos  
y Corte Europea de Derechos Humanos



**Laila Roxina Moliterno Abi Cheble**



Editora Fundação Fênix

Garantizar la protección internacional a niños es una temática actual y desafiante que exige sensibilidad para atender a sus vulnerabilidades y satisfacer necesidades específicas. Así, el rol de los operadores jurídicos se torna clave toda vez que enfrentan casos caracterizados por la internacionalización. En este trabajo se procura verificar: ¿cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) han decidido en los casos que involucran NNyA migrantes no acompañados? ¿Existen diferencias/semelanzas significativas? Esta obra, parte del análisis de conceptos ligados a la globalización, instrumentos específicos de protección y riesgos en procesos migratorios (vulnerabilidades, crimigración) para analizar los casos y opiniones consultivas de la Corte IDH y CEDH. Cómo se estudian los posicionamientos de tribunales internacionales, se hace hincapié en la necesidad de un diálogo fluido que permita demarcar estándares comunes para proteger a este grupo hipervulnerable.

Salvaguardar a las infancias migrantes es un imperativo, pero no hay un camino lineal ni una fórmula secreta. Los diálogos entre los tribunales fortalecen el respeto por sus derechos y brindan seguridad jurídica. La temática exige que los Estados, la academia y la sociedad civil aúnen esfuerzos con un único y loable objetivo: cuidar y acompañar a quienes más lo necesitan.



**Niños migrantes no acompañados: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos**



## **Série Direito**

### **Conselho Editorial**

---

#### **Editor**

Ingo Wolfgang Sarlet

#### **Conselho Científico – PPG Direito PUCRS**

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

#### **Conselho Editorial Nacional**

Adalberto de Souza Pasqualotto -PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero - UFRGS

Denise Pires Fincato - PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS

Eugênio Facchini Neto - PUCRS

Fabio Siebeneichler de Andrade - PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet - PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna - PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho - PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Laura Schertel Mendes

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luis Alberto Reichelt – PUCRS

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,  
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC  
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP  
Patryck de Araújo Ayala – UFMT  
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil  
Phillip Gil França - UNIVEL – PR  
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP  
Thadeu Weber – PUCRS

### **Conselho Editorial Internacional**

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra  
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha  
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa  
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa  
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia  
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru  
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru  
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa  
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha  
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência  
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão  
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca  
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa  
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa  
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha  
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto  
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra  
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontificia Universidad Católica del Peru  
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

**Laila Roxina Moliterno Abi Cheble**

**Niños migrantes no acompañados: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos**



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2023

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet  
Diagramação: Editora Fundação Fênix  
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –  
[http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)

Este livro foi editado com o apoio financeiro do Ministério das Relações Exteriores da República Federal da Alemanha através do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD).



Série Direito – 65

### Catálogo na Fonte

C514n Moliterno Abi Cheble, Laila Roxina  
Niños migrantes no acompanhados [recurso eletrônico] : Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos / Laila Roxina Moliterno Abi Cheble. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2022.  
205 p. : il. (Série Direito ; 65)

Disponível em: <<http://www.fundarfenix.com.br>>  
ISBN 978-65-5460-027-9  
DOI <https://doi.org/10.36592/9786554600279>

1. Direitos humanos. 2. Migração. 3. Globalização. I. Título

CDD: 340

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721



*En memoria de los niños  
Zaher Rezai y Alan Kurdi*

*A mi abuelo Nassif Elias Abi Cheble*

## AGRADECIMENTOS

Este trabajo, sólo fue posible gracias a lo colectivo, a los intercambios y a las redes de apoyo que nos sostienen y acompañan. Es así, que en primer lugar agradezco a mi orientadora, directora de Facultad de Derecho (UFRGS) y del Centro de Estudios Europeos y Alemanes (CDEA) Profa. Dra. Dr. h.c. Claudia Lima Marques -a quien admiro profundamente- por creer en mí, por incentivar a iniciar en este camino como investigadora, su inmensa generosidad, por las enseñanzas y oportunidades desde que fui su alumna de grado en la UFRGS dentro del Programa Escala (AUGM) en 2017.

De la misma forma, expreso mi gratitud al Centro de Estudios Europeos y Alemanes (CDEA), en las personas de su directora y vicedirector Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza, por permitirme acceder a formación de excelencia como una joven investigadora comprometida con la protección de los vulnerables y por las valiosas redes de networking que nos invitan a crecer y a repensarnos. En esa línea, agradezco el financiamiento recibido a la *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)*.

Un agradecimiento especial a la Profa. Dra. Ana Vilma Tijiboy, quien me acogió en Porto Alegre, me adoptó con tanto cariño y es parte de mi familia. Mi gratitud a mi mamá, Rossana Abi Cheble y mi papá, Pablo Moliterno, por acompañarme en este camino, celebrar cada pequeño logro y conmemorar que sea la primera mujer en la familia que concluye estudios universitarios y accede a estudios de posgrado. Agradezco a mis queridos hermanos, Nasif y Pablo, por transitar esta etapa conmigo y su apoyo incondicional desde que existimos. La pandemia nos recuerda una vez más la importancia de nuestra familia, como sostén, como entorno seguro y desde ese lugar mi gratitud infinita a ellos.

Agradezco a los profesores del Programa de posgraduación en Derecho UFRGS en las personas de Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior, Prof. Dr. Marcelo Duque, Profa. Dra. Sandra Regini Martini, Profa. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves, Prof. Dr. Bruno Miragem por las valiosas enseñanzas y los estimulantes debates que guiaron aún durante el período de EAD.

Al grupo de investigación CNPq *Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização* en las personas de la Profa. Dra. Tatiana Cardoso Squeff por las imprescindibles contribuciones para este trabajo materializadas en bibliografía y conversaciones, Profa. Dra. Lucia Souza D'Aquino por el incentivo de ingresar al programa, Marcell Tomé Martins por la camaradería académica y atenta revisión de ABNT, Lorenzo Nicoletti por los ricos debates, Marcela Joelsons y Maria Luiza Targa por sus orientaciones. Una mención especial a mis colegas y amigos de maestría en las personas de Jessica Mota y Guilherme Aresi por las lecturas críticas, debates y el cariño que trascendió la virtualidad.

Agradezco el apoyo brindado por los profesores Esteban Nader, Martin Rivas y Juan Manuel Cardozo, parte del equipo que dirige la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.T. Mención aparte a la Escuela y Liceo Vocacional Sarmiento que me cobijó desde los tiernos cinco años y me permitió crecer con ansias de un mundo más justo e igualitario.

Por último, pero con mi mayor cariño me resta agradecer el apoyo y amor que recibí en este tiempo de mi familia extendida desde Argentina, de mis afectos, amigas y amigos que desde diferentes lugares estuvieron presentes y son parte de este trabajo.

"Não se pode escrever inocentemente sobre a imigração e sobre os imigrantes: não se pode escrever sem se perguntar o que significa escrever sobre esse objeto, ou, o que é o mesmo sem interrogar-se acerca do estatuto social e científico desse mesmo objeto."

Abdelmayek Sayad (1998, p. 21)

## LISTA DE ABREVIACIONES

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDN	Convención de los Derechos del Niño ( <i>Convention on Children's Rights</i> )
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
COMISIÓN IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CORTE IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DDHH	Derechos Humanos
NNyA	niños, niñas y adolescentes
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDESC Culturales	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
§	Párrafo
§§	Párrafos



# SUMÁRIO

## PRÓLOGO

*Claudia Lima Marques* .....17

**1. INTRODUCCIÓN** .....23

**2. GLOBALIZACIÓN Y MIGRACIÓN: DESAFÍOS PARA LA NO CRIMINALIZACIÓN DE NNYA MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS** .....27

**2.1 VÍNCULO ENTRE CIUDADANÍA Y ESTATUS MIGRATORIO** .....38

**2.2 INSTRUMENTOS QUE BRINDAN PROTECCIÓN A NNYA MIGRANTES DE LOS EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN** .....49

**2.3 VULNERABILIDADES DE NNYA MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS** .....68

**2.4 LOS PELIGROS DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA MOVILIDAD HUMANA** .....81

**3. LA (IN)EXISTENCIA DE DIÁLOGO ENTRE LA CORTE IDH Y LA CEDH EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE NNYA MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS** .....97

**3.1 IMPORTANCIA DE LOS DIÁLOGOS ENTRE TRIBUNALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DDHH** .....103

**3.2 RECEPCIÓN DE LA TEMÁTICA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** .....117

**3.2.1 Opinión consultiva OC-21/14** .....123

**3.2.2 Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia** .....132

**3.2.3 Opinión Consultiva OC-18/03** .....138

**3.3 RECEPCIÓN DE LA TEMÁTICA EN LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS** .....142

**3.3.1 Caso de M.S vs. Eslovaquia y Ucrania** .....146

**3.3.2 Caso Rahimi vs. Grecia** .....153

**3.3.3 Caso Sharifi (y Otros) vs. Italia y Grecia** .....160

**3.4 ESTÁNDARES COMUNES Y CUESTIONES NO RESUELTAS** .....164

<b>4. CONSIDERACIONES FINALES .....</b>	<b>175</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>179</b>
<b>APÊNDICE A - Resultado de la búsqueda de en la CEDH.....</b>	<b>197</b>
<b>Tabla de casos juzgados entre 2008-2020.....</b>	<b>197</b>
<b>Tabla de casos encontrados con el término “unaccompanied migrant     children” .....</b>	<b>198</b>
<b>Tabla de casos encontrados con el término “migrant children” .....</b>	<b>199</b>
<b>Tabla de casos encontrados con el término “unaccompanied children NEAR     migrant” .....</b>	<b>201</b>
<b>SOBRE LA AUTORA .....</b>	<b>205</b>



## PRÓLOGO

Es un gran placer presentar, con este prólogo, el trabajo de **Laila Moliterno**, resultado de su disertación de Maestría, bajo mi orientación, presentada al Programa de Posgrado en Derecho de la UFRGS (PPGD UFRGS), vinculado al 'Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA-DAAD) y que recibió la más alta calificación e indicación de publicación, lo que se concreta en este momento.

Conocí a Laila Moliterno en 2017 como profesora de grado durante su período de movilidad académica en UFRGS con la beca del MERCOSUR (Programa ESCALA-AUGM). En esa época, llamó mi atención y se sumó al grupo de investigación que lidero *MERCOSUL, Direito do Consumidor e Globalização* (CNPq-UFRGS), donde inició un proyecto sobre niños expuestos a publicidades de cigarrillos en Argentina y participó también, las investigaciones colectivas. Con esa investigación, Moliterno obtuvo una beca en Argentina (Consejo Interuniversitario Argentino, CIN, 2018) y un premio en la XXVI Jornada de Jóvenes Investigadores (AUGM, 2018).

Un año más tarde, en 2019, como joven líder de la Juventud argentino-libanesa, Moliterno fue seleccionada por el DAAD para participar de la *International South School: Migration in a Global World*, una Escuela de verano organizada por UFRGS, PUCRS con el patrocinio del Centro de Estudios Europeos y Alemanes (CDEA), DAAD y la Universidad de Berkeley CGES-IES. En ese entonces, como graduanda presentó su investigación: *Migration: Characterization of women and children as an hyper vulnerable group*.

En su paso de 2020 a 2022, por el proyecto piloto del PPGD-UFRGS-CDEA-DAAD, contribuyó activamente para la realización de eventos, ciclo de conferencias, cursos e incluso viajes del CDEA. Así, durante sus estudios de maestría obtuvo varios premios para su formación: cursos de lengua alemana, curso de especialización en Derecho Europeo del Consumidor (Universidad de Coimbra),<sup>1</sup> curso *Labour Law, Migration and Globalisation* (Goethe-Universität, Alemania) y especialización en Derechos Humanos, Responsabilidad Social y Ciudadanía Global (PUC-RS), siempre

---

<sup>1</sup> Trabajo final publicado em Portugal: MOLITERNO ABI CHEBLE, L.R. Vulnerabilidades das pessoas migrantes como consumidoras: perspectivas de Portugal, Brasil e Argentina. In: *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: 2022. p.7 – 35.

con gran suceso.<sup>2</sup> También fue seleccionada por Departamento de Derecho OEA para participar en se prestigioso Curso de Derecho Internacional (OEA, 2022)<sup>3</sup> y por el Instituto Interamericano del Niño (INN-OEA), organismo especializado, para una adscripción académica (cooperación CDEA-INN) y auxiliar en elaboración de documentos para la protección de niños migrantes. Recientemente, con el doctorando Guilherme Mucelin publicamos un trabajo en Argentina sobre los impactos de la COVID.<sup>4</sup>

Laila Moliterno fue seleccionada para representarnos junto a profesores y alumnos del PPGD-CDEA-UFRGS-PUCRS en la *Internationale DAAD-Sommerschule 2022 "Regionen, Regionale Identitäten und Regionalismus in Europa und der Welt"* (Wroclaw, Polonia) liderado por el Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza y en el viaje de estudios *Studienreise 2022* (Alemania). Además, recibió mención especial en la II Jornada CDEA: Sobreendeudamiento y Protección del Consumidor (CDEA, DAAD, UFRGS, PUCRS, UNNINOVE, UFGD) y destaque en su investigación (resultado de este trabajo) presentada en el Seminario sobre Derechos Humanos en conmemoración de 50 años del DAAD-Brasil.

Ahora presentamos su primer libro. Muy bien escrito, con una excelente bibliografía y notas a pie de página, el libro aborda una temática de relevancia dentro del Derecho Internacional: la protección internacional de niños migrantes. Dar prioridad a los niños es muy importante,<sup>5</sup> porque aquí hay una dupla vulnerabilidad que necesita de respuestas de las Cortes de Derechos Humanos. Como explica la autora, considerando la especial situación de vulnerabilidad que los caracteriza, el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de

---

<sup>2</sup> Véase SQUEFF, T. C.; GARBINI, V. G.; MOLITERNO, L. R. Os direitos e deveres dos países no tocante à migração em meio à pandemia de COVID-19 In: SQUEFF, T. A. F. R. C.; DAQUINO, L. S.; MUCELIN, G. A. B. (Org.) *O Direito em tempos de crise: impactos da Covid-19 nas relações sociojurídicas*. 1 ed. Curitiba: CRV, 2020, p. 67-84.

<sup>3</sup> MOLITERNO ABI CHEBLE, L.R. Crianças migrantes desacompanhadas nas Américas: COVID -19 e o direito a viver em família. **Século XXI: Revista de Relações Internacionais**. ESP-POA, [S. l.], v. 13, n. 2, 2022. p.57 – 73. Disponível em: <https://seculoxxi.espm.br/xxi/article/view/197>

<sup>4</sup> MARQUES, C. L.; MUCELIN, G.; MOLITERNO ABI CHEBLE, L.R. Efectos de la pandemia del coronavirus para los consumidores. *Revista de Derechos de Daños*. Santa Fé: Ed. Rubinzal Culzoni, 2021. p.9 – 39. ISBN: 9789873016776.

<sup>5</sup> MARQUES, Claudia Lima. Criança e Consumo: Contribuição ao Estudo da Vulnerabilidade das Crianças no Mercado de Consumo Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14/2018, p. 101-129, 2018.

Derechos Humanos es fundamental para su protección. Es así como Laila Moliterno, se ha propuesto realizar un estudio comparativo de los casos y opiniones consultivas que los contemplan y que han llegado a los altos tribunales, máximos interpretes en la región interamericana y europea.

El interesante y solido estudio de Laila Moliterno se divide en dos grandes partes, la primera titulada "Globalización y Migración: Desafíos para la no criminalización de niños migrantes no acompañados";<sup>6</sup> y la segunda, titulada "La (in)existencia de diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de derechos humanos de niñas migrantes no acompañados". Conjuntamente, realiza estudios de casos, que mucho ayudan la lectura.

El hilo conductor de todos los capítulos y subcapítulos es el respeto por los Derechos Humanos, inspirada en Erik Jayme<sup>7</sup>: "los Derechos Humanos son el '*Leitmotiv*' de nuestros tiempos y que por tanto, permea todas las ramas del Derecho sea público o privado, sea en relaciones entre personas físicas, jurídicas o bien con los mismos Estados".

En la primera parte del trabajo, el capítulo 2, Moliterno realiza un estudio sobre la evolución del trato a niños en las migraciones, ahonda sobre el vínculo con la globalización, las vulnerabilidades que los caracterizan y problematiza el desafío que conlleva la no criminalización. Analiza con maestría los conceptos de ciudadanía, Derechos Humanos ("derecho a tener derechos"), instrumentos internacionales y de *soft law* o derecho blando referidos a la infancia y formula las primeras impresiones ligadas a la protección debida. Posteriormente, la autora, retomando algunos estudios nuestros<sup>8</sup>, advierte que la posmodernidad permite identificar nuevos sujetos merecedores de una protección enriquecida y que compete al Derecho diferenciarlos. Al final de la primera parte, la autora profundiza

---

<sup>6</sup> Véase MOLITERNO, L. R. Reflexões geo-jurídicas sob as crianças migrantes In: Rosane Marcia Neumann; Carlise Schneiders; João Vitor Sand; Vanessa Taís Fritzen; Kalinka de Oliveira Schmitz (org.) *Migrações, territorialidades e ambiente*. São Leopoldo: Oikos, 2021, v.1, p. 705-716.

<sup>7</sup> JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, 1999.

<sup>8</sup> Al respecto, MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a Proteção dos vulneráveis*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

en los estudios sobre la crimigración, enfocándose en la no criminalización de niños migrantes.

En la segunda gran parte del trabajo, Moliterno investiga sobre los posibles diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) referidos a la materia. Para ello, parte de conceptualizar este 'diálogo de cortes' y realiza un estudio de los casos juzgados por ambos tribunales y opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH; y cómo estos han contribuido en la protección de los derechos de niños migrantes. Así, la autora resalta la importancia del diálogo entre los tribunales, de forma que conduzca a la efectividad de los derechos de infancia migrante. En ese sentido, el trabajo destaca el carácter complementario de los tribunales internacionales y un único objetivo: la protección de los más débiles.<sup>9</sup>

Es así como la autora advierte que un número mayor de casos referidos a niños migrantes no acompañados ha llegado y sido tratado por la Corte Europea de Derechos Humanos (desde el año 2011) mientras que su par interamericano no se ha expedido directamente sobre casos que involucren ese grupo. Sin embargo, apunta, que en ejercicio de la función consultiva la Corte IDH ha emitido un parecer clave, la Opinión Consultiva OC 21/14, que conforme señala "se pronuncia de forma categórica sobre las obligaciones que competen a los Estados". En la secuencia, tras analizar los casos (y la referencias entre ellos) Moliterno señala como como punto coincidente la utilización del concepto de vulnerabilidad y entre los puntos divergentes estándares específicos ligados a la intervención de autoridades naciones de protección de infancia, cómo debe probarse la condición de "no acompañado", la intervención de fuerzas de seguridad, entre otros.

Laila Moliterno con gran humanismo nos muestra que no hay un camino lineal para la efectivización de los Derechos Humanos de este grupo hiper-vulnerable,<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Vea-se la evolución em derecho interno, MARQUES, Claudia Lima. Schutz der Schwächeren im Privatrecht: Eine Einführung. In: Lena Kunz; Vivianne Ferreira Mese. (Org.). *Rechtssprache und Schwächerenschutz*. Heidelberg: Nomos, 2018, p. 63-82.

<sup>10</sup> Véase MARTINS, M. T.; MOLITERNO ABI CHEBLE, L.R. Resolução 11/2021 do MERCOSUL e a proteção ao consumidor hipervulnerável: considerações sobre o projeto de Código de defesa do consumidor argentino e a lei brasileira nº 14.181/21 In: Claudia Lima Marques; Andréia Fernandes de Almeida Rangel (org). *Superendividamento e Proteção do Consumidor: Estudos da I e II Jornada de Pesquisa CDEA* 1 ed. Porto Alegre: Fundação Fenix, 2022, v.1, p. 327-346. Y MARQUES, C. L.

los niños migrantes no acompañados y reafirma la importancia de los diálogos entre Cortes. Noté-se 'di-a-logos' (uso das várias lógicas) no excluyentes, que se oponen a una única 'lógica' (mono-logos). Ciertamente es que la protección de la infancia trasciende límites geográficos y que la Ciencia Jurídica se fortalece con la creciente internacionalización.

Así, de forma sólida Laila Moliterno trae una importante contribución a la doctrina y a la práctica Latinoamérica en el área del Derecho Internacional. Felicito a la autora, al PPGD UFRGS y al CDEA por este logro, así como a la Editora *Fundação Fenix* por apoyar esta publicación y poner a disposición del público esta obra. A todos, buena lectura.

*Profa. Dr. Dr. h. c. Claudia Lima Marques<sup>11</sup>*

---

Comentários à resolução do Mercosul de proteção ao consumidor hipervulnerável, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 138/2021, p. 421- 431, Nov. Dez. 2021.

<sup>11</sup> Directora y Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul y Profesora Titular de PPGD de UFRGS y UNINOVE. Directora del CDEA. Postdoctorado y Doctorado en Derecho por la Universidad de Heidelberg. Máster en Derecho por la Universidad de Tübingen. Ex Presidente de la ASADIP-Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, Directora de la ILA-Brasil y Presidente del *Committee on International Protection of Consumers, International Law Association*. ORCID: 0000-0001-9548-0390. Correo electrónico: [dirinter@ufrgs.br](mailto:dirinter@ufrgs.br)



# 1

## INTRODUCCIÓN

La presente disertación de maestría se enmarca dentro de la línea de investigación Fundamentos de la Integración Jurídica con énfasis en Derecho Europeo y Alemán dentro del Programa de pos-graduación en Derecho de la *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS) vinculado al *Centro de Estudos Europeus y Alemães* (CDEA).

Las migraciones se producen como procesos multidimensionales, que a pesar de representar oportunidades de una mejor educación, movilidad social y esperanzas en definitiva de una mejor calidad de vida, entrañan riesgos de vulneraciones de derechos humanos dónde la propia vida de quienes migran corre peligro. En esos procesos coexisten múltiples situaciones (individuales, comunitarias, etc.) que agravan la condición de vulnerabilidad que caracteriza a la población migrante y los colocan en un pie de desigualdad que repercute en su integridad física, en su seguridad durante el tránsito, en el acceso a la salud, a la educación y a una vida libre de violencias.

En este contexto, este estudio se propone brindar un acercamiento a un grupo especialmente vulnerable y que ha incrementado significativamente en los últimos treinta años: el movimiento global de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA) migrantes no acompañados. Esto, partiendo del entendimiento de que son sujetos de derechos plenos cuyos actos deben ser entendidos en función de su capacidad progresiva. Dicha afirmación, permite colocar a NNyA como verdaderos agentes y protagonistas en el proceso migratorio, pero también como merecedores de una protección enriquecida.

Este trabajo se inserta en los estudios que se apartan del enfoque que entiende a la migraciones en términos masculinos y adultocentricos, reivindicando la importancia de dar voz a NNyA migrantes no acompañados desde que se verifica la inexistencia de un instrumento de protección específico que los contemple. Se apunta como lejos de ser considerados una "anomalía" en el derecho debe

garantizarse una protección adecuada que subsane su derecho a una vida libre de violencias en un entorno seguro que le permita desarrollarse y crecer.

La presente disertación se divide en dos grandes partes; la primera aborda conceptos ligados a la globalización y migración, incluyendo los desafíos para la no criminalización de NNYA no acompañados donde se reflexiona sobre el vínculo entre la ciudadanía y el estatus migratorio, instrumentos internacionales de protección vinculantes y de *soft law*, vulnerabilidades e hipervulnerabilidad, crimigración. La segunda parte presenta la importancia de los diálogos entre los tribunales, expone los casos y opiniones consultivas referidos a NNYA migrantes no acompañados tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como en la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), donde se incluye una breve revisión sobre la historia, la competencia, para finalmente señalar los estándares comunes en materia de protección de infancia migrante no acompañada y la utilidad del diálogo entre tribunales en esta temática. En este sentido el trabajo aborda: ¿Cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos han decidido en los casos que involucran NNYA migrantes no acompañados? ¿Existe alguna diferencia significativa? De tal forma, como se estudian los posicionamientos de tribunales internacionales que son parte de dos sistemas regionales de protección, se hace hincapié en la necesidad de un diálogo fluido entre ellos que permita demarcar normas comunes y apuntar posibles soluciones para problemas no resueltos que involucran específicamente al grupo hiper vulnerable bajo estudio.

Este estudio adopta como valores guía la dignidad de la persona humana, la capacidad progresiva de NNYA, el interés superior (o mejor interés, *best interests of the child*) y la necesidad de una protección enriquecida. Además, desde una perspectiva de género resalta cómo las niñas y adolescentes se ven afectadas de forma diferenciada en procesos migratorios (ya sea en sus países de origen, tránsito o destino). En esa línea, se señala la importancia de un acercamiento en clave de Derechos Humanos y desde el *capacity approach* que lo complementa en cuanto contempla las oportunidades reales de NNYA. Así mismo, se toma en consideración que el lenguaje es un “[...]sistema de comunicación simbólico”<sup>1</sup>, que refleja la realidad

---

<sup>1</sup> MERCOSUR. Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos. *Manual pedagógico sobre el uso del lenguaje inclusivo y no sexista*. 2018. Disponible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/wp->



al tiempo que visibiliza causas denotando aquello que la sociedad valora. En concordancia, y con la finalidad de no reforzar las desigualdades de género, ni utilizar un lenguaje sexista o discriminatorio se utiliza el término Niños, Niñas y adolescentes que da visibilidad al grupo que se analiza.

En cuanto al abordaje metodológico, el trabajo se encuadra dentro del tipo exploratorio-descriptivo.<sup>2</sup> El enfoque o aproximación es cualitativo ya que se busca aportar un punto de vista “fresco, natural y holístico”<sup>3</sup> del fenómeno migratorio y se basa en una lógica o proceso deductivo (de lo general a lo particular)<sup>4</sup>; en lo que respecta a la técnica de recolección de datos es de tipo documental. Se desarrolla a partir de un levantamiento bibliográfico en bases de datos online disponibilizadas por la Universidad Federal do Rio Grande do Sul que incluye una búsqueda integrada en el Sabi+ así como en las bases específicas de Heinonline, RT online, EBSCO e-books, Springer. Además, se utilizan bases de datos de acceso libre como Google académico, SCIELO. Finalmente, se realiza una búsqueda específica en las páginas web oficiales de los Tribunales bajo estudio para localizar casos y opiniones consultivas que abordan NNYA migrantes no acompañados. Posteriormente, se señalan los principales estándares que deben ser garantizados al grupo bajo estudio.

---

content/uploads/2018/11/IPPDH-MERCOSUR-RAADH-Manual-Lenguaje-no-sexista.pdf. Acceso en: 30 jan. 2022.

<sup>2</sup> YUNI, José; URBANO, Claudio. *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de un proyecto de investigación*. 2. ed. Córdoba: Brujas. 2006. p. 80.; SAMPIERI, Roberto; COLLADO, Carlos; LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. 6. ed. México: McGraw-Hill / Interamericana Editores, 2014.

<sup>3</sup> SAMPIERI, Roberto; COLLADO, Carlos; LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. 6. ed. México: McGraw-Hill / Interamericana Editores, 2014, p. 16.

<sup>4</sup> SAMPIERI, Roberto; COLLADO, Carlos; LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. 6. ed. México: McGraw-Hill/Interamericana Editores, 2014, p. 08-13.



## GLOBALIZACIÓN Y MIGRACIÓN: DESAFÍOS PARA LA NO CRIMINALIZACIÓN DE NNyA MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

En los últimos años el movimiento global de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados (también denominado en la literatura: *Children on the move, unaccompanied minors, menores extranjeros no acompañados (MENA), unaccompanied migrant children*<sup>1</sup>) ha sido protagonista de un flujo migratorio sin precedentes, modificando las discusiones en torno a la migración que hasta ese entonces se entendían y estudiaban en “términos de adultos, masculinos”.<sup>2</sup> Lo anterior, implicaba que tanto mujeres como NNyA permanecieran ligados a la presencia masculina en el proceso migratorio y que NNyA sean posicionados en los debates en un rol pasivo como potenciales víctimas del tráfico de personas o explotación.<sup>3</sup>

Se advierte que “[...] en 2019 había 37,9 millones de migrantes con menos de 20 años de edad, el 14% de los migrantes en el mundo.”<sup>4</sup> Y que dicha cifra ha ascendido sostenidamente desde 1990. Así, puede señalarse que entre 1990 y 2000 el número era de 24 millones y, que diez años después (2010) alcanzó los 27 millones.<sup>5</sup> En este punto, vale la pena resaltar la contradicción que se presenta en el

---

<sup>1</sup> UNITED NATIONS. International Organization for Migration. *Unaccompanied Children on the Move*. Geneva: UN, 2011. Disponible em: <https://publications.iom.int/es/books/unaccompanied-children-move>. Acceso em: 30 jan. 2022.

<sup>2</sup> ABRAMOVICH, Víctor; CERNADAS, Pablo; MORLACHETTI, Alejandro. The Rights Of Children, Youth And Women In The Context Of Migration: Conceptual Basis and Principles for Effective Policies with a Human Rights and Gender Based Approach. *Unicef Social And Economic Policy Working Paper*, New York, 2011. Disponible em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios//25/AnexoIII.pdf>. Acceso em: 10 dez. 2021. p. 06. Es aún señalado que: “Until recently, migration has been discussed mainly in terms of adult, male movement. Women and children have been seen as dependent on male migration”.

<sup>3</sup> ABRAMOVICH, Víctor; CERNADAS, Pablo; MORLACHETTI, Alejandro. The Rights Of Children, Youth And Women In The Context Of Migration: Conceptual Basis and Principles for Effective Policies with a Human Rights and Gender Based Approach. *Unicef Social And Economic Policy Working Paper*, New York, 2011. Disponible em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/25/AnexoIII.pdf>. Acceso em: 10 dez. 2021. p. 06.

<sup>4</sup> NACIONES UNIDAS. Organización Internacional para las Migraciones. *Informe sobre las migraciones en el mundo*. 2020. Disponible em: [https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr\\_2020\\_es.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf). Acceso em: 25 out. 2021, p. 250.

<sup>5</sup> GLOBAL MIGRATION DATA ANALYSIS CENTRE. Niños y jóvenes migrantes. *Portal de datos sobre migración*, 6 de mayo de 2021. Disponible em: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/ninos-migrantes>. Acceso en: 25 out. 2021.

tratamiento que recibe la infancia migrante pues todas las obligaciones de protección a la infancia contraídas internacionalmente coliden con "las actitudes de aquellos estados que adoptan medidas contra los inmigrantes indeseados aún cuando son niños de 6 años de edad."<sup>6</sup>

En cuanto a la relevancia de la temática bajo análisis, el informe *International Migration, Racism, Discrimination and Xenophobia* señalaba ya en 2001 que "una de cada 50 personas es un inmigrante, refugiado o solicitante de asilo viviendo en un estado extranjero"<sup>7</sup>, al mismo tiempo pronosticaba que para el año 2050 el número de migrantes internacionales se aproximaría a 250 millones. Dicho vaticinio no fue acertado pues ya en el año 2020 UNICEF señaló que el número total de migrantes había incrementado a 281 millones de personas de los cuales se estima que 36 millones eran niños.<sup>8</sup>

Siguiendo esa línea, UNICEF indica que 1 de cada 3 refugiados o migrantes que llegan a Europa es un NNyA (más de 290.000 en 2015) y que, desde que comenzó la guerra en Siria hay más mujeres y niños en tránsito por Europa que hombres adultos<sup>9</sup>; resta saber las cifras que el conflicto Rusia-Ucrania dejará. Según la *European Border and Coast Guard Agency* (FRONTEX) la presión migratoria continuó relativamente alta en los bordes externos de la Unión Europea aún durante la

---

<sup>6</sup> "No caso das migrações infantis, permanece a contradição entre as obrigações internacionais de proteção das crianças como um grupo vulnerável que possui direitos internacionalmente reconhecidos por parte dos Estados e as atitudes de proteção desses mesmos Estados em relação a suas fronteiras contra imigrantes indesejados, ainda que esses sejam apenas crianças de 6 anos de idade". MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. Crianças desacompanhadas na América Latina: reflexões iniciais sobre a situação na América Central. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 5, n. 1, p. 77-96, 2017, p. 83. (tradução nossa)

<sup>7</sup> "One in every 50 human beings is a migrant worker, a refugee or asylum seeker, or an immigrant living in a 'foreign' country [...]". UNITED NATIONS. International Labour Office (ILO), International Organization for Migration (IOM), Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR). *International Migration, Racism, Discrimination and Xenophobia*. 2001. Disponível em: [https://publications.iom.int/system/files/pdf/international\\_migration\\_racism.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/international_migration_racism.pdf). Acesso em: 25 out. 2021. (tradução nossa)

<sup>8</sup> UNITED NATIONS. The United Nations Children's Fund. *Child migration*. 2021. Disponível em: <https://data.unicef.org/topic/child-migration-and-displacement/migration/>. Acesso em: 25 out. 2021.

<sup>9</sup> UNITED NATIONS. The United Nations Children's Fund. *Los niños refugiados y migrantes no acompañados necesitan protección urgente*. Disponível em: <https://www.unicef.es/prensa/los-ninos-refugiados-y-migrantes-no-acompanados-necesitan-proteccion-urgente>. Acesso em: 25 out. 2021.

pandemia.<sup>10</sup> En breve, la temática se posiciona como un asunto relevante en agenda pública al tiempo que reclama trabajo conjunto (gubernamental, sociedad civil, academia, etc.) y cooperación internacional en la materia lo que refuerza la importancia del presente estudio.

Conforme explica Dobson, los NNyA ocuparon dentro de los estudios migratorios un lugar "secundario" siendo presentados como fuente de ansiedades para los progenitores, tutores o responsables. De tal forma, eran colocados metafóricamente en términos de equipaje (*luggage*) a ser "cargados" siempre por un adulto, lo que significaba equiparlos a objetos y considerarlos una "extensión" de los adultos responsables. Esto, porque se realizaban los factores económicos-productivos que incentivaban la movilidad humana y NNyA no intervenían en aquellos términos "productivos" pues conforme el derecho internacional el trabajo infantil está prohibido.

A *posteriori*, NNyA fueron incluidos dentro de los estudios de las familias transnacionales (*Transnational families*), denominados *third culture kids*, NNyA que acceden a formación en otros países y se forman como mano de obra calificada. Y ya en los estudios más recientes, NNyA se presentan como agentes/actores, verdaderos protagonistas del proceso migratorio.<sup>11</sup> Por lo tanto, el tratamiento de la temática fue evolucionando y adecuándose al paradigma de protección integral de la infancia plasmado en la propia Convención de los Derechos del Niño. De esta forma, la garantía de los derechos de la infancia migrante se posiciona como un *facing issue* no solo para los países receptores sino para la comunidad internacional.

De forma concordante, Bhabha apunta el lugar de segundo plano que por largo tiempo han ocupado NNyA en las migraciones internacionales generalmente ligados necesariamente a adultos o familias. En ese sentido, la autora registra que aún entre expertos el reconocimiento de la especial situación de los niños en procesos migratorios se presentó como "[...]una idea o reflexión tardía" (*an afterthought*).<sup>12</sup> En

---

<sup>10</sup> EUROPEAN UNION. European Border And Coast Guard Agency. *Strategic Risk Analysis*. 2020. Disponible em: [https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk\\_Analysis\\_2020.pdf](https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis_2020.pdf) Acesso em: 7 jun. 2022.

<sup>11</sup> DOBSON, Madeleine E. Unpacking children in migration research. *Children's Geographies*, v. 7, n. 3, 2009, p. 355-360.

<sup>12</sup> BHABHA, Jacqueline. More Than Their Share of Sorrows: International Migration Law and the Rights of Children. *Saint Louis University Public Law Review*, v. 22, n. 2, 2003, p. 254.

ese sentido, apunta que sean niños migrantes separados de sus padres o no acompañados poseen vulnerabilidades particulares y necesidades específicas de protección. Además, señala que sus casos suelen quedar irresueltos, a diferencia de muchos casos que involucran adultos.<sup>13</sup> Al respecto, la jurista recuerda el compromiso internacional asumido con ese colectivo en la propia Convención de los Derechos del Niño, instrumento legal que será retomado posteriormente.

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), organismo especializado de la Organización de Estados Americanos (OEA) en materia de protección de los Derechos Humanos de la infancia, señala que el derecho a migrar debe ser entendido como aquel "principio voluntario de la persona a encontrar su desarrollo donde las posibilidades de vida le sean más favorables o estables"<sup>14</sup>. Como contrapunto, se advierte que el "derecho a no migrar" debe incluir el no "estar obligado a moverse hacia otro territorio, otra cultura, como un devenir natural signado por la imposibilidad de realizar su proyecto de vida".<sup>15</sup> Si bien no se encuentra en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos un reconocimiento explícito al "derecho de migrar" diferentes instrumentos de derecho internacional<sup>16</sup> reconocen la libertad de circulación y el derecho de residencia.

El fenómeno migratorio se presenta como una fuerza "[...]aceleradora, diversificadora y politizada que ha revolucionado la manera en que se definen los Estados-nación y las identidades de grupo".<sup>17</sup> De acuerdo con Sayad:

*A imigração é, em primeiro lugar, um deslocamento de pessoas no espaço, e antes de mais nada no espaço físico; nisto, encontra-se relacionada,*

---

<sup>13</sup> BHABHA, Jacqueline. More Than Their Share of Sorrows: International Migration Law and the Rights of Children. *Saint Louis University Public Law Review*, v. 22, n. 2, 2003, p. 259-260.

<sup>14</sup> LIWSKI, Norberto. *Migraciones De Niñas, Niños Y Adolescentes Bajo El Enfoque De Derechos*. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, 2008, p. 01.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Convención de los Derechos del Niño (arts. 10 y 11), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 13), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 8), Convención Americana de Derechos Humanos (art. 22), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 12 y 13), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 5), CEDAW (art.15), entre otros.

<sup>17</sup> BORKERT, Maren; MARTÍN PÉREZ, Alberto; SCOTT, Sam & DE TONA, Carla. Introducción: Comprender la investigación sobre migraciones (a través de fronteras nacionales y académicas) en Europa. *Forum: Qualitative Social Research*, v. 7, n. 3, 2006. Disponible em: <https://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/view/132>. Acesso em: 18 jan. 2022.

*prioritariamente, com as ciências que buscam conhecer a população e o espaço [...]. Mas o espaço dos deslocamentos não é apenas um espaço físico, ele é também um espaço qualificado em muitos sentidos, socialmente, economicamente, politicamente, culturalmente.*<sup>18</sup>

De tal forma, el desplazamiento de personas implica no solo movilidad, travesías, trayectos recorridos en el espacio físico, geográfico sino también en espacios “calificados”, complejos ligados al desplazamiento en el espacio cultural, económico, político y social. El reconocido sociólogo, apunta asimismo que “[...]hablar de migración implica hablar de la sociedad como un todo” es decir ligado a sus dos dimensiones: diacrónica (relacionada a la propia historia) pero también sincrónica (vinculada al presente, a lo cotidiano)<sup>19</sup>. En suma, estudiar sobre los procesos migratorios implica revisar el devenir histórico de nuestra sociedad para comprender y contextualizar el presente.

Se entiende, por tanto, que es necesario un enfoque interdisciplinar en el abordaje de la materia, ya que migrar puede entenderse como un fenómeno holístico, integral y complejo. En este punto, es de notar que los propios Estados han reconocido la “importancia de proteger los derechos humanos de los migrantes, especialmente de las mujeres, los niños y otros grupos vulnerables, durante cada etapa del proceso migratorio”.<sup>20</sup>

Para atender al concepto de NNyA debe primeramente revisitarse las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>21</sup>, instrumento internacional con mayor aceptación. Dicha Convención, indica de forma inequívoca quienes pueden ser considerados niños, a saber: todas las personas de hasta 18 años excepto que conforme la legislación aplicable hayan alcanzado la

---

<sup>18</sup> SAYAD, Abdelmalek. *Imigração ou os paradoxos da alteridade*. São Paulo: Edusp, 1998, p. 15.

<sup>19</sup> SAYAD, Abdelmalek. *Imigração ou os paradoxos da alteridade*. São Paulo: Edusp, 1998, p. 16.

<sup>20</sup> NACIONES UNIDAS. *Migración Internacional y Desarrollo* - Informe del Secretario General. 2010. Disponible em:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9736.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2014/9736>. Acesso em: 21 jan. 2022.

<sup>21</sup> Artículo 1: “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” (NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 1990. Disponible em:

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child> Acesso em: 17 jun. 2021.)

mayoría de edad antes. En lo que respecta al término "no acompañado" (*Unaccompanied children, Unaccompanied minors*) conforme apunta el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General Número 6, la denominación incluye a aquellos NNA que se encuentran separados de sus tutores, progenitores u otros parientes y que por lo tanto se encuentran sin el apoyo de la persona que normalmente ejerce las tareas de cuidado por ley o costumbre<sup>22</sup>.

Conforme Saskia "*as migrações transfronteiriças já existiam muito antes da atual fase da globalização*" es así que enfatiza que lo que nos compete es reflexionar sobre cómo las migraciones actuales son influenciadas por la globalización. En ese sentido, apunta que reducir dicho fenómeno a términos económicos o demográficos con los consiguientes factores de repulsión (que incluyen a la pobreza y el desempleo) vs. factores de atracción (representando mejores oportunidades laborales, de vida) implica negar otras variables.<sup>23</sup> En ese orden de ideas, explica que los flujos migratorios están ligados también a factores como la interdependencia económica, lazos coloniales o postcoloniales, el reclutamiento de trabajadores y el propio tráfico organizado de personas.<sup>24</sup>

Las migraciones internacionales en palabras de Lopes Patarra se presentan como parte del "proceso de reestructuración de la producción, lo que implica nuevas modalidades de movilidad del capital y de la población en diferentes partes del mundo".<sup>25</sup> En esa línea, se señala que la propia globalización llevará a que, en materia de política migratoria los estados pasen de un "control migratorio" a una "gestión migratoria" lo que no supone que los Estados abandonen su poder soberano para controlar sus fronteras sino que se deberán tomar en consideración cuestiones más amplias que incluyan factores como el posible retorno de la persona migrante, la reunificación familiar y el proceso de tránsito mismo<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. *Observación General N° 6 - Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. 2005. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.df?reldoc=y&docid=4ffd3eb72>. Acceso en: 21 jan. 2022.

<sup>23</sup> SASKIA, Sassen. *Sociologia da Globalização*. 1. ed. Porto. Alegre: Artmed, 2010, p. 114-115.

<sup>24</sup> SASKIA, Sassen. *Sociologia da Globalização*. 1. ed. Porto. Alegre: Artmed, 2010, p. 137.

<sup>25</sup> PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais. *Dossiê Migração*, v. 20, 2006, p. 07.

<sup>26</sup> PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais. *Dossiê Migração*, v. 20, 2006, p. 15.



Cabe rotular así a la globalización como un fenómeno inacabado (parcial) y que modifica fronteras, parámetros, consumos, informaciones hasta expectativas de una vida mejor. Asimismo, la globalización se presenta como un proceso dinámico que afecta a las migraciones ya que, si bien se habla de un “mundo sin fronteras”, dicha afirmación sólo aplica a capitales y al comercio internacional (mercaderías) que fluyen libremente mientras la movilidad humana es altamente controlada.<sup>27</sup>

En palabras de Martine, “Las fronteras se abren al flujo de capitales y mercancías, pero se cierran cada vez más a los migrantes: esta es la gran incoherencia que define el momento histórico actual en materia de migraciones internacionales”<sup>28</sup>, dichas fronteras se encuentran especialmente vedadas para quienes son considerados migrantes “no deseados”, personas pobres, mano de obra no calificada, personas que huyen de situaciones de violencia o persecución.<sup>29</sup>

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha apuntado ya en 2002, que la globalización comporta oportunidades de integración económica, crecimiento del comercio internacional y riesgos de concentración de riquezas, exigencias impuestas por las nuevas tecnologías.<sup>30</sup> En ese sentido, dicho organismo advirtió sobre el riesgo de exclusión que comporta para los países en vías de desarrollo y aún más, se señaló el “carácter asimétrico e incompleto de la agenda internacional que acompaña a la globalización”<sup>31</sup>. Esto, por encontrarse enfocado en la movilidad de capitales, bienes y servicios lo que da la pauta de una ausencia de gobernabilidad adecuada pues no se contempla a las personas.

---

<sup>27</sup> MARTINE, George. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. *São Paulo em Perspectiva*, v. 19, n. 3, p. 03-22, jul./set. 2005, p. 03-08.

<sup>28</sup> MARTINE, George. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. *São Paulo em perspectiva*, v. 19, n. 3, p. 03-22, jul./set. 2005, p. 08. No original: “As fronteiras abrem-se para o fluxo de capitais e mercadorias, mas estão cada vez mais fechadas aos migrantes: essa é a grande inconsistência que define o atual momento histórico no que se refere às migrações internacionais” (tradução nossa)

<sup>29</sup> CRISP, Jeff. A New Asylum Paradigm? Globalisation, Migration and the Uncertain Future of the International Refugee Regime. *St Antony's International Review*, v. 1, n. 1, 2005, p. 46.

<sup>30</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Globalización y Desarrollo*. 2002. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024_es.pdf). Acesso em: 21 jan. 2022.

<sup>31</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Globalización y Desarrollo*. 2002.

No obstante, es dable señalar que una faceta importante de la globalización es "la gradual generalización de ideas y valores en torno a los derechos [...]" también llamado "globalización de los valores"<sup>32</sup> ligado tanto a los derechos civiles y políticos cuanto a los económicos, sociales y culturales lo que conduce a pensar en el concepto de una "ciudadanía global".<sup>33</sup>

Asimismo, el referido organismo apunta que los flujos migratorios seguirán estimulados en el marco de las profundas interconexiones globales y que "el hecho de que la mayoría de los migrantes se desplace a pesar de la persistencia de las barreras para su ingreso pone de relieve la incompatibilidad existente entre las posturas restrictivas y un mundo que avanza hacia una creciente liberalización de otros flujos"<sup>34</sup>. Lo anterior, implica un reconocimiento de la securitización en la gobernanza de las migraciones que será abordado posteriormente. Retomando los conceptos que plantea Martine, las fronteras se presentan permeables o abiertas para capitales y mercaderías pero cada vez más cerradas/menos permeables para las personas migrantes, lo que define como una gran inconsistencia.<sup>35</sup>

A partir de la década del 90' se ha incrementado el interés público y político nacional e internacional en el llamado "lado oscuro" (*dark underside*) de la globalización y en la relación de ésta con el control estatal migratorio y criminal.<sup>36</sup> La migración irregular o "clandestina" se presenta como contracara del endurecimiento en la gobernanza de las migraciones. Así, el mero hecho de no cumplimentar los requisitos administrativos para que el proceso migratorio sea "regular" se transforma en un impedimento para el acceso a distintos sistemas que incluyen garantizar el derecho a la salud, educación, la seguridad social, entre otros.

---

<sup>32</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Globalización y Desarrollo*. 2002.

<sup>33</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Globalización y Desarrollo*. 2002.

<sup>34</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Globalización y Desarrollo*. 2002.

<sup>35</sup> MARTINE, George. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. *São Paulo em Perspectiva*, v. 19, n. 3, p. 03-22, jul./set. 2005, p. 08.

<sup>36</sup> DAVIDSON, Julia O'Connell. Moving Children: Child Trafficking, Child Migration, and Child Rights. *Critical Social Policy*, v. 31, n. 3, p. 454-477, 2011, p. 455. Al respecto la autora aún señala que: "The 1990s witnessed growing national and international public and policy interest in the 'dark underside' of globalization, and widespread concern about globalization's impact on nation states' ability to control transnational crime and to manage and control immigration".

Cançado Trindade advierte que hablar de un “mundo globalizado”, término muy usado en la actualidad, es un eufemismo es decir una expresión que tiende a amenizar la realidad. Esto, porque conforme denuncia el doctrinario las fronteras permanecen abiertas de forma selectiva (sólo para capitales especulativos, bienes y servicios) pero restringidas para las personas, lo que genera que gran parte de la población permanezca excluida del “progreso material”.<sup>37</sup> Además, el autor problematiza sobre cómo la historia demuestra que el Estado -como organización política- fue concebido para la realización del bien común y en ese entendimiento, señala que los estados existen para las personas y estas deben ser colocadas en el lugar que merecen.<sup>38</sup>

Dentro de ese paradigma, los niños que migran solos (sin compañía de un adulto que ejerza tareas de cuidado) se presentan como una “anomalía” (*anomaly*)<sup>39</sup> para el derecho. La explotación de NNYA en contextos migratorios adquiere especial relevancia toda vez que las consecuencias implican un menoscabo significativo a sus derechos fundamentales; y que los riesgos se incrementan cuando utilizan vías irregulares<sup>40</sup> donde quedan expuestos a múltiples tipos de violencia (física, psicológica, emocional, sexual).

Desde una perspectiva sociológica, se advierte que las personas migrantes pueden ser concebidas como *outsiders* (aún siendo niños) como “invasores” dentro de un territorio que les es ajeno y como consecuencia, sus demandas y necesidades no ser contemplados en las políticas públicas. Siguiendo esta línea, el simple hecho

---

<sup>37</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights. *Rev. Bras. Polít. Int.*, v. 51, n. 1, 2008, p. 138. Al respecto la autora aún señala que: “It has been rightly warned that humankind can only achieve true progress when it moves forward in the sense of human emancipation. It is never to be forgotten that the State was originally conceived for the realization of the common good. No State can consider itself to be above the Law, the norms of which have as ultimate addressees the human beings; in sum, the State exists for the human being, and not vice versa.”

<sup>38</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights. *Rev. Bras. Polít. Int.*, v. 51, n. 1, 2008, p. 139.

<sup>39</sup> DAVIDSON, Julia O'Connell. Moving Children: Child Trafficking, Child Migration, and Child Rights. *Critical Social Policy*, v. 31, n. 3, p. 454-477, 2011, p. 468.

<sup>40</sup> DAVIDSON, Julia O'Connell. Moving Children: Child Trafficking, Child Migration, and Child Rights. *Critical Social Policy*, v. 31, n. 3, p. 454-477, 2011, p. 463. Al respecto la autora aún señala que: “In short, children who migrate, especially if they move through irregular channels, can be exposed to many of the same risks and dangers that anti-'child-trafficking' campaigners identify as the harms of 'trafficking' - violence; sexual abuse; HIV infection; forcible separation from their family; incarceration in appalling conditions. They too can be terrorized, driven by fear, face discrimination, suffer psychologically, experience low self-esteem and suicidal feelings.”

ser un niño migrante se muestra como una contradicción ya que si bien se asocia a la infancia con un grupo socialmente vulnerable (en desarrollo, formación de su personalidad) y digno de protección -sin mayores cuestionamientos- la condición de ser migrante es frecuentemente cuestionada en el discurso público.<sup>41</sup>

Así, resulta interesante ahondar en la capacidad progresiva de NNyA y pensar incluso en el derecho de ese niño a migrar y a gozar de los cuidados y atención que la infancia merece, su derecho a vivir en familia, aún en un Estado diferente al de su nacionalidad. Davidson O'Connell, apunta incluso que debe garantizarse el derecho de NNyA que precisan abandonar o ser separados de sus familias cuando estas sean abusivas y el Estado en el que viven no puede suplir esos cuidados.<sup>42</sup>

Debe señalarse, de acuerdo con Ruseishvili, que la pandemia causada por el SARS-CoV-2 (coronavirus) ha puesto de relevancia que la "ilegalidad" y criminalización de las personas migrantes coloca en riesgo a la sociedad como un todo. Esto, porque como resultado de esos comportamientos se termina por excluir y alejar a la población migrante del acceso a vacunas y control médico, lo que incrementa contagios y muertes en las comunidades.<sup>43</sup> En esa línea, la autora destaca que el virus permite avizorar *padrões de mobilidade e imobilidade* causados por la propia desigualdad sistémica que exhibe en parte el lugar que es asignado a las personas migrantes en la sociedad de clases.

En habidas cuentas, Ifanger y Dal Poggetto, retomando los estudios de sociología del poder destacan que las personas migrantes son colocadas en el imaginario social como "los otros, diferentes" y así, señalan que se refuerza el sentido

---

<sup>41</sup> DAVIDSON, Julia O'Connell. Moving Children: Child Trafficking, Child Migration, and Child Rights. *Critical Social Policy*, v. 31, n. 3, p. 454-477, 2011, p. 462-463. En palabras de la autora: "The social value of children (as a general group) is assumed, taken for granted, unquestioned. The social by contrast, is constantly questioned and almost completely unacknowledged in popular discourse. The 'child migrant' is thus almost a contradiction in terms, and certainly disturbs the victim-agent binary that is so important to the way we make sense of the world, especially to the way we think about injustice, suffering and victimhood."

<sup>42</sup> DAVIDSON, Julia O'Connell. Moving Children: Child Trafficking, Child Migration, and Child Rights. *Critical Social Policy*, v. 31, n. 3, p. 454-477, 2011, p. 469-470. Aún: "But for children who belong to families that are unable to protect and support them until the age of 18, or who se parents are abusive and neglectful, and who live in a society that does not have the means to support a welfare system that can supplement or substitute for poor parents, the right to leave the family and to independent existence may be more important than the right to grow up in a family."

<sup>43</sup> RUSEISHVILI, Svetlana. Quatro Lições da Pandemia Sobre a Mobilidade no Mundo Contemporâneo. In: BAENINGER, R., VEDOVATO, L. R.; NANDY, S. (coord). *Migrações Internacionais e pandemia de Covid-19*. Campinas: Nepo, 2020, p. 165-166.

de pertenencia a la misma comunidad.<sup>44</sup> De cualquier forma, estos autores coinciden en que los migrantes suelen ser apuntados como causantes de la transmisión de enfermedades infundadamente. Al tiempo que destacan cómo se ven compelidos a embarcarse en jornadas sumamente arriesgadas para llegar al país de destino debido a la vigilancia en las fronteras.

Al respecto, Baeninger remarca que el COVID-19 significó un quiebre, una ruptura en los procesos migratorios internacionales que se vieron interrumpidos por las propias medidas adoptadas por los Estados y en la necesidad de pensar en los efectos a corto y largo plazo.<sup>45</sup> En este punto, cabe llamar la atención a la cantidad de personas que han perdido sus vidas durante el proceso migratorio y sobre la falta de estadísticas que reflejen cuántos de ellos son NNyA.

Según datos del Proyecto Migrantes Desaparecidos (*Missing Migrants*) desarrollado por la OIM, 4.255 personas perdieron la vida en el año 2020, 5.793 en el año 2021 y 536 personas hasta febrero del 2022. Dichas muertes conforme las informaciones colectadas se deben a causas como: ahogos, accidentes de vehículos, condiciones ambientales difíciles, falta de alojamiento, alimentos y agua adecuados, violencias, falta de acceso a una atención sanitaria adecuada, entre otros.<sup>46</sup> De hecho, esos datos dan cuenta de que a pesar de las restricciones impuestas en virtud del COVID-19 un número significativo de personas arriesgan su vida para migrar, entre ellos NNyA.

En este punto, resulta procedente destacar la importancia de contar con estadísticas veraces y actualizadas que releven la cantidad de NNyA que atraviesan esos procesos para la defensa de la infancia (*data-based child advocacy*). A partir del uso de esos datos y estadísticas sobre el bienestar infantil puede visibilizarse la situación de quienes migran solos -e incluso pierden su vida- e incentivar un debate comprometido con la defensa de los derechos humanos. En efecto, se busca un

---

<sup>44</sup> IFANGER, Fernanda; DAL POGGETTO, João Paulo Ghiraldelli. Processos migratórios em tempos de pandemia: acentuação da punição e do controle social. In: BAENINGER, R., VEDOVATO, L. R.; NANDY, S. (coord). *Migrações Internacionais e pandemia de Covid-19*. Campinas: Nepo, 2020, p. 167-169.

<sup>45</sup> BAENINGER, Rosana. Migrações internacionais e a pandemia de covid-19: mudanças na era da migração? In: BAENINGER, R., VEDOVATO, L. R.; NANDY, S. (coord). *Migrações Internacionais e pandemia de Covid-19*. Campinas: Nepo, 2020, p. 211-220

<sup>46</sup> UNITED NATIONS. International Organization for Migration. Missing Migrants Project. *Deaths during migration recorded since 2014, by region of incident*. 2022. Disponível em: <https://missingmigrants.iom.int/data>. Acesso em: 20 jun. 2022.

compromiso con la causa a pesar de la falta de poder político de los NNyA porque en otras palabras este grupo “[...] tiene mucho atractivo político pero muy poca influencia política [...]”.<sup>47</sup>

De tal forma, se procura no solo un compromiso de los estados y organizaciones internacionales (entre las cuales las agencias de ONU figuran como las principales productoras de reportes) sino también de la academia para debatir y sensibilizar sobre las vulneraciones de derechos que sufren los NNyA migrantes.<sup>48</sup>

En los subtítulos venideros se analizarán conceptos ligados al compromiso internacional con los NNyA migrantes no acompañados y la necesidad de efectivización de sus derechos (y consiguiente no criminalización de la movilidad) lo que incluye garantizar sus derechos independientemente de su nacionalidad y su condición de migrante regular (o no).

## 2.1 VÍNCULO ENTRE CIUDADANÍA Y ESTATUS MIGRATORIO

De acuerdo con las enseñanzas de Jayme (1999), el *Leitmotiv* de la posmodernidad - que se extiende por todos los ámbitos del derecho - son los derechos humanos<sup>49</sup>, también llamados "patrimonio sagrado del lenguaje" y presentados como hilo conductor de todas las reivindicaciones.<sup>50</sup> Siguiendo a Lorenzetti, los Derechos Humanos resultan de la propia condición de ser humano<sup>51</sup>, de la mera existencia. De hecho, la expresión derechos humanos de acuerdo con Sarlet tiene una vocación universal y se presenta vinculada al derecho internacional: “[...] con independencia de su vinculación a un orden constitucional determinado, y que, por tanto, aspiran a una validez universal, para todos los pueblos y tiempos”.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> “Children have a lot of political appeal but very little political clout [...].” O’HARE, William. *Data-Based Child Advocacy - Using Statistical Indicators to Improve the Lives of Children*. Baltimore: Springer, 2014, p. 2. (tradução nossa)

<sup>48</sup> O’HARE, William. *Data-Based Child Advocacy - Using Statistical Indicators to Improve the Lives of Children*. Baltimore: Springer, 2014, p. 01-25.

<sup>49</sup> JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, p. 24-40, 1999.

<sup>50</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro. Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, n. 28, 2011, p. 8.

<sup>51</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Haciendo realidad los derechos humanos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 39, 2001.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 35-36.

Al respecto, Nussberger indica que “el catálogo de Derechos Humanos no es limitado sino abierto. Nuevos derechos se suman constantemente [...]”<sup>53</sup>. Así, la ex jueza de la CEDH señala que los DDHH se presentan como instrumentos para limitar las acciones estatales, como “un manual de instrucciones abstracto y complicado para el buen gobierno [...]”<sup>54</sup>. En ese sentido, advierte el peligro significa los Derechos Humanos permanezcan del “lado de fuera” pero que no sean aplicados ni garantizados en los Estados.

Por su parte, retomando a Sayad la presencia de inmigrantes “[...]es una presencia extranjera o percibida como tal” y que crea en las comunidades una ilusión que implica la no-permanencia en el territorio, lo provisorio y una aparente neutralidad política.<sup>55</sup> Esto, entraña una contradicción para el entramado social que los recibe pues se cuestiona si ser una persona migrante es una condición provisorio que se extiende en el tiempo o de forma contraria, un estado permanente que se vive intensamente.<sup>56</sup>

En esa línea, vale la pena resaltar que en los Estados, en general, los ciudadanos difícilmente llegan a conocer a todos los miembros del mismo o a saber siquiera de la existencia de sus compatriotas. Sin embargo, aquellos comparten una única convicción “[...]están convencidos de que pertenecen a una única comunidad nacional”.<sup>57</sup> De Cillia, Reisigl y Wodak, afirman que “La construcción de la identidad nacional se basa en el énfasis en una historia común, y la historia siempre tiene que ver con el recuerdo y la memoria.”<sup>58</sup>

Así, se construye la pertenencia a una Nación sobre una base de elementos comunes que los identifican, a saber: símbolos, rituales, elementos culturales y jurídicos. Así pues, “Las personas no sólo son ciudadanos por ley, sino que también

---

<sup>53</sup> NUßBERGER, Angelika. *Os direitos humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. p.59

<sup>54</sup> NUßBERGER, Angelika. *Os direitos humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. p.111

<sup>55</sup> “[...] é uma presença estrangeira ou percebida como tal.” SAYAD, Abdelmalek. *Imigração ou os paradoxos da alteridade*. São Paulo: Edusp, 1998, p. 18-19.

<sup>56</sup> SAYAD, Abdelmalek. *Imigração ou os paradoxos da alteridade*. São Paulo: Edusp, 1998, p. 45.

<sup>57</sup> DE CILLIA, Rudolf, REISIGL, Martin, WODAK, Ruth. The discursive construction of national identities. *Discourse & Society*, v. 10, n. 2, 1999, p. 154.

<sup>58</sup> “The construction of national identity builds on the emphasis on a common history, and history has always to do with remembrance and memory.” DE CILLIA, Rudolf, REISIGL, Martin, WODAK, Ruth. The discursive construction of national identities. *Discourse & Society*, v. 10, n. 2, 1999, p. 154. (tradução nossa)

participan en la construcción de la idea de la nación tal y en cómo se representa en su cultura nacional."<sup>59</sup>. Ser miembro de una comunidad dada es en última instancia participar de una "narrativa institucionalizada" que les permitirá a los ciudadanos insertarse en determinado medio social.

En esa línea, ser parte, miembro de una comunidad determinará los discursos y visiones sobre quienes pertenecen a la misma.<sup>60</sup> De esa forma, los discursos juegan un papel clave en la construcción, transformación o mantenimiento del *status quo* de las identidades nacionales.<sup>61</sup>

Ahora bien, dentro de los Derechos Humanos reconocidos a todas las personas, el derecho a la igualdad y su contracara, derecho a la no discriminación, ocupan un lugar central para esta temática. Esto, porque se reconoce que "nacemos libres e iguales en dignidad y derechos" (Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1 y 2) y que los derechos deben ser garantizados sobre una base no discriminatoria (raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición). Sucede pues, que la afirmación anterior implica que si bien los Estados pueden establecer diferencias, las mismas no pueden ser arbitrarias ni desproporcionadas.<sup>62</sup> En este sentido, como señala Courtis, la prohibición de la discriminación es la "norma común"<sup>63</sup> en la mayoría de los tratados de Derechos Humanos en los diferentes sistemas de protección regionales (América, África, Oriente Medio) y universal.

Al respecto de lo anteriormente mencionado, Passos, Santos y Espinoza cuestionan la eficacia del sistema de protección universal de los DDHH. Apuntan que al considerar iguales a todas las personas presupone "un proyecto político de dominación global" ya que no visibiliza o directamente ignora las opresiones vividas por algunos colectivos (personas migrantes, personas en situación de pobreza

---

<sup>59</sup> "People are not only citizens by law, they also participate in forming the idea of the nation as it is represented in their national culture." DE CILLIA, Rudolf, REISIGL, Martin, WODAK, Ruth. The discursive construction of national identities. *Discourse & Society*, v. 10, n. 2, 1999, p. 155.

<sup>60</sup> DE CILLIA, Rudolf, REISIGL, Martin, WODAK, Ruth. The discursive construction of national identities. *Discourse & Society*, v. 10, n. 2, 1999, p. 155-156.

<sup>61</sup> DE CILLIA, Rudolf, REISIGL, Martin, WODAK, Ruth. The discursive construction of national identities. *Discourse & Society*, v. 10, n. 2, 1999, p. 157.

<sup>62</sup> MERCOSUR. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos. *Derechos Humanos de personas migrantes* - Manual Regional. Brasil: IPPDH, 2017, p. 39.

<sup>63</sup> COURTIS, Christian. Dimensiones Conceptuales de la Protección Legal Contra la Discriminación. *Revista Derecho del Estado*, v. 24, 2010, p. 106-107.



extrema, mujeres, personas negras). De esa forma, enfatizan en la importancia de visibilizar categorías como raza y género para construir sentidos a través de herramientas decoloniales que recepten otras "existencias" desde el Sur global.<sup>64</sup>

Cabe señalar que el alcance de la prohibición mencionada varía en función del instrumento internacional, a título ejemplificativo: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en el artículo 24) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en el artículo 26) contemplan cláusulas generales que extienden la prohibición de la discriminación a cualquier otro tema (no sólo a los derechos reconocidos); el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en el artículo 14) restringe la prohibición de la discriminación a los derechos establecidos en el propio instrumento. Así, en el primero de estos instrumentos -uno de los más importantes y aceptados en la historia universal- el derecho a la no discriminación se presenta como una especie de "derecho a tener derechos" ya que consagra una protección para que todas las personas no sean discriminadas, es decir, garantiza que sus libertades y derechos no sean limitados, restringidos o menoscabados ilegítimamente.<sup>65</sup>

Además existen otros instrumentos específicos (que se mencionarán en el apartado de instrumentos internacionales) que garantizan la no discriminación a grupos que han sufrido históricamente "discriminación estructural o sistémica"<sup>66</sup>. Dichos grupos, se encuentran en una situación de vulnerabilidad en la que múltiples obstáculos impidieron e impiden el ejercicio y cumplimiento de sus derechos. En suma, se puede indicar que el fundamento y la necesidad de los instrumentos específicos de protección se encuentra en la propia experiencia como colectivo y sus vivencias.

Nótese hasta aquí que discriminar conforme doctrinan Lima Marques y Miragem, no conlleva necesariamente un sentido negativo, pues en ciertos casos la

---

<sup>64</sup> PASSOS, Rute; SANTOS, Letícia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalternidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, 2020, p. 144-151.

<sup>65</sup> ZEPEDA, Jesús Rodríguez. Un marco teórico para la discriminación. *Colección Estudios*, n. 2, 2006, p.25.

<sup>66</sup> COURTIS, Christian. Dimensiones Conceptuales de la Protección Legal Contra la Discriminación. *Revista Derecho del Estado*, v. 24, 2010, p. 108.

distinción diferenciadora pretende proteger a los más débiles y vulnerables.<sup>67</sup> En otras palabras, discriminar permite identificar a quienes deben recibir un trato distinto en base a un "determinado criterio, categorías o requisitos específicos" y no se puede negar que el Estado, tiene la facultad de hacer distinciones dentro de ciertos límites que garanticen a todas las personas un trato digno y las mismas oportunidades.<sup>68</sup>

Esto, aceptando que los tratamientos diferenciados deben ser siempre analizados en el contexto dado porque es "[...]imposible resolver en abstracto todas las paradojas que la idea de igualdad genera".<sup>69</sup> Siendo así, el derecho refleja y recepta las problemáticas que hacen al concepto de igualdad y por tanto las relaciones que existen en un momento histórico dado entre diferentes grupos.<sup>70</sup> Es allí donde cabe situar al debate y análisis de los derechos de las personas migrantes -específicamente NNyA que migran solos- consideradas como no ciudadanos o no nacionales.

Se plantea entonces el problema de que los movimientos migratorios que tienen como actores a NNyA son complejos y cambiantes, al tiempo que el factor etario se coloca como un punto crucial.<sup>71</sup> Estos actores, no se encuentran acompañados por sus tutores ni cuentan con el apoyo que significa una familia mientras enfrentan el desafío de llegar a salvo a su destino e integrarse en un nuevo país.

En relación con este tema, tal como fue apuntado en la declaración *A World fit for children* continúa siendo un desafío crear un mundo para NNyA en donde su interés superior sea garantizado sobre una base no discriminatoria, inclusiva, respetuosa de la diversidad y el desarrollo sostenible. Y, simultáneamente reconocer el apoyo que brindan las familias, progenitores o tutores durante la vida y el

---

<sup>67</sup> LIMA MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a Proteção dos vulneráveis*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 114.

<sup>68</sup> SABA, Roberto. Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?. *Siglo XXI ed. Colección derecho y política*, 2016. p. 95.

<sup>69</sup> CLERICO, Laura; RONCONI, Liliana, ALDAO, Martin. Towards a Reconstruction of Equality Case-Law Trends in Latin America and the Caribbean: On Non-Discrimination, anti-Subordination, Redistribution and Recognition. *Direito GV Law Review*, v. 9, n. 1, 2013, p. 117.

<sup>70</sup> SABA, Roberto. Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?. *Siglo XXI ed. Colección derecho y política*, 2016.

<sup>71</sup> IILIOVICI, Jean. Children in Migration. *International Social Work*, v. 10, n. 3, 1967, p. 26-28.

desarrollo de NNyA es necesario para apuntar las dificultades que atraviesan aquellos que no gozan de apoyo, cuidados y un entorno seguro.<sup>72</sup>

En este sentido se comprende que el enfoque de Derechos Humanos es esencial en el presente estudio pues garantiza los derechos fundamentales al tiempo que resalta las vulneraciones. Ahora bien, un acercamiento desde el *Capacity approach* brinda una visión diferenciada al enfatizar en el bienestar infantil en términos de capacidad porque considera las complejidades que caracterizan la vida (lo que incluye oportunidades y acciones). Cabe considerar, por otra parte, que en las sociedades democráticas promover una política crítica de cuidados entre sus ciudadanos compete a los Estados.<sup>73</sup>

Como se ha expresado en el párrafo anterior, el *Capacity approach* evidencia la brecha (*gap*) entre los derechos formales de NNyA (*children's formal liberties*) y sus derechos y libertades reales (*real freedom -capability*) al tiempo que cuestiona todas las formas de paternalismo -aún benévolas- y enfatiza en la autonomía personal.<sup>74</sup> De esta manera, este enfoque prioriza que "las personas deben recibir oportunidades reales, lo que va más allá de los recursos y los derechos formales además deben tener autonomía para decidir cómo utilizar dichas oportunidades y no estar limitadas al cumplimiento de normas específicas o directivas oficiales".<sup>75</sup>

De cualquier manera, NNyA no poseen las mismas libertades que las personas adultas y por tanto, es ineludible retomar el concepto de capacidad progresiva o *evolving capabilities* que explica como con el paso del tiempo dichos sujetos logran desarrollar un mayor grado de autonomía. En resumidas cuentas, el concepto de

<sup>72</sup> UNITED NATIONS. United Nations Children's Fund. *A world fit for children*. Geneva: United Nations, 2002. Disponível em: <http://www.unicef.org/specialsession/documentation/documents/A-S27-19-Rev1E-annex.pdf>. Acesso em: 07 maio 2022.

<sup>73</sup> BIGGERI, Mario, KARKARA, Ravi. Transforming Children's Rights into Real Freedom: A Dialogue Between Children's Rights and the Capability Approach from a Life Cycle Perspective. In: STOECKLIN, Daniel; BONVIN, Jean-Michel (eds.). *Children's Rights and the Capability Approach: Challenges and Prospects* (Children's Well-Being: Indicators and Research, 8). Dordrecht: Springer, 2014, p. 37-38.

<sup>74</sup> STOECKLIN, Daniel; BONVIN, Jean-Michel (eds.). *Children's Rights and the Capability Approach: Challenges and Prospects* (Children's Well-Being: Indicators and Research, 8). Dordrecht: Springer, 2014, p. 01-13.

<sup>75</sup> "Hence, the CA insists on both of these dimensions: people should be provided with real opportunities, which extends beyond resources and formal rights; they should be left autonomous in deciding about the way they want to use these opportunities and not be constrained toward compliance with specific norms or official directives." STOECKLIN, Daniel; BONVIN, Jean-Michel (eds.). *Children's Rights and the Capability Approach: Challenges and Prospects* (Children's Well-Being: Indicators and Research, 8). Dordrecht: Springer, 2014, p. 03. (tradução nossa)

capacidad progresiva no significa que NNYA deban ser vistos como "pequeños adultos" ni como personas "en proceso de...convertirse en adultos" sino que se reivindica a este grupo bajo estudio como sujetos de derecho dotados de características propias que hacen a la niñez y adolescencia y que deben ser salvaguardadas.

Bhabha, en su libro *Child Migration & Human Rights in a Global Age*, señala:

*La ciudadanía no es sólo un hecho social. Es el correlato jurídico de la pertenencia territorial. Implica el reconocimiento oficial de una relación especialmente cercana entre la persona y el país, caracterizada comúnmente como un conjunto de derechos y deberes recíprocos, un conjunto de derechos debidos al ciudadano por el país, y de deberes debidos al país por el ciudadano.*<sup>76</sup>

Así, la ciudadanía se presenta como un elemento clave para determinar la "pertenencia" -en términos de participación política- a determinada comunidad pues el papel que ocupan los ciudadanos define e influencia en las políticas públicas. En ese entendimiento, retomando las enseñanzas de Bhabha, algunos grupos son excluidos o marginados y por lo tanto sus intereses son ignorados o invisibilizados.

Es en ese horizonte donde cabe situar a NNYA migrantes no acompañados, en un lugar de "ambivalencia", pues en lo que respecta su tratamiento se atiende o reconoce su "vulnerabilidad" (*age based*) al tiempo que se los presenta como la otredad (*otherness*).

En función de lo planteado, los censos se presentan como una herramienta, condición necesaria pero no suficiente para la elaboración de estadísticas que proporcionen información sobre población vulnerable que incluye a los no-ciudadanos, personas *stateless*, las estructuras familiares, situación socioeducativa, NNYA migrantes y solicitantes de asilo.<sup>77</sup> Inclusive, la propia ONU ha recomendado

---

<sup>76</sup> "Citizenship is not only a social fact. It is the legal correlate of territorial belonging. It signifies official recognition of a particularly close relationship between person and country, typically characterized as a bundle of reciprocal rights and duties, a set of entitlements owed to the citizen by the country, and of duties owed to the country by the citizen." BHABHA, Jacqueline. *Child Migration and Human Rights in a Global Age*. Princeton: Princeton University, 2014, p. 64. (tradução nossa)

<sup>77</sup> HOVY, Bela. Human Rights and Citizenship: The Need for Better Data and What to do about it. In: BHABHA, Jacqueline. *Children Without a State: A Global Human Rights Challenge*. Massachusetts: MIT Press: 2011, p. 100-101.

que los censos se elaboren incluyendo a todas las personas (residentes) no solo aquellas a quienes se les reconoce la ciudadanía (y sus derechos políticos).<sup>78</sup>

Importa, y por muchas razones, repensar y considerar el ejercicio de una nueva "ciudadanía metropolitana", a nivel global. Conforme señala Brenner, así como las ciudades tradicionales se están disolviendo y el proceso de urbanización se generaliza, cabe la posibilidad de que una nueva forma de ciudadanía colectiva modifique el mundo.<sup>79</sup> En esa perspectiva, cabe situar NNYA migrantes que se insertan en nuevas dinámicas urbanas.

En este punto, resulta interesante destacar que conforme Punch, migrar está asociado con un *rite of passage*, una especie de ritual que conduce a NNYA a convertirse en personas independientes, contribuir con sus familias y en definitiva, participar activamente en la construcción de su futuro.<sup>80</sup> Al mismo tiempo, Gates apunta que ni siquiera la Convención de los Derechos del Niño brinda una protección específica NNYA que migran solos ya que no se contempla particularmente las infancias traumáticas que pueden vivir alejados de una familia que les brinde cariño y contención así como la falta de acceso a un entorno escolar seguro y espacios de aprendizaje a través del juego.<sup>81</sup>

Gates resalta que si bien el interés superior del niño es un principio reconocido internacionalmente exige obligaciones positivas para cada Estado. Pues, estos deberán determinar en concreto cuales son las medidas (administrativas, legislativas, de apoyo, de contención) que se adoptarán para salvaguardar los derechos de NNYA.<sup>82</sup> En ese sentido, destaca que en el caso de niños no

---

<sup>78</sup> NACIONES UNIDAS. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. *Manual de revisión de datos de los censos de población y vivienda - Revisión 1*. Nueva York: Naciones, 2011. Disponible em: [https://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesF/seriesf\\_82rev1s.pdf](https://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesF/seriesf_82rev1s.pdf). Acceso em: 07 maio 2022.

<sup>79</sup> BRENNER, N. Introduction: urban theory without an outside. In: BRENNER, N. (Ed.). *Implosions/explosions - Towards a study of planetary urbanization*. Berlin: Jovis, 2013, p. 26.

<sup>80</sup> PUNCH, Samantha. Migration Projects: Children on the Move for Work and Education. *Workshop on Independent Child Migrants: Policy Debates and Dilemmas*. London: 2007. Disponible em: [http://www.sussex.ac.uk/Units/SCMR/drc/news/reports/icm/Punch\\_migration\\_paper.pdf](http://www.sussex.ac.uk/Units/SCMR/drc/news/reports/icm/Punch_migration_paper.pdf). Acceso em: 07 maio 2022.

<sup>81</sup> GATES, Crystal J. Working Toward a Global Discourse on Children's Rights: The Problem of Unaccompanied Children and the International Response to Their Plight. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 7, 1999. Disponible em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol7/iss1/12>. Acceso em: 07 maio 2022.

<sup>82</sup> GATES, Crystal J. Working Toward a Global Discourse on Children's Rights: The Problem of Unaccompanied Children and the International Response to Their Plight. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 7, 1999.

acompañados (migrantes, huérfanos, secuestrados, solicitantes de asilo, refugiados) no se logra identificar a una persona responsable que pueda velar por sus intereses y representarlos, por lo tanto se acentúan los esfuerzos debidos por los Estados.<sup>83</sup>

Si bien este trabajo no se enfoca en las causas que motivan la migración de NNyA no acompañados, reconoce que aquellas pueden ser voluntarias o involuntarias. Por una parte, se entiende que las causas involuntarias o migraciones forzadas son motivadas por situaciones que ponen en peligro la vida, libertad o seguridad de la persona, por temores fundados de persecución o bien exponen a las personas a situaciones de violencia generalizada, catástrofe ambiental y que en tales casos, que se aplica el sistema de Protección Internacional de los Refugiados<sup>84</sup> para atender a las solicitudes de asilo o refugio, con el consiguiente principio de *non refoulement* como corolario.

Por otra parte, las causas voluntarias incluyen múltiples factores que van desde la búsqueda de mejores oportunidades, mejores condiciones de vida hasta ritos de pasaje, como fue mencionado anteriormente. Al respecto, Abramovich, Cernadas y Morlachetti, señalan que las principales causas de migración “tanto norte-sur, cuánto sur-norte” están relacionadas con privaciones, restricciones o la no efectivización de derechos humanos en los países de origen, además de factores como la pobreza, inequidad, discriminaciones en razón del género.<sup>85</sup>

En ese contexto, Bordoni señala que el Estado atraviesa una crisis de identidad resultado de la falta de confianza en las instituciones y también una crisis política. El autor expresa así: “La crisis política actual (definida como antipolítica) es una crisis

---

<sup>83</sup> GATES, Crystal J. Working Toward a Global Discourse on Children's Rights: The Problem of Unaccompanied Children and the International Response to Their Plight. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 7, 1999.

<sup>84</sup> Véase: Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 (disponible en: <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>), Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 (disponible en: <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>), Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 (disponible en: <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>).

<sup>85</sup> ABRAMOVICH, Victor; CERNADAS, Pablo; MORLACHETTI, Alejandro. The Rights Of Children, Youth And Women In The Context Of Migration: Conceptual Basis and Principles for Effective Policies with a Human Rights and Gender Based Approach. *Unicef Social And Economic Policy Working Paper*, New York, 2011. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/25/AnexoIII.pdf>. Acceso em: 10 dez. 2021. p. 4. Los autores señalan aún que: “The main causes of migration, both South-South and South-North, are intrinsically linked to human rights deprivations in origin countries, such as poverty, inequalities, gender-based discrimination and lack of opportunities”.

del Estado moderno"<sup>86</sup>, resultado de la crisis en la modernidad, donde se pone en jaque la "alianza entre el Estado y la industria privada". Así, se apunta que los Estados no pueden olvidar su fin último: garantizar el bien común, promover el bienestar de los ciudadanos (remito a las ideas de Cançado Trindade desarrolladas en el apartado anterior).<sup>87</sup>

En esa perspectiva Bordonni denuncia la crisis de lo que se entiende por progreso ligado a la ética del trabajo, idea que guarda correspondencia con la modernidad, que "significa que toda acción humana tiene como objetivo la superación, y que la propia historia es poseedora de un impulso en esta dirección".<sup>88</sup> Así, en la modernidad se busca identificar a los sujetos con la actividad laboral que desenvuelven, colocando valor económico y moral en el trabajo visto como un medio a través del cual se realizan como personas.<sup>89</sup>

Bordonni señala además, que la modernidad promueve el consumismo de bienes y servicios como un "paraíso efímero" al aceptar reglas de juego que enfatizaban en la cantidad de trabajo dando primacía a la importancia de un mayor salario. Eso, que fue dejado de lado para dar lugar a una nueva idea de progreso asociada a la calidad de vida.<sup>90</sup>

Por su parte, Bauman explica que el término crisis está asociado primeramente a incertezas y en segundo lugar a las elecciones lo que nos lleva a la elección- acción.<sup>91</sup> El autor apunta que el progreso como algo lineal y preestablecido es un mito, sobre cuya base se concebía al futuro en términos de esperanza de una

---

<sup>86</sup> "A crise política em curso (definida como antipolítica) é uma crise do Estado moderno." BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 138-139. (tradução nossa)

<sup>87</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 138-139.

<sup>88</sup> "[...] significa que toda ação humana visa a um aperfeiçoamento, e que a própria história é portadora de um impulso nessa direção." BORDONI, Carlo. *Democracia em Crise*. In: BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 141. (tradução nossa)

<sup>89</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 143.

<sup>90</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 144-145.

<sup>91</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p.16.

vida mejor. Y prosigue, afirmando que posteriormente sobrevino un período de incertezas donde se concibe al progreso en términos de amenaza, de lo inesperado.<sup>92</sup>

Se apunta que la desconfianza afecta a la sociedad y a sus instituciones democráticas al tiempo que se desdibujan las distancias. En esa línea, se destaca que:

*Los problemas más agudos y amenazantes que acechan a los contemporáneos son, en general, producidos globalmente por fuerzas extraterritoriales, situadas en el "espacio de los flujos", que está muy lejos del alcance de los instrumentos políticos de control, esencialmente locales y territorialmente fijos [...]."*<sup>93</sup>

De tal forma, se apunta a las interdependencias que trascienden fronteras o meros límites geográficos. En sentido concordante, se presenta a los procesos migratorios como "[...]correlato inseparable de la "diasporización" del planeta, es un fenómeno provocado por la producción constante de personas redundantes en tierras remotas [...]."<sup>94</sup>

En esa perspectiva, Bauman explica que se visibilizó la fragilidad del mercado de trabajo sobre todo en lo relacionado a la idea de empleo como una posición de estabilidad y seguridad. Es ahí que apunta cómo las generaciones más jóvenes entienden que "En un mundo peligroso, no tenemos más remedio que jugar, ya sea por elección o por necesidad."<sup>95</sup>

Es allí donde cabe situar a los niños que migran solos, entendiendo que la denominada crisis del Estado lleva a procurar calidad de vida por sobre una "ficticia estabilidad" ligada a lo laboral. De tal forma, reducir las causas de las migraciones a

---

<sup>92</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 146-148.

<sup>93</sup> "Os problemas mais agudos e ameaçadores que assombram contemporâneos são, em geral, globalmente produzidos por forças extraterritoriais, localizadas no "espaço de fluxos", que fica muito além do alcance dos instrumentos políticos de controle, essencialmente locais e fixos do ponto de vista territorial [...]." BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 149. (tradução nossa)

<sup>94</sup> "A imigração, por exemplo, um correlato inseparável da "diasporização" do planeta, é um fenômeno causado pela produção constante de pessoas redundantes em terras remotas[...]." BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. (tradução nossa)

<sup>95</sup> "Num mundo perigoso, não temos escolha senão jogar, seja por opção ou por necessidade." BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 164. (tradução nossa)



un aspecto económico se torna *demodé* y al mismo tiempo niega, las subjetividades actuantes.

Al respecto, retomando el informe "Globalización y Desarrollo", la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) señala que "el derecho a migrar es una opción para aquellos que disponen de un mínimo de capital humano y no están en condiciones de materializar sus aspiraciones de movilidad social en sus países de origen, cuyas restricciones para el ejercicio de derechos económicos y sociales terminan minando el derecho a permanecer."<sup>96</sup> Así vinculan la movilidad humana no sólo a motivaciones económicas sino también sociales y simbólicas.

Recapitulando, el movimiento global de NNyA migrantes responde a diversos deseos como la búsqueda de mejores oportunidades, el anhelo de una mejor calidad de vida, educación, trabajo, seguridad, supervivencia pero también a privaciones, inequidades y pobreza. Se plantea así, la necesidad de un instrumento internacional específico que proteja aquellas infancias/adolescencias, subsane las ausencias (de cuidados, de apoyo) y contemple sus historias y planes de vida que se verán afectadas por los más diversos traumas psicológicos, físicos, emocionales (esta idea será retomada en el apartado referido a instrumentos de protección internacional).

## 2.2 INSTRUMENTOS QUE BRINDAN PROTECCIÓN A NNyA MIGRANTES DE LOS EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN

Ante la inexistencia de normativa específica que brinde protección a NNyA migrantes no acompañados en este apartado se revisarán documentos que protegen a ese colectivo, también denominado *Children on the move*, y salvaguardan sus derechos en el sistema universal de protección aún de forma general por lo que se presentan como particularmente relevantes.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Globalización y Desarrollo*. 2002. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024_es.pdf). Acceso em: 21 jan. 2022.

<sup>97</sup> MCLEIGH, Jill D. Protecting Children in the Context of International Migration. *Rev. Child Abuse*, v. 7, 2013, p. 1056-1068.

En ese entendimiento se examinarán la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989), los protocolos adicionales elaborados por el Comité de los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) ya que contienen referencias a los términos "hijos" o "niños" puntualmente.

Además, se analizarán documentos elaborados por la ONU que incluyen a NNyA y arrojan luz sobre la problemática, a saber: Declaración New York, Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, Principios y Directrices sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas migrantes en situación de vulnerabilidad.

De todos los instrumentos referidos, se desprende un piso mínimo de derechos que debe ser garantizado en todo el proceso de movilidad humana con independencia de la regularidad de la migración y que refuerzan la necesidad de tratar a los niños migrantes no acompañados como tales.

Cabe remitirnos en este punto a los debates suscitados por Passos, Santos y Espinoza a fin de "[...]repensar la propuesta universal de derechos humanos" que coloca a las personas en un pie de igualdad, por veces abstracto. Esto, pues mientras se enfatiza en la dignidad humana no se toma en consideración las opresiones que sufren grupos vulnerables entre los que cabe situar a los NNyA migrantes no acompañados, ni sus oportunidades reales.<sup>98</sup>.

En sentido concordante los referidos autores señalan:

*[...] el sistema universal y paternalista de protección de los derechos humanos es paradójico y, principalmente por ello, torna a los sujetos invisibles por tanto,*

---

<sup>98</sup> PASSOS, Rute; SANTOS, Letícia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalternidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 142-172, 2020, p. 146-148.

*víctimas de repetidas violaciones de derechos, derechos que no están positivizados y que no están protegidos por el orden universal".<sup>99</sup>*

Así, a través de herramientas como la interseccionalidad, podremos señalar aquellas vulnerabilidades de los grupos desaventajados, en particular el grupo que motiva este estudio.

Ya Arendt, señala que los propios Estados-Naciones han vivenciado varios "choques"; en primer lugar, con la llegada de personas apátridas solicitantes de asilo y en segundo lugar, con la llegada de refugiados. Eso, conforme apunta la autora significó para el mundo europeo problematizar las posibles soluciones ofrecidas (nacionalización vs. repatriación) que ponen en jaque el universalismo de los derechos Humanos.<sup>100</sup>

Así, la teórica alemana apunta que "la paradoja implicada en la Declaración de los Derechos Humanos inalienables consistió en que se refería a un ser humano «abstracto» que parecía no existir en parte alguna, porque incluso los salvajes vivían dentro de algún tipo de orden social".<sup>101</sup> De tal forma, lo que resulta alarmante es la necesidad de un vínculo con un Estado soberano (para pertenecer a una comunidad dada) y que, justamente, los derechos sean garantizados.<sup>102</sup> También se señala como ante la inexistencia de una comunidad que protegiera a los individuos sobrevinieron calamidades que cuestionaron la propia humanidad.<sup>103</sup>

La reconocida fórmula "derecho a tener derechos", conforme Arendt, que pudo ser identificada "cuando emergieron millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva situación política

---

<sup>99</sup> "[...] o sistema universal e paternalista de proteção dos direitos humanos é paradoxal e, principalmente em razão disso, torna sujeitos invisíveis e, assim, vítimas de reiteradas violações de direitos, direitos esses não positivados e que não são protegidos pela ordem universal." PASSOS, Rute; SANTOS, Letícia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalternidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 142-172, 2020, p. 150. (tradução nossa)

<sup>100</sup> ARENDT, Hannah. *Los Orígenes del totalitarismo*. España: Grupo Santillana de Ediciones, 1998, p. 234-235.

<sup>101</sup> ARENDT, Hannah. *Los Orígenes del totalitarismo*. España: Grupo Santillana de Ediciones, 1998, p. 243.

<sup>102</sup> ARENDT, Hannah. *Los Orígenes del totalitarismo*. España: Grupo Santillana de Ediciones, 1998, p. 246.

<sup>103</sup> ARENDT, Hannah. *Los Orígenes del totalitarismo*. España: Grupo Santillana de Ediciones, 1998, p. 248.

global".<sup>104</sup> En esa línea, cabe tener en mente que "ningún tirano podrá arrebatarse" lo que damos a llamar Derechos Humanos pues implica "la pérdida de la relevancia de la palabra" y de las propias relaciones humanas<sup>105</sup>, en breve de nuestra propia humanidad.

Con el propósito de delimitar la protección debida a NNyA migrantes, se revisa primeramente la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), instrumento internacional que cuenta con el mayor número de ratificaciones (196) a excepción de Estados Unidos, que a pesar de haber firmado dicha convención, no ratificó su compromiso –esperado hace 30 años.<sup>106</sup> Dicho instrumento detenta un papel fundamental en la garantía de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes bajo la jurisdicción de los Estados que asumieron ese compromiso internacional, lo que incluye a la infancia migrante.

Se observa que, conforme apunta Cillero Bruñol, la mentada convención supera "visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes" es así que presenta como un consenso, un acuerdo, una piedra angular en materia de protección de los derechos de la infancia. Según enseña el autor, el instrumento es "una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia".<sup>107</sup>

Retomando la expresión de Beloff, la CDN es "el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado" por tanto no se admite el

---

<sup>104</sup> ARENDT, Hannah. *Los Orígenes del totalitarismo*. España: Grupo Santillana de Ediciones, 1998, p. 247.

<sup>105</sup> ARENDT, Hannah. *Los Orígenes del totalitarismo*. España: Grupo Santillana de Ediciones, 1998, p. 247. Al respecto la autora aún señala que: "Su pérdida significa la pérdida de la relevancia de la palabra (y el hombre, desde Aristóteles, ha sido definido como un ser que domina el poder de la palabra y del pensamiento) y la pérdida de toda relación humana (y el hombre, también desde la época de Aristóteles, ha sido considerado como el «animal político», el que por definición vive en una comunidad), la pérdida, en otras palabras, de algunas de las más esenciales características de la vida humana".

<sup>106</sup> NACIONES UNIDAS. *Con Somalia, 196 países han ratificado ya la Convención sobre los Derechos del Niño*. Noticias, 2015. Disponible em: <https://news.un.org/es/story/2015/10/1341401>. Acceso em: 07 maio 2021.

<sup>107</sup> CILLERO BRUÑOL, M. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n. 9, 2007, p. 26-127.

desconocimiento de los derechos allí enumerados.<sup>108</sup> En esta perspectiva, la CDN significó un cambio de paradigma a partir del cual se habla y se estudia una doctrina de la protección integral de NNyA.

Esa doctrina, es entendida como una protección ampliada de derechos, en otras palabras "una noción abierta en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares" para la infancia. Y encuentra su contrapunto, en la antigua doctrina de "situación irregular" que consideraba a NNyA como objetos de tutela o de protección y no como actores, sujetos plenos de derecho.<sup>109</sup>

En esa línea, es importante resaltar que los países signatarios de la CDN se comprometen a respetar los derechos humanos de todos los NNyA bajo su jurisdicción no siendo procedente por lo tanto el incumplimiento arbitrario basado en la condición de "no-nacional" o amparado en la condición migratoria.<sup>110</sup>

El instrumento bajo análisis, consta de 54 artículos y consagra derechos que incluyen: la no discriminación (Art. 2), el interés superior (Art. 3), autonomía progresiva (Art. 5), supervivencia y desarrollo (Art. 6); estos cuatro principios rectores. Además, se protege la efectividad de sus derechos (Art. 4), el derecho a la identidad (Art. 8), derecho a que su opinión sea tenida en cuenta (Art. 12), protección contra los abusos y malos tratos (Art. 19).

De forma concordante, se reconoce el deber de protección para NNyA sin familia teniendo en cuenta su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, adopción (Art. 21), especial protección a NNyA refugiados (Art. 22), especial protección a NNyA con capacidades diferentes (Art. 23); puntos claves para el presente estudio.

Además, se da el reconocimiento al nivel más alto de salud posible (Art. 24), derecho a la seguridad social (Art. 26), derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo (Art. 27), derecho a la educación (Art. 28), respeto por su etnia, religión, lengua que hacen a su identidad y cultura (Art. 30), derecho al descanso y al

---

<sup>108</sup> BELOFF, Mary. Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos del niño vs. derechos de los niños en situación irregular. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n. 1, 1999, p. 09.

<sup>109</sup> BELOFF, Mary. Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos del niño vs. derechos de los niños en situación irregular. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n. 1, 1999, p. 10-13-17.

<sup>110</sup> NACIONES UNIDAS. *La Convención sobre los Derechos del Niño cumple 30 años*. Noticias, 2019. Disponible em: <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462802>. Acesso em: 25 set. 2021.

esparcimiento que incluye juego (Art. 31); derechos que invitan a repensar la situaciones de los niños que migran solos.

Finalmente, se otorga protección contra el trabajo infantil (Art. 32), protección contra estupefacientes (Art. 33), protección contra la explotación y abusos sexuales (Art. 34) y otras formas de explotación (Art. 36), protección para impedir secuestro, venta o trata (Art. 35), protección contra tratos crueles, inhumanos o degradantes, privación ilegítima o arbitraria de su libertad, derecho a asistencia jurídica (Art. 37), protección especial de sus derechos en conflictos armados (Art. 38), protección a víctimas de abandonos, explotación y abusos (Art. 39).

El Comité de los Derechos del Niño (conforme el Art. 43 y ss. de CDN) es un órgano formado por 18 expertos que supervisa la aplicación y progresos de la CDN así como los informes presentados por los Estados y emite observaciones generales para arrojar luz sobre la interpretación de las disposiciones del instrumento.<sup>111</sup> Es así, que en la Observación General Número 6, se apuntó sobre qué debe entenderse por niños no acompañados: aquellos separados de sus progenitores y otros parientes al tiempo que ningún adulto, que por ley o costumbre fuera su responsable ejerce tareas de cuidados.<sup>112</sup>

Cabe destacar que NNyA pueden quedar en esa situación (sin compañía adulta) en cualquier momento del proceso migratorio desde que atraviesan una frontera internacional o sea desde que salen de su país de origen (aquel de su nacionalidad).<sup>113</sup> Ese documento, recuerda el carácter absoluto de las obligaciones contraídas y en virtud del carácter de *lex specialis* de CDN no se admite que las obligaciones sean anuladas unilateralmente.

Se espera por tanto que los tres poderes del Estado, participen activamente mediante el dictado de leyes, apoyo administrativo, investigación, realización de

---

<sup>111</sup> NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Comité de los Derechos del Niño - Vigilancia del ejercicio de los derechos del niño*. Disponible em: <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/#:~:text=Vigilancia%20del%20ejercicio%20de%20los,Ni%C3%B1o%20por%20sus%20Estados%20Partes>. Acceso em: 20 jan. 2022.

<sup>112</sup> NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. *Observación General N° 6 - Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. 2005. Disponible em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/endocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ffd3eb72>. Acceso em: 21 jan. 2022.

<sup>113</sup> NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. *Observación General N° 6 - Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. 2005.

estadísticas en pro de los DDHH de los NNyA.<sup>114</sup> Asimismo, se apunta que el principio de no discriminación “no excluye -e incluso puede exigir- la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género”<sup>115</sup>, retomando la idea de “diferenciar para proteger” planteada por Lima Marques y Miragem (y desarrollada en el punto 2.3 “vulnerabilidades de NNyA migrantes no acompañados”).

En esa línea, el Comité de los Derechos de Niño señala que para determinar el interés superior de los NNyA no acompañados resulta clave atender a criterios tales como su “identidad, nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos”.<sup>116</sup> A la par, se apunta la necesidad de asignarle a la brevedad un tutor o representante legal que pueda petitionar por el niño en caso de que precise solicitar refugio. Además, se ha resaltado que el grupo bajo estudio está expuesto a múltiples riesgos que pueden afectar su normal desarrollo, salud, supervivencia, acceso a oportunidades (por falta de educación en especial a las niñas migrantes) y que la trata de personas dirigida a la explotación sexual, violencias, el reclutamiento para actividades armadas, la participación en actividades delictivas, entre otras situaciones que pueden desencadenar hasta la muerte.<sup>117</sup>

En este punto, y retomando brevemente las enseñanzas de Freire, la educación crítica se presenta como una herramienta liberadora y esperanzadora para aquellos niños que migran solos como contraposición a una educación entendida como donación, a aquellos “saberes bancarizados”. Siguiendo al autor, puede afirmarse que: garantizar el derecho a la educación, implica alejarse de aquella visión que nos conduce a una narrativa, donde una parte relata y otra escucha. Los educandos no permanecen en lugares pasivos sino que implica un proceso de aprendizaje que “[...] el conocimiento sólo existe en la invención, en la reinención, en la búsqueda

---

<sup>114</sup> NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. *Observación General N° 6* - Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. 2005.

<sup>115</sup> NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. *Observación General N° 6* - Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. 2005.

<sup>116</sup> NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. *Observación General N° 6* - Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. 2005.

<sup>117</sup> NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. *Observación General N° 6* - Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. 2005.

inquieta, impaciente y permanente que las personas realizan en el mundo, con el mundo y con los demás. Una búsqueda esperanzadora también.”<sup>118</sup>

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>119</sup> (1990) si bien pone el foco en el elemento laboral, es decir personas migrantes como trabajadoras, en su articulado posee algunas disposiciones que contemplan a NNyA en calidad de “hijos(as)”. Dicho término, aparece mencionado en diez oportunidades a lo largo del documento mientras la palabra niño solo es empleada para referirse a la CDN- dentro de la categoría “familiares” (artículo 4) que migran por lo tanto con sus familias.

En efecto, dentro de dicho instrumento merecen especial destaque con referencia a NNyA: el derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a poseer una nacionalidad (art. 29); el derecho de acceso a la educación en condiciones de igualdad con los niños nacionales (art.30). También se recalca que la condición migratoria (i)regular de los progenitores no puede impedir el efectivo goce del derecho a la educación; se reconoce la importancia del aprendizaje del idioma local para incluir a NNyA (Art. 45) y la importancia de la familia para NNyA así como la necesidad de asegurar su protección pues constituyen un “grupo básico natural y fundamental de la sociedad” (Art. 44).

Si bien este instrumento coloca a los NNyA en la situación de dependencia de su padre/madre, quienes se posicionan como sus “cuidadores”, resulta procedente destacarlo porque considera específicamente a NNyA que se ven implicados en procesos migratorios -aún cuando sean acompañados-. Además, como se expuso *ut supra* recién en 1990 comenzó a visibilizarse la temática de NNyA migrantes y comenzaron los estudios que “desempacan” a los niños en estudios migratorios (*unpacking children* referidos anteriormente).

En concordancia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966) por su parte menciona los términos “hijos”/ “niños”, en tres oportunidades. En

---

<sup>118</sup> “[...]só existe saber na invenção, na reinvenção, na busca inquieta, impaciente, permanente, que os homens fazem no mundo, com o mundo e com os outros. Busca esperançosa também.” FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1985, p. 66. (tradução nossa)

<sup>119</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 45/158* - Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. 2021. Disponible em: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>. Acceso em: 9 out. 2021.



primer lugar, para reconocer a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad y consagrar el compromiso de protección y asistencia que debe ser prestado por los Estados especialmente cuando involucre el cuidado y la educación de los hijos” (Art. 10). En ese mismo artículo se reconoce la necesidad de adopción de medidas de protección para NNYA sin que se admita ningún tipo de discriminación “por razón de filiación o cualquier otra condición” (aquí podemos incluir su condición de migrante y con independencia de la (i)regularidad o cumplimiento de requisitos administrativos).<sup>120</sup>

En segundo lugar, dentro del PIDCP, se los menciona al reconocer “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” punto en el que se especifica el compromiso con los NNYA (Art. 12). Por último, en tercer lugar, se alude a ellos al consagrar el derecho a la educación y la libertad de los progenitores a escoger escuelas que estén alineadas con sus convicciones religiosas o morales en cuanto satisfagan las exigencias previstas por el estado (Art. 13).

Por su parte la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), también refiere a los términos “niños”/“hijos”. Ya en su preámbulo, reconoce que mujeres y niñas son afectadas de forma generalizada por violencias, situación que menoscaba su salud en sentido amplio (bio-psico-social conforme la OMS) y el propio ejercicio de sus derechos en un plano de igualdad con los hombres.

Seguidamente se alude a la importancia de la maternidad en la educación de los hijos; se reconoce la necesidad de que los Estados adopten medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer especialmente “mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los

---

<sup>120</sup> Artículo 10 inciso 3: “3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.” NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Geneva: Naciones Unidas, 1966. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf). Acceso em: 07 jan. 2022.

niños”<sup>121</sup> (Art. 11). Además, se resalta la importancia de la adopción de medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (Art. 16).

En ese sentido, se indica que “No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio [...]” (Art. 5). Así, se consagra el compromiso estatal de garantizar que la educación familiar que incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres y que los Estados “otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad” y con respecto a la nacionalidad de sus hijos (Art. 9).

Ahora bien, iniciando el análisis de documentos elaborados en el marco de Naciones Unidas, la Declaración de Nueva York para Refugiados y Migrantes (2016) significó por parte de los jefes de estado, de gobierno y altos representantes el reconocimiento de que el fenómeno migratorio ha aumentado significativamente.<sup>122</sup>

Aquella declaración, demostró la voluntad política de asumir un mayor compromiso con la temática y enfatizar en la necesidad de cooperación internacional en la materia pues se indica que “ningún Estado puede por sí solo gestionar esos desplazamientos”.<sup>123</sup> Siendo así, el documento reconoce “la responsabilidad de gestionar los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes de manera humana, respetuosa, compasiva y centrada en las personas”.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> NACIONES UNIDAS.ONU. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. 1981 Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>.

Acesso em: 10 dez. 2021. Aún: “Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto [...]”

<sup>122</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1 - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. 2016. Disponible em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10793.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

<sup>123</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1 - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. 2016. p. 02.

<sup>124</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1 - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. 2016. p. 03.

De tal forma, la Declaración de Nueva York marcó un punto de inflexión, un hito pues significó una apuesta a la solidaridad en la gestión de las migraciones. Simultáneamente trajo al debate cuestiones comunes a las personas refugiadas y migrantes en situación de vulnerabilidad, entre los cuales situamos a NNYA no acompañados. En ese horizonte, los Estados se comprometen a garantizar a NNYA una acogida, una recepción digna y eficaz que tenga como foco a la persona humana con perspectiva de género. Esto, al tiempo que se reconocen las necesidades especiales de los migrantes en situación de vulnerabilidad en especial de "los niños, especialmente los menores no acompañados".<sup>125</sup>

El tal documento, si bien se reconoce la soberanía de los estados sobre el control de sus fronteras y la importancia de que se promuevan acciones de cooperación internacional en materia de gestión de fronteras, se añade la importancia del levantamiento de datos específicos sobre los migrantes.<sup>126</sup> Asimismo, se apunta la importancia de atender a las necesidades inmediatas de aquellas personas que padecieron violencias durante el tránsito y la especial vulnerabilidad de mujeres y niños potenciales víctimas de discriminaciones, abusos (físicos, psicológicos), violencias, trata de personas.<sup>127</sup>

En suma, los Estados se comprometen a garantizar los Derechos Humanos de los niños con independencia de su estatus migratorio<sup>128</sup>, lo que incluye su derecho

---

<sup>125</sup> "[...]una acogida rápida, respetuosa, humana y digna, que se centre en las personas y tenga en cuenta las cuestiones de género. Garantizaremos también el pleno respeto y la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales."23. "Reconocemos y atenderemos, de conformidad con las obligaciones que nos incumben en virtud del derecho internacional, las necesidades especiales de todas las personas que se encuentran en situación vulnerable y que participan en los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, como las mujeres en situación de riesgo, los niños, especialmente los menores no acompañados o separados de sus familias, los miembros de minorías étnicas y religiosas, las víctimas de la violencia, las personas de edad, las personas con discapacidad, las personas que son objeto de discriminación por cualquier motivo, los pueblos indígenas, las víctimas de la trata de personas, y las víctimas de la explotación y los abusos cometidos en el contexto del tráfico ilícito de migrantes." NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1 - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. 2016. p. 06.

<sup>126</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1 - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. 2016. p. 09.

<sup>127</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1 - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. 2016. p. 07. Aún: "Reconocemos que las mujeres y los niños son especialmente vulnerables durante el viaje del país de origen al país de llegada y adoptaremos medidas para encarar esas vulnerabilidades. Las mujeres y los niños pueden verse expuestos a la discriminación y la explotación, así como al abuso sexual y los malos tratos físicos y psicológicos, la violencia, la trata de personas y las formas contemporáneas de esclavitud."

<sup>128</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1 - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. 2016. p. 13.

a la educación, salud, bienestar priorizando el interés superior del niño.<sup>129</sup> En ese sentido, declaran, que NNYA “no deben ser penalizados ni sometidos a medidas punitivas por su estatus migratorio ni por el de sus padres”<sup>130</sup>, que la detención “raras veces o nunca” redundaría en el interés superior del niño y que será medida de *ultima ratio* y lo menos restrictiva posible.<sup>131</sup> Adicionalmente, enuncian que trabajarán para que migrar sea una opción libre y no una necesidad impuesta<sup>132</sup> y que reconocen la falta de oportunidades educativas para la población joven como un posible factor de expulsión.<sup>133</sup>

Ahora bien, avanzando en el análisis de documentos elaborados por la ONU, debe destacarse la Resolución “Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Dicha resolución, reconoce el bien positivo de la migración al contribuir al “crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible” de nuestras sociedades al tiempo que admite que es una problemática multifacética que precisa de esfuerzos compartidos para brindar respuestas acordes y respetuosas de los Derechos Humanos de todas las personas con independencia de su estatus migratorio.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1* - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. 2016. p. 07. Al respecto: “Protegeremos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños refugiados y migrantes, independientemente de su condición, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del niño como consideración principal. Esto se aplicará en particular a los niños no acompañados y los que estén separados de sus familias; remitiremos su atención a las autoridades nacionales de protección de la infancia y otras autoridades competentes. Cumpliremos las obligaciones que nos incumben en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. Procuraremos proporcionar servicios básicos de salud, educación y desarrollo sicosocial y servicios de inscripción de todos los nacimientos en nuestros territorios. Estamos decididos a asegurar que todos los niños estén estudiando en un plazo de unos meses después de su llegada, y daremos prioridad a las asignaciones presupuestarias que contribuyan a ese propósito, incluso mediante el apoyo a los países de acogida, según sea necesario. Nos esforzaremos por brindar a los niños refugiados y migrantes un entorno propicio para la plena realización de sus derechos y capacidades.”

<sup>130</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1* - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. 2016. p. 12.

<sup>131</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1* - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. 2016. p. 08.

<sup>132</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1* - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. 2016. p. 10.

<sup>133</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1* - Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. 2016. p. 10.

<sup>134</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1* - Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. 2015. Disponible em: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc?symbol=A/RES/70/1&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc?symbol=A/RES/70/1&Lang=S). Acesso em: 07 maio 2022.

Aún más, ahondando en el contenido de ese documento, dentro del objetivo número 10 “reducir la desigualdad en los países y entre ellos” se destaca el punto 10.7 que contiene una referencia específica a la migración y el compromiso de los Estados de “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas.”<sup>135</sup> Dentro de ese compromiso podemos situar al Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, instrumento no vinculante que define una serie de principios, compromisos y entendimientos comunes para colaborar en la gobernanza internacional de la migraciones.

El mencionado Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (*Global Compact For Safe, Orderly And Regular Migration*) se presenta como un pilar al constituir el primer acuerdo en la materia que aborda los retos de la migración. Esto, al tiempo que coloca a las personas en el centro de la escena (*people-centred*), reconoce la soberanía de los estados en materia de gobernanza de sus fronteras, reivindica un compromiso con los Derechos Humanos (*National sovereignty- Human Rights*) con acceso a la justicia y el respeto al debido proceso (*Rule of law and due process*).

Asimismo, el Pacto enfatiza en la relación entre el desarrollo sostenible y la contribución de las personas migrantes al tiempo que adopta una perspectiva de género de forma transversal (*gender-responsive*) para brindar respuestas que procuren equidad (reconociendo que mujeres y niñas se ven afectadas de forma diferenciada). Aunado a esto, se refuerza el compromiso con el principio del interés superior del niño en procesos migratorios en especial con aquellos no acompañados o separados de sus tutores (*child sensitive*).

Notese que el mentado pacto, concibe a la migración como una “realidad multidimensional” que precisa un abordaje coherente en los diferentes niveles (*Whole-of-government approach*) y resalta la importancia de la cooperación internacional no solo a nivel estatal sino también con la participación de la academia,

---

<sup>135</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1* - Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. 2015.

el sector privado, organizaciones de la sociedad civil, etc.<sup>136</sup> En líneas generales, se plantea que los procesos migratorios son parte de la historia de la humanidad, fuente de innovación y desarrollo sostenible y, de allí que las responsabilidades sean compartidas y los compromisos asumidos por los Estados se tornen cruciales.<sup>137</sup>

En efecto, se enumeran 23 objetivos que incluyen: recolectar información certera sobre las personas migrantes, brindar información durante el proceso migratorio y reducir las causas que obligan a las personas a migrar (migrar como una opción). En paralelo, se procura identificar y reducir vulnerabilidades en esos contextos, establecer mecanismos de cooperación que prevengan la trata de personas, utilizar la detención como medida de ultima ratio, empoderar migrantes y desarticular el discurso de xenofobia que asocia elementos negativos a la migración, promover la integración de los migrantes a las sociedades de acogida, brindar servicios básicos.<sup>138</sup>

Dentro de ese marco se encuentran referencias a un compromiso específico con la infancia y adolescencia migrante, como: medidas para reducir la apatridia (*statelessness*)<sup>139</sup>, acceso a la educación y atención a sus necesidades según las situaciones de vulnerabilidad que enfrentan. Al mismo tiempo, los Estados se comprometen a la protección de los Derechos Humanos de NNyA en especial de quienes se encuentran no acompañados, al establecimiento de un sistema de protección que los incluya en las políticas públicas y administrativamente. Asimismo, exponen la importancia de la cooperación internacional para no incrementar riesgos

---

<sup>136</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 73/195* - Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. 2018. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc//03/PDF/N1845203.pdf?OpenElement>. Acceso en: 15 jan. 2022. p. 04-05.

<sup>137</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 73/195* - Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. 2018. p. 02.

<sup>138</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 73/195* - Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. 2018. p. 05-06.

<sup>139</sup> "Objective 4: Ensure that all migrants have proof of legal identity and adequate documentation e) Strengthen measures to reduce statelessness, including by registering migrants' births, ensuring that women and men can equally confer their nationality to their children, and providing nationality to children born in another State's territory, especially in situations where a child would otherwise be stateless, fully respecting the human right to a nationality and in accordance with national legislation." (NACIONES UNIDAS. *Resolución 73/195* - Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. 2018. p. 11.)

de desapariciones de NNYA durante el tránsito y permitir la comunicación de aquellos con sus familias especialmente cuando se encuentran no acompañados.<sup>140</sup>

Finalmente se comprometen a realizar esfuerzos para punir las redes de tráfico en especial las que involucren mujeres y niños<sup>141</sup>, asegurar el acceso a los servicios básicos con énfasis en la educación<sup>142</sup> y garantizar el retorno a su país de origen de forma segura en caso de que esa fuera la mejor opción basado en el interés superior del niño.<sup>143</sup>

En suma, si bien el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular plantea entre sus objetivos reducir las vulnerabilidades de las personas migrantes y tornar el proceso migratorio más seguro, no adopta una definición de qué debe entenderse por vulnerabilidad(es) o personas vulnerables. No obstante, en el próximo subtítulo se explorarán definiciones, documentos referidos y literatura que visan apuntar las vulnerabilidades NNYA migrantes no acompañados.

Por su parte, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños<sup>144</sup>, aprobadas por la Asamblea General de la ONU en 2010, tienen por finalidad promover la aplicación CDN y reconocen a la familia como “medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños.”<sup>145</sup>. De forma concordante, se resalta la importancia de que NNYA vivan en entornos que les proporcionen apoyo, vínculos seguros, protección, cuidados y un hogar estable para desarrollar todo su potencial.

---

<sup>140</sup> “Objective 8: Save lives and establish coordinated international efforts on missing migrants b) y c).” (NACIONES UNIDAS. *Resolución 73/195 - Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*. 2018. p. 16.)

<sup>141</sup> “Objective 9: Strengthen the transnational response to smuggling of migrants and 10 Prevent, combat and eradicate trafficking in persons in the context of international migration.” (NACIONES UNIDAS. *Resolución 73/195 - Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*. 2018. p. 16-17.)

<sup>142</sup> “Objective 15: “Provide access to basic services for migrant.” (NACIONES UNIDAS. *Resolución 73/195 - Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*. 2018. p. 22-23)

<sup>143</sup> “Objective 21: Cooperate in facilitating safe and dignified return and readmission, as well as sustainable reintegration.” (NACIONES UNIDAS. *Resolución 73/195 - Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*. 2018. p. 29-30.)

<sup>144</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 64/142 - Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*. 2010. Disponible em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064>. Acesso em: 08 jun. 2022.

<sup>145</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 64/142 - Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*. 2010. p.2-3

En ese orden de ideas, se subraya que NNyA no acompañados o separados se encuentran en una situación de riesgo y que cuando sus propias familias están imposibilitadas o impedidas de proveerles el entorno seguro y cuidados necesarios, dicha tarea recae sobre los Estados por medio de sus autoridades competentes. Aún más, se menciona que los Estados deben adoptar medidas adecuadas que sean respetuosas del bagaje cultural de los niños y brindarles cuidados y protección.<sup>146</sup> En este punto, cabe cuestionar si la responsabilidad Estatal reconoce límites geográficos pues inferir que el mero traspaso de una frontera desdibuje los derechos y protección debida a NNyA migrantes no acompañados equivale a dejarlos sin protección.

A los efectos de dichas directrices, se entiende por NNyA privados del cuidado parental a aquellos "que durante la noche no estén al cuidado de uno de sus padres, por lo menos, cualesquiera que sean las razones y circunstancias de ese hecho" y aclara que debe entenderse por niño no acompañado: aquel que además de no contar con los cuidados parentales, se encuentre fuera de su país de residencia habitual.<sup>147</sup> Con tales elementos, identificamos que NNyA migrantes no acompañados se encuentran sin los cuidados debidos (de su familia o del Estado de origen) y dependen de las políticas del Estado que los recibe.

En este punto, el documento aclara que "Los niños no acompañados o separados que ya se encuentran en el extranjero deberían gozar en principio del mismo nivel de protección y cuidado que los niños nacionales del país de que se trate [...]".<sup>148</sup> En tal sentido, recalca que para determinar el tipo de acogimiento adecuado deben tomarse en cuenta su origen étnico y migratorio, factores identitarios (ligados a su lengua, religión, cultura, etc.).

En ese mismo contexto, se advierte que los niños no deben ser privados de su libertad invocando el mero incumplimiento de "cualquier disposición legal por la que se rijan la entrada y estancia en el territorio". Simultáneamente, el instrumento aclara

---

<sup>146</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 64/142* - Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. 2010. p.3

<sup>147</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 64/142* - Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. 2010. p.6

<sup>148</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 64/142* - Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. 2010. p.22



que se adoptarán las medidas razonables para “localizar a su familia y restablecer los lazos familiares”, esto, siempre tomando en cuenta el interés superior del niño.<sup>149</sup>

Al respecto, cabe señalar que conforme el Observatorio Regional por el Derecho a Vivir en Familia, el entorno familiar se posiciona como “el medio óptimo para el crecimiento y desarrollo.”<sup>150</sup> . Enseguida, se pone en evidencia que las familias se ven afectadas por las mismas políticas estatales -a través de los servicios públicos y apoyo que reciben- así como componentes ambientales, sociales, económicos que pueden contribuir para mantener los cuidados parentales.<sup>151</sup>

En suma, merece la pena cuestionar en qué lugar quedan NNyA migrantes no acompañados que no solo carecen de cuidados parentales “durante la noche” (conforme señalan las directrices) sino en no gozan de ellos en ningún momento de su jornada, de lo cotidiano, de su travesía migratoria. Hasta aquí se revisaron diversos tratados internacionales y documentos que arrojan luz sobre la protección que merecen NNyA migrantes no acompañados. Cabe por último, mencionar porque se revisan instrumentos no obligatorios o de *soft law*.

Arendt enseña que los tratados (de minorías) fueron necesarios “para establecer un *modus vivendi* duradero” y que se presentaron como un “remedio temporal” para una situación que excedía a las soberanías nacionales al tiempo que reconocía que las “minorías eran un “fenómeno excepcional”.<sup>152</sup> Siguiendo a Nasser, los tratados internacionales, son una fuente de Derecho Internacional Público, generalmente se presentan de forma escrita, brindan un cierto grado de certeza por asemejarse con leyes del derecho interno pero no son la única fuente del derecho internacional.<sup>153</sup>

Los tratados se presentan relacionados al “encuentro de voluntades” de los Estados que conforme el Derecho Internacional están dotados de personalidad y

---

<sup>149</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 64/142* - Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. 2010. p. 22.

<sup>150</sup> OBSERVATORIO REGIONAL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA. *El Derecho a vivir en Familia en América*. 2021. Disponible em: <http://observatorioderechoavivirenfamilia.org/wp-content/uploads/2021/04/Informe-Derecho-a-Vivir-en-Familia.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2022.

<sup>151</sup> OBSERVATORIO REGIONAL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA. *El Derecho a vivir en Familia en América*. 2021. p. 24.

<sup>152</sup> ARENDT, Hannah. *Los Orígenes del totalitarismo*. España: Grupo Santillana de Ediciones, 1998, p. 229-232.

<sup>153</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 67.

capacidad Jurídica.<sup>154</sup> Eso, teniendo en cuenta que operó una evolución en el Derecho Internacional "fundada en la idea de cooperación" y "conectada a los valores y necesidades sociales".<sup>155</sup>

Es allí donde cabe situar a los instrumentos de *soft law* mencionados, como "[...] un derecho diferente, pero aún así derecho"<sup>156</sup> teniendo en cuenta que "[...] participan en el proceso de formación del derecho internacional, cuya complejidad es cada vez mayor."<sup>157</sup> Dichos instrumentos, a pesar de su falta de coercitividad o exigibilidad, permiten una mayor flexibilidad en el Derecho Internacional y propician un acercamiento a las demandas/necesidades de la realidad social.<sup>158</sup>

En ese sentido, los instrumentos de *soft law* dotan de adecuación y legitimidad las transformaciones que afronta el derecho.<sup>159</sup> Así lo interpretan otros autores como Sanz y Folloni, al apuntar que los instrumentos de *soft law* permiten ver al derecho como un sistema abierto, en constante evolución, resultado de la interacción entre los agentes y el sistema.<sup>160</sup>

Nasser enseña que:

*[...] las normas de derecho internacional, especialmente las contenidas en los tratados internacionales, se considerarán blandas si poseen una o varias de las siguientes características: disposiciones genéricas, de modo que crean principios y no obligaciones propiamente jurídicas; lenguaje ambiguo o incierto que impide identificar con precisión su alcance; contenido inaplicable, como*

---

<sup>154</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 68-69.

<sup>155</sup> "[...] fundada na ideia de cooperação e "conectada aos valores e as necessidades sociais." NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 79. (tradução nossa)

<sup>156</sup> "[...] um direito diferente, mas ainda assim direito." NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 26. (tradução nossa)

<sup>157</sup> "[...] participam do processo de formação do direito internacional, cuja complexidade é crescente." NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 29. (tradução nossa)

<sup>158</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 98.

<sup>159</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 77-78.

<sup>160</sup> SANZ, Rafael; FOLLONI, André. El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, 2017.

*meras exhortaciones y recomendaciones; ausencia de mecanismos de rendición de cuentas y de aplicación (tribunales)."*<sup>161</sup>

De esa forma, puede concluirse que los instrumentos de *soft law* son aquellos que se caracterizan por estar dotados de progresividad (responden a una realidad social cambiante), naturaleza programática (crea "obligaciones genéricas de un comportamiento futuro") y principiologica (no se traducen en derechos/obligaciones específicas), poseen amplitud de contenidos, se caracterizan por la no exigibilidad (depende de la voluntad de los Estados) y por su carácter o tinte político.<sup>162</sup>

En tal sentido, se pronuncia Squeff al apuntar a los instrumentos de *soft law* como una herramienta descolonizadora que procura dialogar con los mecanismos hegemónicos en el plano de las relaciones internacionales y promueve una visión del Derecho inclusiva no sólo europea sino proveniente del Sur global.<sup>163</sup> En palabras de la citada autora, estos instrumentos "no son una simple guía/sugerencia para las acciones estatales, sino una norma per se".<sup>164</sup>

Para condensar lo dicho hasta aquí: ante la inexistencia de un instrumento específico, se procuró traer al debate tratados internacionales, instrumentos de *soft law* y documentos elaborados en el marco de Naciones Unidas para repensar la protección debida a NNyA migrantes no acompañados. Seguidamente, se abordarán las vulnerabilidades que caracterizan al grupo en estudio.

---

<sup>161</sup> "[...] as normas do direito internacional, especialmente as contidas nos tratados internacionais, serão consideradas soft se possuírem uma ou várias das seguintes características: disposições genéricas de modo a criar princípios e não propriamente obrigações jurídicas; linguagem ambígua ou incerta impossibilitando a identificação precisa de seu alcance; conteúdo não exigível, como simples exortações e recomendações; ausência de responsabilização e de mecanismos de coercibilidade (tribunais)." NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 15. (tradução nossa)

<sup>162</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.98-111.

<sup>163</sup> SQUEFF, Tatiana Cardoso. Overcoming the "Coloniality of Doing" in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 2, maio/ago. 2021, p. 23-24.

<sup>164</sup> SQUEFF, Tatiana Cardoso. Overcoming the "Coloniality of Doing" in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 2, maio/ago. 2021, p. 24.

### 2.3 VULNERABILIDADES DE NNYA MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

En el presente apartado se revisarán conceptos que hacen a la vulnerabilidad de las personas migrantes en general para puntualizar las que caracterizan a los NNYA migrantes no acompañados. Seguidamente, se resalta su hipervulnerabilidad o vulnerabilidad agravada siguiendo a Lima Marques pues NNYA no acompañados se posicionan como un grupo especialmente desfavorecido dentro de las personas migrantes, grupo *per se* vulnerable.

Lima Marques doctrina cómo a partir de la posmodernidad, el surgimiento de la sociedad de consumo y el creciente individualismo han desencadenado una verdadera crisis sociológica que comporta, simultáneamente, un enorme desafío para la Ciencia Jurídica de la que se espera respuestas eficaces a problemáticas sociales.<sup>165</sup> Por su parte, Jayme, como ya fuera mencionado enseña que los Derechos Humanos son el *Leitmotiv* de estos tiempos<sup>166</sup> y que por tanto, permea todas las ramas del Derecho sea público o privado, sea en relaciones entre personas físicas, jurídicas o bien con los mismos Estados .

Al respecto, Nasser recuerda que “El Derecho [Ciencia Jurídica] es lo que es precisamente por la sociedad. Todo sistema social está en constante cambio y el Derecho acompaña el proceso [...]”<sup>167</sup>. De forma concordante reconoce “En el siglo XX se produjo lo que se conoce como la internacionalización de los Derechos Humanos [...]”<sup>168</sup> , los que pasan a ser una preocupación de la comunidad internacional y representan sus valores.

En ese entendimiento, Jayme resalta que el “Derecho es parte de la cultura general” y describe cuatro valores que caracterizan a esta postmodernidad, a saber: el pluralismo (relacionado con la autonomía de la voluntad y la diversidad de modos de vida), la comunicación (ligado a un mundo “sin fronteras” y a la propia “idea de

---

<sup>165</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 168-169.

<sup>166</sup> JAYME, Erik. *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*. *Revista dos Tribunais*, v. 759, 1999.

<sup>167</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 77. No original: “O Direito é o que é em função da sociedade. Todo sistema social está em constante mutação e deve ser acompanhado no processo pelo seu direito [...]”

<sup>168</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 88.

integración"), la narración (enlazada a existencia de múltiples normas) y el retorno de los sentimientos (conectado a las identidades culturales y a su defensa).<sup>169</sup> Tal caracterización de la época, se presenta conectada con la necesidad del reconocimiento de nuevos sujetos de derechos.<sup>170</sup>

Lima Marques y Miragem siguiendo a Jayme, enseñan que en la posmodernidad se identifican nuevos grupos, nuevos actores que son considerados por el Derecho como merecedores de una protección enriquecida por encontrarse justamente en una situación de desigualdad ("de armas", de oportunidades) que le impide la efectivización de sus Derechos.<sup>171</sup> Es en la posmodernidad, conforme los autores, cuando cae el metarrelato de la igualdad ante la inminente discordancia con la realidad. Así, diversos elementos identitarios, socioeconómicos y hasta ligados al propio estatus de la persona migrante evidencian situaciones de desigualdad.

Se recuerda aquí la necesidad de distinguir entre igualdad formal (consagrada en las leyes) y substantiva, material o real, con la finalidad de diferenciar para proteger a aquellos más vulnerables.<sup>172</sup> Es allí donde cabe situar a los niños migrantes no acompañados, un grupo especialmente vulnerable, parte de un colectivo aún mayor: las personas migrantes.

Asimismo, cabe retomar las ideas desarrolladas por Lima Marques que ilustra sobre cómo diversos tipos de vulnerabilidades pueden ser identificados en el mismo sujeto. Por cierto, las personas no nacionales o ajenas al sistema jurídico serán caracterizadas por una vulnerabilidad jurídica o científica, además de las que puede enfrentar en sus relaciones privadas. A título ejemplificativo, se menciona que en su faceta como consumidor enfrentará vulnerabilidades: técnica (desconocimiento de saberes ligados a bienes y servicios que adquiera), fáctica o socioeconómica (en caso de contratar con quienes detentan un monopolio de servicios), informativa.<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> JAYME, Erik. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS*, v. 1, 2003. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43487>. Acesso em: 9 dez. 2021.

<sup>170</sup> JAYME, Erik. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS*, v. 1, 2003.

<sup>171</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>172</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 56-57.

<sup>173</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68-70.

Esto, además, de una eventual vulnerabilidad en razón de las dificultades lingüísticas que puede atravesar una persona pues conforme instruye la doctrinaria: "comunicar" es tornar común y una persona alfabetizada es aquella que desenvuelve la habilidad social de "[...]comunicarse y recibir comunicaciones" al tiempo que consigue comprender lo que se le comunica<sup>174</sup> elementos fundamentales en la sociedad de consumo y así también en las sociedades de acogida de migrantes.

Todavía más, Garbini, Squeff y Santos reflexionan sobre cómo los Derechos Humanos de las personas migrantes en general y refugiadas en particular no pueden ser satisfechos cuando viven carencias materiales que en consecuencia le impiden una existencia digna (no subsistencia). De esa manera, apuntan que que dichos grupos pueden considerarse poseedores de dificultades lingüísticas, pero además: ajenos a la realidad cultural del Estado que los acoge (incluido el sistema jurídico), frágiles económica y financieramente. Por consiguiente, esas vulnerabilidades enunciadas repercuten en el ejercicio de sus derechos en general e incluso en el acceso al consumo de los bienes que necesitan.<sup>175</sup>

Olea Rodriguez enseña que un enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos resalta aquellas "condiciones que inciden de manera negativa y positiva en la protección y garantía de sus derechos" así se consideran factores que incluyen las políticas de gobernanza migratoria, la efectivización de los derechos de las personas migrantes y la condición de "no-ciudadanos" (con la consiguiente falta de participación en la vida política) y que los relegan un lugar de vulnerabilidad.<sup>176</sup> Además, la mencionada autora emplea la denominación "no ciudadanos" como una categoría que denuncia la discriminación que sufren los migrantes quienes viven situaciones de exclusión con independencia de las razones que los llevan a migrar.

En la misma línea, Pelletier apunta que NNYA se presentan como un grupo históricamente vulnerado en sus derechos y enfatiza en que la violación estructural

---

<sup>174</sup> MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 95, 2014, p. 100.

<sup>175</sup> GARBINI, Vanessa; SQUEFF, Tatiana; SANTOS, Thomaz. A vulnerabilidade agravada dos refugiados na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 119, 2018.

<sup>176</sup> OLEA RODRIGUEZ, Helena. Derechos Humanos y Migraciones - Un nuevo lente para un viejo fenómeno. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 03, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.5354/adh.v0i3.13482> Acesso em: 9 out.2021

de derechos refiere a “[...] patrones y contextos de las violaciones de los derechos humanos sufridas por grupos vulnerables debido a su condición, situación social, económica y cultural, que han sido histórica o contextualmente marginados, discriminados o excluidos sin justificación legal.”<sup>177</sup>

La OIM en su manual sobre “Protección y Asistencia para Personas Migrantes Vulnerables a la Violencia, la Explotación y el Abuso” resalta una serie de elementos que brindan un marco teórico valioso para apreciar las vulnerabilidades de los NNyA migrantes no acompañados.<sup>178</sup>

Así, teniendo como corolario la protección de los Derechos Humanos, la IOM apunta que hay factores de riesgo (vulnerabilidades) y de protección (resiliencia) durante los procesos de movilidad humana. Dichos factores, pueden ser identificados a nivel individual (relacionados con las características físicas, mentales, psíquicas, cognitivas, creencias), familiar (vinculada a la estructura familiar, posición que ocupa el individuo, historias y dinámicas familiares), comunitario (ligados a las políticas públicas que permiten acceso a la educación, salud, servicios sociales, igualdad de oportunidades)<sup>179</sup> y estructural (vinculados a factores históricos, políticas de gobernanza migratoria, instituciones políticas, económicas)<sup>180</sup>. En suma, al analizar cada caso tomando en consideración los elementos mencionados durante los procesos migratorios se obtendrá un panorama más cercano a la realidad.<sup>181</sup>

---

<sup>177</sup> “[...] padrões e contextos de violações dos direitos humanos em detrimento de grupos vulneráveis devido à sua condição, situação social, econômica e cultural, que têm sido histórica ou contextualmente marginalizados, discriminados ou excluídos sem justificação legal.” PELLETIER QUIÑONES, Paola. La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, v. 60, 2014, p. 206.

<sup>178</sup> NACIONES UNIDAS. Organización Internacional para las Migraciones. *Manual de la OIM sobre Protección y Asistencia para Personas Migrantes Vulnerables a la Violencia, la Explotación y el Abuso*. 2021. Disponible em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/AVM-Handbook-ES.pdf>. Acceso em: 01 jan. 2022.

<sup>179</sup> NACIONES UNIDAS. Organización Internacional para las Migraciones. *Manual de la OIM sobre Protección y Asistencia para Personas Migrantes Vulnerables a la Violencia, la Explotación y el Abuso*. 2021. p. 07.

<sup>180</sup> NACIONES UNIDAS. Organización Internacional para las Migraciones. *Manual de la OIM sobre Protección y Asistencia para Personas Migrantes Vulnerables a la Violencia, la Explotación y el Abuso*. 2021. p. 07-08.

<sup>181</sup> NACIONES UNIDAS. Organización Internacional para las Migraciones. *Manual de la OIM sobre Protección y Asistencia para Personas Migrantes Vulnerables a la Violencia, la Explotación y el Abuso*. 2021. p. 03-04.

De tal forma, se define a la vulnerabilidad como “un estado de predisposición mayor que el de otras personas a sufrir un daño como consecuencia de la exposición a alguna clase de riesgo”.<sup>182</sup> De nuevo, el referido modelo entiende que la situación de vulnerabilidad de cada persona migrante debe analizarse casuísticamente pues será el resultado de la interacción de los diversos factores de riesgo, así como medidas de protección.

En otras palabras, “la preponderancia global de los factores de riesgo, unida a una insuficiente presencia de factores de protección”<sup>183</sup> dan como resultado una situación de vulnerabilidad. En ese orden de ideas, es dable destacar que las respuestas adecuadas deben ser integrales y mitigar aquellas situaciones que propician las vulnerabilidades de forma sostenible. Para tal fin, se requerirá de múltiples sectores: la participación activa de los gobiernos nacionales, de los procesos de integración regionales y esfuerzos internacionales pues se necesita un marco legislativo que reconozca la situación de vulnerabilidad y ofrezca en consecuencia una protección apropiada.

En sentido concordante, si atendemos a los “Principios y Directrices sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes en situación de Vulnerabilidad”<sup>184</sup> encontramos 20 principios-guía que iluminan a los Estados en la protección de las personas migrantes. Dichos principios incluyen: garantizar el acceso a la justicia, a la educación, a un nivel de vida adecuado, el derecho a recibir información, garantizar la no discriminación, la protección de su vida y seguridad, adoptar medidas para la gobernanza de las fronteras respetuosas los DDHH, protección contra la tortura y violencias, protección contra la detención arbitraria, abstención de recluir NNyA por su condición migratoria o la de sus progenitores<sup>185</sup>,

---

<sup>182</sup> NACIONES UNIDAS. Organización Internacional para las Migraciones. *Manual de la OIM sobre Protección y Asistencia para Personas Migrantes Vulnerables a la Violencia, la Explotación y el Abuso*. 2021. p. 05.

<sup>183</sup> NACIONES UNIDAS. Organización Internacional para las Migraciones. *Manual de la OIM sobre Protección y Asistencia para Personas Migrantes Vulnerables a la Violencia, la Explotación y el Abuso*. 2021. p. 08.

<sup>184</sup> UNITED NATIONS. Global Migration Group. *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf> Acceso en: 07 maio 2022.

<sup>185</sup> UNITED NATIONS. Global Migration Group. *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. p. 37. “Principle 8: Uphold the right of migrants to liberty and protect them from all forms of arbitrary detention. Make



garantizar la unidad familiar, facilitar la reunificación familiar, compromiso con el trato brindado a NNyA en contextos migratorios y en especial con las niñas<sup>186</sup> aplicando un enfoque de género.<sup>187</sup>

Nótese que a nivel internacional tampoco existe una única definición de lo que debe entenderse por medidas de protección. No obstante, conforme señala la IOM, pueden entenderse por tales aquellas acciones que tienen como finalidad “mantener la seguridad y bienestar de las personas de conformidad con la letra y el espíritu de los ordenamientos jurídicos pertinentes.”<sup>188</sup> Recordando que los Estados se comprometen, conforme el derecho internacional, a respetar y salvaguardar los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y que deben garantizar y proteger los DDHH de las personas migrantes.

En consecuencia, compete a los Estados brindar protección jurídica (aplicando los instrumentos de derecho internacional), física (adoptando medidas para que su integridad física y psíquica así como la seguridad sea garantizada), social (ligada al apoyo estatal que visa la reducción de riesgos y peligros) y humanitaria (a todas las personas afectadas por contextos de crisis o conflictos armados).<sup>189</sup>

Destáquese que en los “Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad” de la OIM se reconoce que el concepto de vulnerabilidad involucra a múltiples factores que lejos de ser aislados están conectados y acaban por influir o

---

targeted efforts to end unlawful or arbitrary immigration detention of migrants. Never detain children because of their migration status or that of their parents.”

<sup>186</sup> UNITED NATIONS. Global Migration Group. *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. p. 45. “Principle 10: Guarantee the human rights of all children in the context of migration, and ensure that migrant children are treated as children first and foremost.” p.42; “Principle 11: Protect the human rights of migrant women and girls”

<sup>187</sup> UNITED NATIONS. Global Migration Group. *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. “Principle 20: Ensure human rights-based and gender-responsive migration governance” (p.62)

<sup>188</sup> UNITED NATIONS. Global Migration Group. *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. p. 21. “Principle 1: Ensure that human rights are at the centre of efforts to address migration in all its phases, including responses to large and mixed movements.”

<sup>189</sup> UNITED NATIONS. Global Migration Group. *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. p. 22-24. “Principle 2: Counter all forms of discrimination against migrants discrimination”

agravar la situación -en permanente cambio-. Así, la vulnerabilidad puede considerarse circunstancial o externa en aquellos casos dónde factores como la pobreza, la discriminación, escasa calidad de vida, violencias, xenofobia acarrear los desplazamientos o intrínseca (interna).

En esa línea, la vulnerabilidad puede ser clasificada en: externa (ligada a condiciones de inseguridad en el proceso migratorio, medios de transporte, condiciones de seguridad durante el viaje) o bien intrínseca (ligada a características personales o individuales).<sup>190</sup> De forma similar, se reconoce que determinados grupos poblacionales son más propensos a padecer vulneraciones de sus derechos humanos pues sufren "un trato desigual y discriminatorio" entre los cuales se enumera a los niños no acompañados o separados<sup>191</sup> que pueden sufrir afectaciones de su derecho a la salud, servicios básicos, seguridad.

Ahora bien, si se atiende a los principios 10 y 11 de ese documento se encuentran referencias explícitas a los niños en contextos migratorios y la necesidad de que sean tratados como tales durante todo el proceso, asimismo en virtud de la perspectiva de género se refuerza el compromiso con las niñas migrantes.<sup>192</sup> Finalmente, se resalta que la migración puede presentarse como beneficiosa para los países de origen, tránsito y destino siendo una experiencia positiva y enriquecedora.

El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU ha reconocido la "vulnerabilidad estructural" de las personas migrantes como una "condición creada e impuesta". En esa línea, se aclaró que en gran parte ocurre por la falta de reconocimiento de sus derechos, sumado al racismo y xenofobia. Además, se apuntó la falta de capacidad de las personas migrantes para defenderse ante las diferentes autoridades del país de acogida, todo esto conduce a situaciones donde de "desvalimiento o impotencia."<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> UNITED NATIONS. Global Migration Group. *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. p. 06.

<sup>191</sup> UNITED NATIONS. Global Migration Group. *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. p. 07.

<sup>192</sup> UNITED NATIONS. Global Migration Group. *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. p. 11. "Principle 10: Guarantee the human rights of all children in the context of migration and ensure that they are treated as children first and foremost. Principle 11: Protect the human rights of migrant women and girls."

<sup>193</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. 1999. Disponible em

En ese documento, se expresa una especial preocupación por la situación de aquellas personas que migran de forma no regular, así como mujeres y niños.<sup>194</sup> Recapitulando, las condiciones de vulnerabilidad son en general el resultado de múltiples factores individuales, sociales, culturales, económicos, comunitarios y de las propias políticas estatales pues las vulnerabilidades que caracterizan a NNyA migrantes difieren de las personas adultas.

De este modo, las condiciones de vulnerabilidad se presentan como el resultado de prácticas y políticas -sociales, económicas, culturales, políticas- que no garantizan un ejercicio igualitario de los derechos particularmente a los niños que lejos de ser "pequeños adultos" son sujetos de derecho con necesidades específicas lo que demanda cuidados o acompañamiento.<sup>195</sup> En ese sentido, es menester resaltar que la capacidad de NNyA depende también de su contexto, de los recursos a los que tuvo acceso y de factores individuales y sociales que interactúan en ese proceso dinámico y complejo moldeando sus lecturas individuales lo que nos remite al concepto de capacidad progresiva o *evolving capabilities* apuntado con anterioridad.<sup>196</sup>

Por sobre todo, conforme doctrina Bhabha la migración infantil debe ser entendida como un fenómeno que cambia el propio mundo ya que el 11% de los flujos migratorios están representados por niños y jóvenes de hasta 20 años.<sup>197</sup> En esa línea la autora apunta que hay tres actores influyentes en los procesos migratorios que involucran niños, a saber: los miembros adultos de su familia (progenitores,

---

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/112/85/PDF/G9911285.pdf?OpenElement>. Acceso em: 11 fev. 2022. p. 10-12.

<sup>194</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. 1999. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/112/85/PDF/G9911285.pdf?OpenElement>. Acesso em: 11 fev. 2022, p. 12.

<sup>195</sup> UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. *An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*. Vienna: United Nations, 2008. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An\\_Introduction\\_to\\_Human\\_Trafficking\\_-\\_Background\\_Paper.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf). Acesso em: 07 maio 2022.

<sup>196</sup> STOECKLIN, Daniel; BONVIN, Jean-Michel (eds.). *Children's Rights and the Capability Approach: Challenges and Prospects* (Children's Well-Being: Indicators and Research, 8). Dordrecht: Springer, 2014, p. 4. Aún: "Human development must then be conceived as a dynamic and complex process, where resources and individual and social conversion factors constantly interact with feedback loops reshaping the capability set of the child at every stage."

<sup>197</sup> BHABHA, Jacqueline. *Child Migration & Human Rights in a Global Age*. Princeton: Princeton University Press, 2014, p. 01.

tutores movidos por la esperanza de un futuro mejor para el niño), propio niño y el estado (con las políticas públicas y oportunidades que ofrece).<sup>198</sup>

En los procesos migratorios, siguiendo a Martuscelli se suele presentar a los NNyA como “ciudadanos de segunda clase” o “migrantes no deseados” lo que entraña una contradicción, una verdadera paradoja en un mundo globalizado. Esto, puesto que se evidencia una incoherencia entre las obligaciones adquiridas internacionalmente y las actitudes que los estados adoptan con aquellos NNyA no deseados (en contraposición a aquellos que migran con progenitores o tutores calificados, ejecutivos, miembros del cuerpo diplomático, CEO's).<sup>199</sup>

De acuerdo con Cavalcanti y Loureiro, NNyA migrantes no acompañados merecen especial atención en razón de su doble vulnerabilidad (niños, migrantes).<sup>200</sup> Así, se advierte que por el hecho de ser niños y migrantes son duplamente vulnerables pero su situación se agrava cuando se encuentran solos (sin compañía de sus progenitores/tutores responsables). En sentido concordante, la Comisión Europea señaló que los niños, niñas y adolescentes que “atravesan procesos migratorios se encuentran en un estado particular de vulnerabilidad en razón de su edad, de la distancia de su hogar y de la separación de sus progenitores” (o responsables), es así que requieren una especial atención.<sup>201</sup> Desde esa perspectiva, cabe situarlos como “merecedores de una protección específica o enriquecida”<sup>202</sup> que recepta su capacidad progresiva pero que denota el esfuerzo necesario para garantizar la efectividad de sus derechos.

---

<sup>198</sup> BHABHA, Jacqueline. “Not A Sack Of Potatoes”: Moving And Removing Children Across Borders. *Public Interest Law Journal*, v. 15, 2006, p. 197-217.

<sup>199</sup> MARTUSCELLI, Patricia Nabuco. O Paradoxo da globalização e a migração infantil: algumas reflexões. In: VASCONCELOS, Ana Maria Nogales; BOTEGA, Tuíla (orgs.). *Política migratória e o paradoxo da globalização*. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 153.

<sup>200</sup> CAVALCANTI, Ana Lapa Wanderle; LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Direitos humanos das crianças migrantes desacompanhadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 107, p. 191-216, 2018.

<sup>201</sup> “Migrant children are in a state of particular vulnerability, because of their age, their distance from home, and often their separation from parents or carers. Thus, they require specific and appropriate protection”.

EUROPEAN UNION. *Document 52017DC0211* - Communication from the commission to the european parliament and the council: The protection of children in migration. Brussels. 2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52017DC0211>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 02.

<sup>202</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Vinculado a lo que hasta aquí se viene desarrollando, no es posible desconocer que múltiples condiciones pueden converger en NNyA lo que conduce eventualmente a una situación de desventaja aún mayor. Es por esta razón resulta pertinente atender al concepto de interseccionalidad que apuntes múltiples identidades que conviven en una misma persona.

La interseccionalidad como herramienta analítica, nos permite identificar que aunque NNyA compartan la condición de ser personas migrantes y encontrarse fuera del Estado del que son nacionales pueden verse afectados de forma diferenciada en el goce de sus derechos. Así, entender que "la gente vive identidades múltiples, formadas por varias capas, que se derivan de las relaciones sociales, la historia y la operación de las estructuras del poder" <sup>203</sup> nos permite identificar las discriminaciones y opresiones que sufre este grupo en particular.

En consecuencia, se pueden mencionar factores tales como: edad, raza, color de piel, etnicidad, estatus migratorio, regularidad del proceso migratorio (aspecto administrativo) etc. y apuntar las desventajas que enfrentan NNyA no acompañados en la efectivización de sus Derechos Humanos. Solo a modo ejemplificativo cabe pensar en cómo el fenómeno del matrimonio infantil, la violencia doméstica y discriminación en razón del género afecta en mayor medida a las niñas migrantes.

Es pertinente también, mencionar que la edad actúa siempre como una categoría de poder y que NNyA viven una situación de asimetría con relación a los adultos que enfrentan el mismo proceso migratorio. Esto ha sido reconocido el propio Comité de los Derechos del Niño que ha remarcado la necesidad de asegurarles protección y un tratamiento adecuado que tome en consideración su interés superior.

En esta línea, resulta interesante prestar atención a lo apuntado en la encíclica *Fratelli Tutti* (Todos Hermanos) del año 2020 que trata sobre la Fraternidad y la Amistad Social donde Bergoglio (Papa Francisco) reconocida autoridad en materia de compromiso social y trabajo en pro de los más vulnerables, expresa "soñemos

---

<sup>203</sup> ASSOCIATION FOR WOMEN'S RIGHTS IN DEVELOPMENT (AWID). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Derechos de las mujeres y cambio económico*, n. 9, 2004, p. 02. Disponible em: [https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/interseccionalidad\\_-\\_una\\_herramienta\\_para\\_la\\_justicia\\_de\\_genero\\_y\\_la\\_justicia\\_economica.pdf](https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/interseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf). Acceso em: 20 jan. 2022.

como una sola humanidad, como caminantes de la misma carne humana, como hijos de esta misma tierra que nos cobija a todos, cada uno con la riqueza de su fé o sus convicciones, cada uno con su propia voz, pero todos hermanos".<sup>204</sup>

He ahí la importancia del histórico lema de la Revolución Francesa *Liberté, Égalité, Fraternité*, que movió a hombres y mujeres hacia la construcción de una sociedad más justa, fraterna y solidaria. Lo anterior, nos lleva conforme Bergoglio a la comprensión de que es necesario atender a la situación/contexto en que se encuentra cada persona, para garantizar un trato adecuado, que no sea desigual ni perpetúe discriminación.

En esa perspectiva, la reconocida autoridad eclesial añade: "es cierto que una tragedia global como la pandemia del COVID -19 ha despertado, desde hace tiempo, la conciencia de que somos una comunidad mundial que viaja en el mismo barco, donde el mal de uno perjudica a todos".<sup>205</sup> Por tanto, se apunta que la única posibilidad es salvarnos juntos como humanidad; esto, haciendo hincapié en cómo la pandemia nos ha colocado en una situación extrema en dónde el desafío es incluir, no dejar a nadie atrás.<sup>206</sup>

Por su parte, Tolentino de Mendonça señala que el COVID-19 ha implosionado las fronteras geográficas, políticas y económicas de los Estados y ha obligado en cierta forma a pensar en términos de totalidad -como se señaló en el párrafo anterior la necesidad de "salvarnos juntos"- y el autor, al mismo tiempo apunta que la vulnerabilidad se presenta ante todo como nuestra condición ontológica.<sup>207</sup>

Ahora bien, entre los riesgos y desprotección que afrontan NNyA migrantes pueden mencionarse la discriminación, exclusión social, racismo, xenofobia, falta de

---

<sup>204</sup> ASSIS, São Francisco de. Carta Encíclica Fratelli tutti sobre a fraternidade e a amizade social. *Vaticano*, 2020. Disponível em:

[https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.pdf](https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.pdf). Acesso em: 20 jan. 2022. p. 03.

<sup>205</sup> ASSIS, São Francisco de. Carta Encíclica Fratelli tutti sobre a fraternidade e a amizade social. *Vaticano*, 2020. Disponível em:

[https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.pdf](https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.pdf). Acesso em: 20 jan. 2022. p. 09.

<sup>206</sup> ASSIS, São Francisco de. Carta Encíclica Fratelli tutti sobre a fraternidade e a amizade social. *Vaticano*, 2020. Disponível em:

[https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.pdf](https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.pdf). Acesso em: 20 jan. 2022. p. 03-09.

<sup>207</sup> MENDONÇA, José Tolentino de. Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. LXII, 2021, p. 76.

acceso a una educación de calidad, a servicios de salud y violencias. Además, debe mencionarse la detención arbitraria, la criminalización (como se desarrollará posteriormente), el agravamiento de su situación en virtud de la pandemia causada por el COVID-19 y abusos que incluyen el matrimonio infantil, en dónde adultos del país de origen de los NNYA se valen del reconocimiento de ese vínculo en países extranjeros para solicitar en virtud del principio de reunificación familiar, ser acogidos por el país.

Pues bien, seguidamente se problematiza sobre algunos factores mencionados para apuntar cómo en NNYA convergen condiciones que los colocan en una situación de hipervulnerabilidad y los hacen merecedores de una protección reforzada. La presente coyuntura originada por pandemia del COVID-19 presenta como un desafío reducir los riesgos a quienes migran particularmente de NNYA migrantes no acompañados pues las condiciones (individuales, familiares, comunitarias, etc) los colocan en un pie de desigualdad que repercute en su integridad física, en su seguridad durante el tránsito, en el acceso a la salud, a la educación y a una vida libre de violencias -como ya fue mencionado-.

A propósito, la temática toma un bies actual si se atiende al conflicto en Ucrania, que conforme señala UNICEF se presenta como una "amenaza inmediata y cada vez más grave para las vidas y el bienestar de los 7,5 millones de niños y niñas del país"<sup>208</sup> al tiempo que sufren múltiples violencias y deben abandonar su país por riesgos inminentes de vida.<sup>209</sup> En ese contexto, niños de 10, 11 años que cruzan solos las fronteras vecinas han sido protagonistas de los titulares en diversos medios internacionales<sup>210</sup> (El País, CNN en Español, Clarín, entre otros), situación aquella que conmueve a la comunidad y que refuerza la necesidad de protección a ese grupo.

---

<sup>208</sup> NACIONES UNIDAS. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). *El conflicto en Ucrania supone una amenaza inmediata para los niños y niñas*. Llamamiento, 2022. Disponible em: <https://www.unicef.org/es/emergencias/conflicto-ucrania-supone-amenaza-inmediata-para-ninos-y-ninas>. Acceso em: 20 jun. 2022.

<sup>209</sup> NACIONES UNIDAS. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). *Tras una semana de conflicto en Ucrania, medio millón de niños y niñas se han convertido en refugiados*. Comunicado de prensa, 2022. Disponible em: <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/tras-semana-conflicto-ucrania-medio-millon-ninos-ninas-convertidos-refugiados>. Acceso em: 20 jun. 2022.

<sup>210</sup> VEGA, Luis de; AGUDO, Alejandra. La guerra en Ucrania cuando se tienen 10 años. *El país*, 06 de marzo de 2022. Disponible em: <https://elpais.com/internacional/2022-03-06/la-guerra-en-ucrania-cuando-se-tienen-10-anos.html>. Acceso em: 20 jun. 2022.; RESUMEN de las noticias de la guerra Ucrania-Rusia. CNN, 06 de marzo de 2022. Disponible em:

Por su parte, el casamiento infantil se muestra como una problemática asociada, que afecta en mayor medida y de forma desproporcionada a las niñas y adolescentes que cuando obtienen el reconocimiento del estatuto de refugiada o asilada pueden solicitar, en virtud del principio de reunificación familiar, que su esposo/a pueda ingresar al país.<sup>211</sup> El matrimonio infantil acontece tanto en países en desarrollo como en los desarrollados (por ejemplo EEUU<sup>212</sup>) y es considerado “[...] una de los más perniciosas manifestaciones de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres.”<sup>213</sup>

En breve, ese fenómeno es un tipo de discriminación en razón del género que puede manifestarse en forma de “violencia doméstica, violación en el matrimonio, privación de comida, falta de acceso a información, educación, salud e impedimentos generales de movilidad”<sup>214</sup>, desigual participación en la toma de las decisiones que hacen a la planificación familiar y afectar su propio proyecto de vida. También resulta preocupante la prostitución infantil, fenómeno que afecta especialmente a los cuerpos femeninos o feminizados pues se coloca a las niñas y adolescentes como “sujetos de transacción”<sup>215</sup> lo que implica un menoscabo de la dignidad humana y atenta contra su proyecto de vida.

---

<https://cnnespanol.cnn.com/2022/03/06/guerra-rusia-ucrania-hoy-ultima-hora-noticias-orix-8/>.  
Acesso em: 20 jun. 2022.

<sup>211</sup> Véase: NACIONES UNIDAS. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. *Matrimonio infantil*. 2020. Disponível em: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/matrimonio-infantil>. Acesso em: 1 abr. 2022; NACIONES UNIDAS. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Matrimonio infantil: El matrimonio infantil amenaza las vidas, el bienestar y el futuro de las niñas de todo el mundo*. Disponível em: <https://www.unicef.org/es/protection/matrimonio-infantil#:~:text=El%20matrimonio%20infantil%20despoja%20a,seguir%20asistiendo%20a%20la%20e%20scuela>. Acesso em: 1 abr. 2022.

<sup>212</sup> NACIONES UNIDAS. Fondo de Población de las Naciones Unidas. *Preguntas frecuentes sobre el matrimonio infantil*. 2022. Disponível em: <https://www.unfpa.org/es/resources/preguntas-frecuentes-sobre-el-matrimonio-infantil#%C2%BFes%20muy%20frecuente%20el%20matrimonio%20infantil?>. Acesso em: 20 jun. 2022.

<sup>213</sup> “Child marriage is one of the most pernicious manifestations of the unequal power relations between females and males”. UNITED NATION. United Nations Children’s Fund. *Child Marriage And The Law: Legislative Reform Initiative Paper Series*. 2007. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/child-marriage-and-the-law-legislative-reform-initiative-paper-series/>. Acesso em: 20 jun. 2022. p. 01. (tradução nossa)

<sup>214</sup> UNITED NATIONS. United Nations Children’s Fund. *Child Marriage And The Law. Legislative Reform Initiative Paper Series* - Gender, Rights and Civic Engagement Section, Division of Policy and Practice. 2007. p. 32.

<sup>215</sup> BOUDIAF, Habiba Hadjab. Entender el fenomeno de los llamados “menores extranjeros no acompañados”. In: CASTAÑO, Francisco Javier García; KRESSOVA, Nina (Coords.). *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada: Instituto de Migraciones, 2011, p. 931. Donde



Hasta este punto se repensó de que formas la condición de NNYA migrante se entrecruza con discriminaciones (ligadas al género, edad, sexo, raza, etc), normas socialmente aceptadas (como el matrimonio infantil en determinados países) y hasta la propia pandemia causada por el COVID-19 que dificulta la efectivización de los derechos de NNYA y su desarrollo. Seguidamente, se analizarán los peligros que entraña criminalizar la movilidad humana y la ineficacia que supone para desalentar a las personas migrantes.

## 2.4 LOS PELIGROS DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA MOVILIDAD HUMANA

Hace más de dos siglos, Wollstonecraft señala que lo que caracteriza a los seres humanos es la "razón", que paradójicamente suele emplearse para justificar preconceptos y estereotipos.<sup>216</sup> Ahora bien, Sayad advierte que la problemática social de la inmigración "es una problemática impuesta" toda vez que se busca percibir al inmigrante, definirlo, pensarlo o simplemente hablar de él como de un problema social' así se han suscitado debates acerca de las personas migrantes y la seguridad, el empleo, la integración, el derecho al voto.<sup>217</sup>

En ese horizonte, cabe reflexionar sobre cómo en un mundo globalizado la movilidad humana es criminalizada de forma selectiva, toda vez que los Estados reciben migrantes "deseados" vs. "indeseados", reforzando estereotipos y cómo la propia globalización interfiere en la ya mencionada "selectividad" para atravesar fronteras.

Así, determinadas características incluso fenotípicas como ser una persona blanca, europea, de nivel socioeducativo alto, entre otras, se contraponen a la realidad de NNYA que migran solos. Estos niños muchas veces oriundos de países "en desarrollo", sin ese alto nivel educativo (al que se hizo referencia anteriormente) y en una situación de hipervulnerabilidad que debería interpelar a los Estados a

---

el autor ahonda en como el "mito del dorado Europeo" moviliza a niñas subsaharianas y las expone a explotación y servidumbre sexual.

<sup>216</sup> WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos Direitos da Mulher*. Tradução de: Celina Vergara. 1. ed. São Paulo: Lafonte, 2020, p. 19-20.

<sup>217</sup> SAYAD, Abdelmalek. *Imigração ou os paradoxos da alteridade*. São Paulo: Edusp, 1998, p. 56.

adoptar un rol activo para garantizar sus cuidados pues no cuentan con sus familias o las personas que normalmente ejercen dichas tareas de cuidado.

Para ello, y con el afán de remarcar la importancia de la no criminalización de las personas migrantes en general y de NNyA migrantes no acompañados en particular se revisarán conceptos que permitan arrojar luz sobre la temática.

El derecho se entiende como una ciencia social que prescribe conductas (aceptables) y prohíbe otras (por considerarlas lesivas a determinados bienes jurídicos protegidos). Cada sociedad determina qué bienes son dignos de protección jurídica: la vida, la salud, la integridad sexual, la seguridad pública, entre otros. En este escenario, el Estado detenta el monopolio del poder punitivo y, por tanto, es el único legitimado para ejercer el *ius puniendi*, que incluye el control penal sobre la conducta de los individuos y también sobre el control migratorio (aunque con un matiz más administrativista).

Conforme señala Lima Marques, Cachapuz e Vitòria el derecho se presenta como “[...] expresión cultural de un pueblo, recibe un mayor o menor reflejo de los cambios valorativos, económicos, históricos, éticos e incluso religiosos de su tiempo [...]”.<sup>218</sup> Dicho de otro modo, las modificaciones, avances, desarrollos que se plasman en las normas reflejan a las sociedades de un determinado tiempo y lugar.

Inclusive, se presenta a las normas jurídicas como instrumentos para alcanzar un orden social justo y en ese contexto se debe atender a la contradicción que significa que se endurezcan las restricciones mientras incrementa la movilidad humana. De acuerdo con Portador García, ese incremento en las restricciones es una dicotomía, así sostiene que: “La antípoda al aumento de la migración a nivel mundial es la restricción a la circulación de personas en países y regiones de destino y tránsito [...]”.<sup>219</sup>

Retomando las enseñanzas de Cançado Trindade, “Como, según los Estados, no existe un derecho humano a migrar, el control de las entradas migratorias está

---

<sup>218</sup> “[...] expressão cultural de um povo, sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo [...]”. MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria; VITÒRIA, Ana. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual - direito pós moderno?. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, v. 4, p. 333-360, 2011, p. 333-334. (tradução nossa)

<sup>219</sup> GARCÍA, Teresa de Jesús Portador. Derechos humanos de niños, niñas, adolescentes y mujeres migrantes en los instrumentos internacionales. *Agenda Política*, v. 8, n. 3, p. 124-162, 2022, p. 126.

sujeto a sus propios criterios "soberanos", también para "proteger" sus mercados". Es así, que los Estados en lugar de aplicar políticas que tengan foco en la persona humana, priorizan: proteger (mercados), controlar (flujos) y sancionar (a quienes no cumplimentaban los requisitos para ser admitidos como inmigrantes regulares) es allí donde opera la criminalización.<sup>220</sup>

De acuerdo con Wray<sup>221</sup>, las democracias occidentales han adoptado diferentes medidas proteccionistas para "controlar" el flujo migratorio, pero es necesario cuestionar si dichas medidas resultan adecuadas. Los propios Estados han reconocido la "importancia de proteger los Derechos Humanos de quienes migran, especialmente de mujeres, niños y otros grupos vulnerables, durante cada etapa del proceso migratorio".<sup>222</sup>

De tal forma, se considera que los procesos migratorios crean un escenario complejo y así como es necesario un enfoque interdisciplinario en el abordaje/tratamiento de las migraciones, se necesitan políticas de integración, no discriminatorias, eficientes y con visión de futuro, porque los movimientos migratorios no cesarán.<sup>223</sup> En este punto, cabe retomar a Benhabib, quien plantea que la riqueza de las naciones debe estudiarse y comprenderse en función de la historia y la economía mundiales, porque en un mundo caracterizado por las interdependencias radicales entre los pueblos, las obligaciones trascienden el mero deber de asistencia.<sup>224</sup>

Si apelamos a un ejemplo, en los últimos treinta años, tanto desde una perspectiva comunicacional (desde los medios de comunicación) como desde las

---

<sup>220</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights. *Rev. Bras. Polít. Int.*, v. 51, n. 1, 2008, p. 149. El autor aún señala que: "As, in the view of States, there is no human right to immigrate, the control of migratory entries is made subject to their own "sovereign" criteria, also to "protect" their internal markets."

<sup>221</sup> WRAY, Benedict S. Citizenship & Migration: The Problem of Who Should Regulate. *European Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 2, 2011, p. 1-3, p. 2.

<sup>222</sup> NACIONES UNIDAS. *Migración Internacional y Desarrollo* - Informe del Secretario General. Nueva York, 2014, p. 06. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9736.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2014/9736>. Acceso en: 21 fev. de 2022.

<sup>223</sup> CRÉPEAU, François. Protecting the Human Rights of Migrants as Part of a Long-Term Strategic Vision on Mobility and Diversity. In: ATAK, Idil; SIMEON, James C. *The Criminalization of Migration: Context and Consequences*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2018.

<sup>224</sup> BENHABIB, Seyla. *The right of others: aliens, residents and citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 99-101.

políticas de diversos estados, se ha criminalizado la migración irregular.<sup>225</sup> Lo más importante, la mentada criminalización no siempre se refleja en el propio derecho penal, sino también en los procedimientos administrativos.

De acuerdo con la propia ONU, la migración se encuentra dentro de las discusiones de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)<sup>226</sup>, concretamente en el punto 10.7<sup>227</sup> y por tanto cabe revisar las disposiciones que colocan a las personas migrantes en el lugar de "transgresoras". Ya la IOM resalta la falta de datos certeros sobre la cantidad de NNyA que mueren y/o desaparecen en contextos migratorios y apunta que entre enero de 2014 y junio de 2017 se registraron 665 muertes (sin aclarar edades)<sup>228</sup>. Estos datos dan cuenta de cómo la criminalización afecta -desde hace años- a quienes migran y los empuja a arriesgar sus vidas.

La propia CEPAL apunta que:

*[...] encomendar la política migratoria a los organismos policiales encargados de vigilar las fronteras es una opción inapropiada para la gestión de un fenómeno de tanta complejidad económica, social y cultural. Ello redundaría en la agudización de prácticas restrictivas que no son coherentes con lo que la mayoría de los gobiernos declara acerca de la migración.*<sup>229</sup>

Así el control excesivo en manos de autoridades policiales no se presenta como una alternativa adecuada para la recepción de personas migrantes ni respetuosa de los Derechos Humanos.

---

<sup>225</sup> CRÉPEAU, François. Rejecting Criminalisation and Externalization: Moving from Enforced Closure and Regulated Mobility. *Georgetown Law Journal Online*, v. 104, 2015-2016, p. 116.

<sup>226</sup> NACIONES UNIDAS. *Objetivos de desarrollo sostenible*. 2015. Disponible em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>. Acceso em: 21 fev. 2021.

<sup>227</sup> Objetivo 10: Reducir la desigualdad en y entre los países:

10.7 Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas

<sup>228</sup> NACIONES UNIDAS. Organización Internacional para las Migraciones. *La escasez de datos sobre muertes de niños y mujeres migrantes es destacada en un nuevo informe de la OIM*. 2017. Disponible em: <https://www.iom.int/es/news/la-escasez-de-datos-sobre-muertes-de-ninos-y-mujeres-migrantes-es-destacada-en-un-nuevo-informe-de-la-oim>. Acceso em: 21 jan. 2022.

<sup>229</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Globalización y Desarrollo*. 2002. Disponible em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024_es.pdf). Acceso em: 21 jan. 2022. p. 248.

A propósito, la criminalización de NNYA no acompañados conforme explica Bhabha empuja a NNYA a situaciones coercitivas, daños y peligros ocasionando violaciones de derechos humanos en lugar de prevenirlas.<sup>230</sup> Se puede inferir así, que es fundamental para salvaguardar el interés superior del niño que se establezcan mecanismos eficaces para su recepción al arribar en las fronteras. Inclusive, se remarca la necesidad que se dé intervención a la autoridad nacional competente en materia de infancia (no a las fuerzas policiales). Dicha recepción incluye tomar en consideración aspectos lingüísticos que aseguren que NNYA comprendan cabalmente la situación, etarios (adecuados a su edad), su *background* cultural así como sus reacciones.<sup>231</sup>

El concepto *crimmigration* fue acuñado por la jurista Stumpf<sup>232</sup> en Estados Unidos para explicar la intersección entre el derecho migratorio y el derecho penal, ya que ambos sistemas se utilizan "para excluir de la comunidad y determinar cuándo los individuos pueden unirse (o reincorporarse) a la sociedad" <sup>233</sup> comportándose como "guardianes de la pertenencia en nuestra sociedad".<sup>234</sup>

Paralelamente, la doctrinaria señala que mientras el derecho penal supone la segregación a través del encarcelamiento<sup>235</sup>, las leyes migratorias expulsan a las personas inmigrantes ("no ciudadanos") del país sin tener en cuenta el vínculo efectivo de la persona en la comunidad, su inserción, sus lazos o vínculos familiares, laborales y sociales.<sup>236</sup> De hecho, cabe señalar que, aunque parezca que la migración

---

<sup>230</sup> BHABHA, Jacqueline. Lone Travelers: Rights, Criminalization, and the Transnational Migration of Unaccompanied Children. *University of Chicago Law School Roundtable*, v. 7, 2000, p. 275-276. La autora señala aún que: "However, much criminalization of unaccompanied child migration operates in the opposite way by pushing children into coercive situations, and producing rather than preventing human rights abuses."

<sup>231</sup> BHABHA, Jacqueline. Lone Travelers: Rights, Criminalization, and the Transnational Migration of Unaccompanied Children. *University of Chicago Law School Roundtable*, v. 7, 2000, p. 281.

<sup>232</sup> STUMPF, Juliet P. Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste. *UCLA Law Review*, v. 58, n. 6, 2011, p. 1708.

<sup>233</sup> "[...] serve as systems both for excluding individuals from the community and for determining when individuals may join (or rejoin) society." STUMPF, Juliet P. Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste. *UCLA Law Review*, v. 58, n. 6, 2011, p. 1708. (tradução nossa)

<sup>234</sup> STUMPF, Juliet P. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, v. 56, n. 2, 2006, p. 396.

<sup>235</sup> STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, v. 56, n. 2, 2006, p. 397.

<sup>236</sup> STUMPF, Juliet P. Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste. *UCLA Law Review*, v. 58, n. 6, 2011, p. 1705.

y el derecho penal convergen, existe una diferencia sustancial en cuanto a la estructura de los sistemas de sanciones/penalidades.

Esto se debe a que, mientras el derecho penal impone sanciones en diferentes grados según la conducta incriminada (tipos penales), el derecho migratorio impone la "expulsión" del no ciudadano.<sup>237</sup> Por lo tanto, se observa que el Estado manifiesta con ambas sanciones una "condena moral"<sup>238</sup>, porque mientras el derecho penal presume la ciudadanía el derecho migratorio la niega (presume la no pertenencia).<sup>239</sup> En consonancia con lo anterior, la autora expresa que los múltiples delitos cometidos por los migrantes reciben una pena mayor a la que ellos podrían prever<sup>240</sup> y, por lo tanto, da cuenta de la importancia del asesoramiento jurídico en estos casos de vulnerabilidad.

Cabe destacar que tanto el derecho migratorio como el derecho penal toman en consideración indicadores temporales, a partir de los cuales se proyectan diversos efectos jurídicos: permitirán la obtención de un determinado estatus migratorio (o no), la aplicación de sanciones por la transgresión de cierta legislación migratoria o bien determinarán las circunstancias de comisión del delito, si hubo premeditación, cuáles fueron las circunstancias, etc.

Stumpf apunta que la crimmigración en Estados Unidos pone en desventaja a las personas migrantes, ya que los derechos reconocidos constitucionalmente son más limitados y los Tribunales han conectado el derecho migratorio con la política exterior<sup>241</sup>, por ejemplo en lo que respecta al acceso al "procedimiento penal."<sup>242</sup> En todos los casos, el tiempo es un elemento que se convierte en determinante para la adquisición de la ciudadanía y adquiere el sentido de pertenencia, ya sea por

---

<sup>237</sup> STUMPF, Juliet P. Penalizing Immigrants. *Federal Sentencing Reporter*, v. 18, n. 4, 2006, p. 264-265.

<sup>238</sup> STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, v. 56, n. 2, 2006, p. 412.

<sup>239</sup> STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, v. 56, n. 2, 2006, p. 399-400.

<sup>240</sup> STUMPF, Juliet P. Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste. *UCLA Law Review*, v. 58, n. 6, 2011, p. 1706.

<sup>241</sup> STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, v. 56, n. 2, 2006, p. 392.

<sup>242</sup> STUMPF, Juliet P. Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste. *UCLA Law Review*, v. 58, n. 6, 2011, p. 1711.

naturalización en el país o por adquisición a través del *ius sanguini* (donde el "tiempo" fue acreditado por los progenitores).

Así, conforme sostiene la autora, la exclusión que generan las leyes crimigratorias que perjudica a las personas no ciudadanas es una cuestión que se manifiesta en cuatro ámbitos: la ampliación de las circunstancias en las que los gobiernos pueden imponer la deportación, la detención y el encarcelamiento como sanción; el aumento de las leyes que conectan la conducta migratoria con los delitos; la regulación legal de la migración fuertemente inspirada en las leyes penales (por ejemplo, la generación de bases de datos); y la eliminación de la discrecionalidad de juicio de los migrantes.<sup>243</sup> Sin embargo, la exclusión y condena a las personas migrantes acaba afectando a una parte de la población de extrema vulnerabilidad.

La migración "irregular" es "una violación de una norma administrativa"<sup>244</sup>, no está constituida en sí misma como delito, no está tipificada y por lo tanto no atenta contra las personas, los bienes o la seguridad del Estado. Sin embargo, en esa migración "irregular" ya se aplican medidas que sancionan a las personas que han migrado forzosamente, "incluidos los refugiados, por el hecho de entrar o permanecer en un país de forma irregular, utilizando documentos falsos o trabajando sin autorización".<sup>245</sup>

La crimigración, también denominada "delito de movilidad", se centra en la falta de documentación. Sin embargo, no hay pruebas empíricas que demuestren la reducción o el aumento de la cantidad de delitos vinculados a la migración. Esto, porque no hay una "víctima directa" y porque los principios de proporcionalidad y daño no se ven afectados, ya que se crea un "delito"<sup>246</sup> a partir de una infracción administrativa. Así, es importante señalar que se ha intensificado la crimigración, es

---

<sup>243</sup> STUMPF, Juliet P. Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste. *UCLA Law Review*, v. 58, n. 6, 2011, p. 1726-1729.

<sup>244</sup> CRÉPEAU, François. Rejecting Criminalisation and Externalisation: Moving from Enforced Closure and Regulated Mobility. *Georgetown Law Journal Online*, v. 104, 2015-2016, p. 120. El autor señala aún que: "It is a violation of an administrative regulation that obliges us to present ourselves at a specific point of entry with appropriate papers [...]"

<sup>245</sup> ATAK, Idil; SIMEON, James C. *The Criminalization of Migration: Context and Consequences*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2018. El autor señala aún que: "Criminal penalties have been imposed on forced migrants, including refugees, for entering or staying in a country in an irregular manner, or using false documents, or for unauthorized employment. Detention has not only become increasingly common but pervasive".

<sup>246</sup> ALIVERTI, Ana. Crimes of Mobility - Criminal Law and the Regulation of Immigration. *European Journal of Migration and Law*, v. 16, n. 2, 2014, p. 303.

decir, la "criminalización de la migración y la securitización de las fronteras a escala mundial".<sup>247</sup>

Por su parte Zago de Morães indica que es justamente por medio de las disposiciones migratorias fijadas por cada Estado donde se refleja su mayor poder discrecional pues a través de ellas los Estados soberanos deciden en definitiva "[...] quienes pueden ser excluidos del territorio nacional y privados de su condición de miembros de la sociedad."<sup>248</sup> Además, la autora señala que en la securitización de las migraciones se presenta a la persona migrante en términos de competencia, como rivales de la población "nativa" y como potencial amenaza a una identidad nacional consolidada.<sup>249</sup>

En el "Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación irregular y algunas líneas de acción para su protección" llevado a cabo por la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) y Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe (UNICEF TACRO), se señala "[...] que la detención de migrantes (adultos o niños) no debería constituir un castigo por la entrada irregular al territorio de otro Estado, o bien por la carencia o el vencimiento de la autorización para residir allí".<sup>250</sup> Paralelamente se indica las detenciones o privaciones de la libertad que no puede ser una medida punitivista toda vez que migrar no es un delito. En ese sentido manifiesta preocupación por la "incorrecta asociación entre migrantes en situación irregular y delincuencia".<sup>251</sup>

Debe apuntarse que la criminalización de la movilidad humana trae aparejados múltiples perjuicios para NNyA no acompañados puntualmente. Basta

---

<sup>247</sup> DOMENECH, Eduardo; DIAS, Gustavo. Regimes de fronteira e "ilegalidade" migrante na América Latina e no Caribe. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 22, n. 55, 2020, p. 46. Disponível em: <http://doi.org/10.1590/15174522-108928>. Acesso em: 03 fev. 2022.

<sup>248</sup> "[...] quem pode ser excluído do território nacional e destituído da própria condição de membro da sociedade." MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre a política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016, p. 226. (tradução nossa)

<sup>249</sup> MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre a política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016, p. 228.

<sup>250</sup> ABRAMOVICH, Víctor (dir.). *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en américa latina y el caribe: Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*. Lanús: Universidad Nacional de Lanús, 2009. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7445.pdf>. Acesso em: 8 sep. 2021.

<sup>251</sup> ABRAMOVICH, Víctor (dir.). *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en américa latina y el caribe: Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*. Lanús: Universidad Nacional de Lanús, 2009, p. 21.



recordar conforme fue señalado *ut supra* las vulnerabilidades palpables en los niños -individuales, familiares, comunitarias, estructurales- que se ven agravadas por la crimigración. Esto, lejos de desalentar sus procesos migratorios, los coloca en una situación de fragilidad mayor, vulnera la efectivización de sus derechos y los obliga a adoptar rutas aún más riesgosas.

Es así como, la asociación de personas migrantes con estereotipos *v.g.* que los ligan con delitos implica la utilización de la categoría de "no-ciudadano" para estigmatizar, discriminar y para el incumplir en última instancia los derechos internacionalmente reconocidos dentro del paradigma de protección integral de la infancia (plasmados en la CDN).

En este sentido, estudios dentro de la denominada criminología crítica apuntan que el control punitivo de la migración no es nada nuevo, sino que se constituye como una fase de la "regulación económica estatal", especialmente en lo que respecta al "mercado de trabajo".<sup>252</sup> Conforme Zaffaroni<sup>253</sup>, los medios de comunicación son capaces de crear una realidad a través de las imágenes que deciden difundir, los titulares de las noticias y la redacción, en definitiva de la (des)información que se genera.

De acuerdo con Bourdieu, "[...] el mundo periodístico posee un verdadero monopolio sobre los instrumentos de producción y difusión de la información a gran escala y, a través de estos instrumentos, sobre el acceso de los ciudadanos de a pie"<sup>254</sup>, por lo que estos medios son formadores de la opinión pública e influyen en la vida pública. Así, varios periódicos de gran tirada (BBC, El País, La Nación, etc.) y canales de televisión han emitido noticias vinculadas a la migración y a la "crisis migratoria", con una marcada carga ideológica y su correlativo poder simbólico.

---

<sup>252</sup> QUINTEROS, D. ¿Nueva 'crimigración' o la vieja economía política del castigo? dos aproximaciones criminológicas para entender el control punitivo de la migración en Chile. *Astrolabio*, n. 17, 2016, p. 81. Disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/astrolabio/article/view/16176>. Acceso en: 20 mayo 2021.

<sup>253</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 128.

<sup>254</sup> "[...] o campo jornalístico detém um monopólio real sobre os instrumentos de produção e de difusão em grande escala da informação, e, através desses instrumentos, sobre o acesso dos simples cidadãos." BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 65. (tradução nossa)

En esta perspectiva, Bayer<sup>255</sup> señala que los medios de comunicación, a través de la difusión del "miedo y la violencia extrema", elementos clave para la elaboración de políticas criminales de cada país, terminan fomentando la adopción de medidas que debilitan al paradigma de los Derechos Humanos, la dignidad de las personas y refuerzan el punitivismo estatal. Esto promueve estereotipos que vinculan a las personas migrantes con el terrorismo (sobre todo después del 11 de septiembre de 2001), los delitos, la falta de trabajo, lo que acaba estigmatizando a un grupo ya vulnerable, generando más exclusión e intolerancia.

El estudio "*The migrant Other: A Visual Analysis of Migration in UK media*" pone de manifiesto el poder de las imágenes en la construcción de discursos políticos y su relación con los sentimientos que evoca. Se advierte sobre la importancia del manejo realizado con posterioridad a la difusión de imágenes y para ilustrar, retoma la fotografía de un niño sirio (Alan Kurdi) fallecido en la costa de Turquía. Así, se demuestra cómo la cobertura mediática fue divergente en los medios europeos (*The Guardian*, *The Telegraph*) y cómo ello influyó en el discurso que se instaló sobre la migración en UK.<sup>256</sup> Es así, que se enfatiza en el poder de las imágenes como herramientas que pueden ser utilizadas para concebir o presentar a las personas migrantes como "los otros", aquellos que no pertenecen a un Estado Europeo o generar empatía y discursos de apoyo pues a fin de cuentas se percibe a la migración como un discurso preeminente politizado.<sup>257</sup>

Hasta este punto se revisó el concepto de crimigración, la importancia de que la irregularidad administrativa del proceso migratorio no acarree sanciones con finalidad punitiva, la discrecionalidad de los Estados para fijar sus políticas migratorias y la influencia de los medios de comunicación en la construcción y difusión de estereotipos. Ahora bien, la crimigración procura el control o el disciplinamiento de las subjetividades migrantes que se presentan como "riesgos

---

<sup>255</sup> BAYER, Diego Augusto. Mass Media in the Era of Misinformation, the Reproduction of Fear and Its Influence on Criminal Policy. *Revista Temas Socio-Juridicos*, 71, 2016, p. 126-133.

<sup>256</sup> MCIVER, John. The Migrant Other: A Visual and Textual Analysis of Migration in UK Media. *Anthropology*, University of Victoria, 2017, p. 03-08.

<sup>257</sup> MCIVER, John. The Migrant Other: A Visual and Textual Analysis of Migration in UK Media. *Anthropology*, University of Victoria, 2017, p. 28-29.

potenciales"<sup>258</sup>, se encuentra no sólo en las leyes y disposiciones administrativas de los Estados sino también en la aplicación y el procedimiento.<sup>259</sup> Es así, que también está ligada a los propios modelos de gobernanza que los Estados adoptan.

Siguiendo a Mármora<sup>260</sup>, se pueden identificar tres modelos de gobernanza migratoria, a saber: el modelo de securitización (que posiciona la migración como parte de una política de seguridad nacional, donde el migrante e incluso su cultura e identidad se presentan como una "amenaza" potencial), el modelo de "beneficios compartidos" (que se basa en tratados internacionales así como en acuerdos entre países que fomentan la migración para cubrir determinados puestos de trabajo) y el modelo de desarrollo humano de la migración (que valga la redundancia se presenta como el más "humano" y respetuoso con los Derechos Humanos de los migrantes, pues coloca la dignidad humana en el centro de la política migratoria).

Recapitulando, la crimigración puede ser ubicada con más facilidad dentro del modelo securitario. La securitización puede definirse como el proceso por el cual una determinada temática se transforma en un problema de seguridad con total independencia de su naturaleza objetiva o de la relevancia específica de la supuesta amenaza.<sup>261</sup> Dicho fenómeno, vinculado a la idea de seguridad de los Estados fue ampliamente estudiado en las ciencias políticas.

En este sentido, Campesi señala que también existen tres paradigmas de securitización de la migración, a saber: el paradigma clásico que enfatiza y entiende la migración como un "peligro para el orden público y la seguridad del Estado", además de apoyarse en la idea del "aumento de la delincuencia y el desorden urbano"; el paradigma de la migración como una amenaza principalmente identitaria y política, ya que se refuerza la idea de que altera el "equilibrio étnico y cultural" de

---

<sup>258</sup> BRANDARIZ, José Ángel; MENDIOLA, Ignacio. Introducción: una mirada interdisciplinaria a la frontera como espacio y proceso. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n. 122, 2019, p. 11.

<sup>259</sup> GONZÁLEZ, Ana. Crimigración. *El país*, 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: [https://elpais.com/elpais/2019/02/03/3500\\_millones/1549217702\\_138027.html](https://elpais.com/elpais/2019/02/03/3500_millones/1549217702_138027.html). Acesso em: 14 jul. 2021.

<sup>260</sup> MÁRMORA, Lelio. Modelos de gobernabilidad migratoria - La Perspectiva Política en América Del Sur. *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, Brasília, a. XVIII, n. 35, p. 71-92, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4070/407042012004.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

<sup>261</sup> CAMPESI, Giuseppe Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea. *Revista crítica penal y poder*, n. 3, 2012, p. 05. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/3657/6724CREPEAU>. Acesso em: 07 maio 2022.

las sociedades; y el último paradigma, que concibe a la migración como una amenaza de tipo socioeconómico, es decir, sitúa a los migrantes como competidores en el mercado laboral o potenciales beneficiarios de las ayudas de los estados de bienestar.<sup>262</sup>

En esa línea, el autor sostiene que la política migratoria representa el "control" de los flujos de población y está vinculada en el imaginario de los expertos en seguridad a los peligros y amenazas vinculados a los movimientos transfronterizos clandestinos.<sup>263</sup> Por lo tanto, la "ilegalidad" en el proceso migratorio se presenta como un potencial peligro, una "amenaza" para la sociedad dónde se posiciona a las personas migrantes como merecedores de control.

En este contexto, la policía de fronteras se enfrenta a diferentes retos, entre ellos "conciliar el proceso de globalización y la integración económica regional".<sup>264</sup> Por lo tanto, las propias fronteras ya no se consideran solo producto de las relaciones sociales, sino también sus productores, variables importantes para explicar diversos fenómenos contemporáneos.<sup>265</sup> En este sentido, las fronteras también están determinadas e influenciadas por las "luchas de los migrantes", que tienen un papel clave en la definición y delimitación de las políticas migratorias.<sup>266</sup>

A título ejemplificativo, tanto el Mercado común del Sur (MERCOSUR) como la Unión Europea (UE) han adoptado directrices divergentes que, según Arcarazo y Geddes<sup>267</sup> son opuestas en lo que respecta al tratamiento de la migración irregular. Esto se debe a que, mientras que en la UE la gobernanza de las migraciones se caracteriza como un proceso "restrictivo y securitizado", centrado en la regulación

---

<sup>262</sup> CAMPESI, Giuseppe Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea. *Revista crítica penal y poder*, n. 3, 2012, p. 06-08.

<sup>263</sup> CAMPESI, Giuseppe Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea. *Revista crítica penal y poder*, n. 3, 2012, p. 03.

<sup>264</sup> CAMPESI, Giuseppe Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea. *Revista crítica penal y poder*, n. 3, 2012, p. 13.

<sup>265</sup> ALMEIDA, Jalcione. Fronteiras, fluxos migratórios e produção da "ilegalidade migrante. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 22, n. 55, 2020, p. 11. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S151745222020000300009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222020000300009&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>266</sup> DOMENECH, Eduardo; DIAS, Gustavo. Regimes de fronteira e "ilegalidade" migrante na América Latina e no Caribe. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 22, n. 55, 2020, p. 43. Disponível em: <http://doi.org/10.1590/15174522-108928>. Acesso em: 03 fev. 2022.

<sup>267</sup> ARCARAZO, Diego Acosta; GEDDES, Andrew. Transnational Diffusion or Different Models: Regional Approaches to Migration Governance in the European Union and Mercosur. *European Journal of Migration and Law*, v. 16, n. 1, 2014, p. 21-22.

de las migraciones "no deseadas por los Estados y la UE"<sup>268</sup>; la política del MERCOSUR se ha caracterizado como post-neoliberal, más abierta y receptiva a los flujos migratorios. Una vez más se advierte que la UE, como proceso de integración regional, ha alcanzado un alto grado de integración política y económica, e incluye políticas comunes en materia de migratoria y solicitud de asilo.<sup>269</sup> Paralelamente, el MERCOSUR se encuentra en un estado de integración menor, todavía económico es así que no es posible identificar un único modelo de gobernanza "común".

No obstante, en el MERCOSUR, tras el "Acuerdo de Residencia" de 2002 (que entró en vigor en 2009), se permite a los nacionales de los países que integran el bloque vivir y trabajar durante dos años si tienen su identificación (Documento Nacional de Identidad) y no tienen antecedentes penales, además de reconocer su derecho al trabajo, a la reagrupación familiar, a la educación, entre otros.<sup>270</sup>

Además, en la política migratoria de América Latina existen numerosos acuerdos bilaterales en materia de migración, como la Conferencia Sudamericana de Migraciones, el "Foro Especializado de Migraciones del Mercosur" y el "Foro Andino de Migraciones" (cuyos avances han supuesto un posicionamiento regional), así como la construcción del Plan Sudamericano de Desarrollo Humano para las Migraciones (PSDHM). Todos ellos se enmarcan en una perspectiva de desarrollo humano para la migración, hecho que sin duda repercute en los derechos sociales, civiles y políticos que se garantizarán a los migrantes, así como en la participación que se les permitirá en estos nuevos espacios.

A su vez, en el espacio Schengen -que materializa la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales para la mayoría de los países de la Unión Europea-, se ha otorgado la función policial transnacional a FRONTEX (Agencia Europea de Fronteras y Guardacostas), con amplios poderes utilizados en el proceso de securitización de sus fronteras exteriores. Al respecto, Campesi señala que según

---

<sup>268</sup> ARCARAZO, Diego Acosta; GEDDES, Andrew. Transnational Diffusion or Different Models: Regional Approaches to Migration Governance in the European Union and Mercosur. *European Journal of Migration and Law*, v. 16, n. 1, 2014, p. 23.

<sup>269</sup> ARCARAZO, Diego Acosta; GEDDES, Andrew. Transnational Diffusion or Different Models: Regional Approaches to Migration Governance in the European Union and Mercosur. *European Journal of Migration and Law*, v. 16, n. 1, 2014, p. 22.

<sup>270</sup> ARCARAZO, Diego Acosta; GEDDES, Andrew. Transnational Diffusion or Different Models: Regional Approaches to Migration Governance in the European Union and Mercosur. *European Journal of Migration and Law*, v. 16, n. 1, 2014, p. 32.

la pertenencia a un determinado Estado miembro de la UE, su "ciudadanía" comporta el reconocimiento de sus prerrogativas.<sup>271</sup>

Dentro de la UE, aunque existe una política común en materia de gobernanza migratoria plasmada desde su tratado constitutivo, cada país decide libremente el número de migrantes que aceptará.<sup>272</sup> Así, la "Directiva 2008/115 sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular", también llamada "Directiva de Retorno", se ha centrado en la detención de quienes se encuentran en situación de migración irregular, es decir, contempla a aquellas personas que no-nacionales de la UE (pues los nacionales poseen según la legislación de la UE derecho a la libre circulación).<sup>273</sup>

Se subraya que no se requiere una condena penal para la detención, pero que debe respetarse el principio de necesidad (sólo cuando sea indispensable para garantizar el retorno) y el principio de proporcionalidad (entre medios y fines).<sup>274</sup> El instrumento reconoce la necesidad de establecer "un piso" de garantías mínimas para respetar los derechos de los implicados. Así, pueden resumirse que: la detención (con la menor duración posible) como medida extremadamente necesaria para preparar/efectuar el retorno o la expulsión cuando exista riesgo de fuga o la persona evite el obstáculo dicho retorno (artículo 15); las garantías que deben asegurarse en relación con la unidad familiar, el tratamiento médico de las enfermedades urgentes, el acceso a la educación básica de los niños y adolescentes y la consideración de las necesidades especiales de las personas vulnerables (artículo 14); y al mismo tiempo destaca que los niños sólo pueden ser detenidos como último recurso, teniendo en cuenta su "interés superior" y durante el período más breve posible (artículo 17).

En suma, el fenómeno de la crimigración ligado a la securitización de las fronteras incremento en los últimos años y afecta a los niños que migran solos

---

<sup>271</sup> CAMPESI, Giuseppe Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea. *Revista crítica penal y poder*, n. 3, 2012, p. 04. Disponible em:

<http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder//3657/6724CREPEAU>. Acesso em: 07 maio 2022.

<sup>272</sup> ARCARAZO, Diego Acosta; GEDDES, Andrew. Transnational Diffusion or Different Models: Regional Approaches to Migration Governance in the European Union and Mercosur. *European Journal of Migration and Law*, v. 16, n. 1, 2014, p. 34.

<sup>273</sup> CARVALHO, Felipe Augusto Lopes. Criminalization of Illegal Immigrants in the European Union: New Paradigms from the Celaj Case. *Brazilian Journal of International Law*, v. 16, n. 1, 2019, p. 254.

<sup>274</sup> CARVALHO, Felipe Augusto Lopes. Criminalization of Illegal Immigrants in the European Union: New Paradigms from the Celaj Case. *Brazilian Journal of International Law*, v. 16, n. 1, 2019, p. 259.

colocándolos en una situación de vulnerabilidad aún mayor debido a factores externos (políticas de gobernanza migratoria). En el próximo capítulo, se revisarán las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos en lo que respecta a NNyA migrantes no acompañados y la efectivización de sus derechos.





### 3

## LA (IN)EXISTENCIA DE DIÁLOGO ENTRE LA CORTE IDH Y LA CEDH EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE NNyA MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

En el presente capítulo se revisará la importancia del diálogo entre la CORTE IDH y CEDH, para ello primero se señala la importancia de dichas interacciones, seguidamente se apuntan los casos/opiniones consultivas que fueron encontrados respondiendo al término de búsqueda definido ("unaccompanied migrant children" en la CEDH, "niños migrantes no acompañados", "niños migrantes" en la CORTE IDH). Para a partir de ahí señalar los puntos coincidentes entre ambos tribunales.

Cançado Trindade apunta que la multiplicidad de tribunales, caracteriza al siglo XXI, y que fue decisivo para la ampliación de la jurisdicción internacional, lo que ha conducido a reforzar la responsabilidad internacional de Estados e individuos.<sup>1</sup> En ese sentido, dichos tribunales colaboran para la realización del ideal de justicia, eso toda vez que acceder a ellos implica "[...] afirmación y reconocimiento de la personalidad jurídica internacional y de la capacidad del individuo para reivindicar los derechos que le son inherentes como ser humano, incluso frente a su propio Estado."<sup>2</sup>

En ese sentido, el doctrinario explica que las personas humanas se presentan como sujetos activos peticionando ante los tribunales internacionales y como correlato, en su faz pasiva ante los tribunales penales internacionales contemporáneos lo que contribuye justamente a preservar la creencia en un

---

<sup>1</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 44. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/15>. Acesso em: 07 mar. 2022.

<sup>2</sup> "[...] afirmação e reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do indivíduo, para vindicar os direitos que lhe são inerentes como ser humano, inclusive vis-à-vis seu próprio Estado." CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 38. (tradução nossa)

ordenamiento jurídico internacional y en que las violaciones de DDHH no quedan impunes.<sup>3</sup>

En este punto, resulta procedente advertir que los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos intervienen ante fallas de los propios Estados, que no pudieron garantizar los DDHH de las personas bajo su jurisdicción o bien reparar los daños causados. Así, la importancia de la CORTE IDH y CEDH radica en que establecen el piso mínimo de derechos que deben ser garantizados y señalan cuando los Estados dentro de su sistema interno han actuado de forma incompatible con el respeto de la dignidad y Derechos Humanos; cada una en su ámbito de aplicación.

Cançado Trindade, recalca que no hay jerarquías entre los tribunales sino que por el contrario, constituyen una "red policéntrica de tribunales internacionales (posible embrión de un futuro poder judicial internacional)."<sup>4</sup> Así pues, la "lucha" por cualquier protagonismo deviene *demodé*/ inútil pues cada tribunal debe (pre)ocuparse por su trabajos y sentencias que son complementarias. En palabras del referido autor: "La coordinación y el diálogo entre los tribunales internacionales son de suma importancia"<sup>5</sup> toda vez que cada uno tiene su propia jurisdicción no siendo ellas "conflictivas."<sup>6</sup>

En resumidas cuentas, cabe a los tribunales internacionales esa función de coordinación y complementariedad que puede ocurrir, como será señalado posteriormente, a través del diálogo (horizontal, no obligatorio, abierto) y de la armonía tanto institucional cuanto jurisprudencial que reafirman el compromiso del

---

<sup>3</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 39-40.

<sup>4</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 46.

<sup>5</sup> "A coordenação e o diálogo entre os tribunais internacionais são de suma importância." CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 45. (tradução nossa)

<sup>6</sup> En palabras del autor: "A contrário do que muitos ainda supõem em tantos países, as jurisdições nacional e internacional, neste início do século XXI, não são concorrentes ou conflitivas, mas sim complementares, em constante interação na proteção dos direitos da pessoa humana e na luta contra a impunidade dos violadores de tais direitos". (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 61.)

Derecho Internacional. Por otra parte, debe mencionarse un dato cuanto menos alarmante y es que solo “una parcela ínfima de las múltiples injusticias y abusos perpetrados diariamente contra los seres humanos y los pueblos en todo el mundo”<sup>7</sup> llegan a los tribunales internacionales. Dicha afirmación, ya comporta un “adelanto” en lo que respecta a la cantidad de casos que involucran NNYA migrantes que han “llegado” a las Cortes Supracionales -como se apuntará en lo venidero-.

Cançado Trindade enumera tres aspectos fundamentales en esa búsqueda por la realización del ideal de justicia internacional que resultan útiles para encarar los diálogos. El primer aspecto son principios generales, que constituyen el propio *substratum* del Derecho y se presentan como indispensables al tiempo que explica que los tribunales internacionales han aplicado con frecuencia el principio de la dignidad humana y el pro-víctima (sobre la idea de *prima principia* el autor ahonda en la Opinión Consultiva OC 18/03 de la Corte IDH (que será retomada posteriormente).

El segundo aspecto, se refiere a la unidad del derecho, que garantiza *the rule of law, préeminence du droit* tanto en los ordenamientos nacionales como internacionales toda vez que los tribunales internacionales actúan de forma subsidiaria. El último principio apunta a la importancia de la jurisdicción internacional como partícipe -junto a los Estados que deben realizar un control de convencionalidad- de la realización del ideal de justicia.<sup>8</sup>

En ese sentido, el jurista refiere a la existencia de convergencias entre los diversos ramos del Derecho:

[...] no sólo entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, así como entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho de los Derechos Humanos y Derecho Internacional

---

<sup>7</sup> “Não há que passar despercebido que os casos que alcançam os tribunais internacionais constituem uma parcela ínfima das múltiplas injustiças e abusos perpetrados diariamente contra os seres humanos e os povos em todo o mundo.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 46. (tradução nossa)

<sup>8</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 54-62.

*Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados a nivel normativo, hermenéutico y operativo.*<sup>9</sup>

Arendt, ya apuntaba que la Declaración de los Derechos del hombre fue un momento clave pues “La proclamación de los derechos humanos tenía que significar también una protección muy necesitada en la nueva era, en la que los individuos ya no estaban afianzados en los territorios en los que habían nacido o seguros de su igualdad [...]”<sup>10</sup> Simultáneamente, advertía sobre el peligro de que refiera “a un ser humano <abstracto> que parecía no existir en parte alguna [...]”.<sup>11</sup> Piovesan recepta el debate sobre la naturaleza de los Derechos Humanos y señala que los Derechos Humanos son “[...] una construcción, una invención humana y, un proceso constante de construcción y reconstrucción”.<sup>12</sup> Asimismo, enfatiza en que la “internacionalización” de los DDHH y su consolidación surgen a mediados del siglo XX, en un clima de posguerra, con posterioridad a los crímenes del régimen nazista dónde “los seres humanos se tornaron superfluos y descartables”.<sup>13</sup>

Asimismo se destaca la importancia de los DDHH “como paradigma ético capaz de restaurar la lógica de lo razonable”<sup>14</sup> o en palabras de Arendt el derecho a tener derechos. En ese entendimiento, las violaciones de Derechos Humanos de las que son víctimas NNA migrantes no acompañados se presentan como una preocupación común, que trasciende el territorio nacional o doméstico. Así, resulta

---

<sup>9</sup> “Além da convergência entre as jurisdições nacional e internacional (supra), há muito venho sustentando (em meus escritos e Votos ao longo dos anos) as aproximações e convergências, no plano internacional propriamente dito, não só entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional, como também entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados, convergências estas a efetuar-se nos planos normativo, hermenêutico e operacional.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 61. (tradução nossa)

<sup>10</sup> ARENDT, Hannah. *Los Orígenes del totalitarismo*. España: Grupo Santillana de Ediciones, 1998, p. 243.

<sup>11</sup> ARENDT, Hannah. *Los Orígenes del totalitarismo*. España: Grupo Santillana de Ediciones, 1998, p. 243.

<sup>12</sup> “[...] um construído, uma invenção humana e, constante processo de construção e reconstrução.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111. (tradução nossa)

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119-120.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120.

posible responsabilizar a los Estados ante las violaciones de derechos por acción u omisión de sus instituciones y agentes.

Eso, recordando que “[...] la soberanía de los Estados no es un principio absoluto, sino que debe estar sujeta a ciertas limitaciones en favor de los Derechos Humanos.”<sup>15</sup> En ese sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se presenta como una “plataforma común de acción”<sup>16</sup> pues encuentra basamento en el respeto a la dignidad humana y apunta “valores básicos universales.”<sup>17</sup> La mencionada Declaración combina conforme la autora el “discurso liberal de la ciudadanía con el discurso social.”<sup>18</sup>

En el mismo sentido se manifiestan Accioly, Nascimento y Casella, al señalar que puede afirmarse que la Declaración Universal contiene principios del derecho consuetudinario que fueron reconocidas como normas del *jus cogens*.<sup>19</sup> En cuanto al debate entre relativismo y universalismo, Piovesan explica que el relativismo prioriza lo “colectivo” y está asociado a los sistemas imperantes en un momento dado (que incluye lo político, económico, cultural, social, moral) en cuanto el universalismo se enfoca en lo individual y se basan en la dignidad de la persona humana.<sup>20</sup>

Vale la pena resaltar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conforme doctrina Piovesan, tiene un carácter “subsidiario y es complementario al derecho nacional” (no pretende sustituirlo) sino que ante una falla dentro de los esquemas nacionales recién se activan los mecanismos internacionales que constituyen una “garantía adicional de protección.”<sup>21</sup>

<sup>15</sup> “[...] a soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121. (tradução nossa)

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142.

<sup>19</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 490-491.

<sup>20</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152-153.

<sup>21</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 161.

Por su parte Guerra afirma que:

*La multiplicidad de instrumentos internacionales en la post-segunda guerra mundial llevó a una nueva evolución de la protección internacional de los derechos humanos y, por tanto, en la actualidad se busca una justicia "globalizada", o "cosmopolita", que podría institucionalizarse en un tribunal supranacional.<sup>22</sup>*

Guerra explica que para que los derechos reconocidos a las personas no sean ilusorios deben ser proporcionados "medios y acciones que los aseguren" y aún más, apunta que es más factible que Estados que comparten un mismo contexto - histórico, geográfico, cultural, social- superen los obstáculos que se presentan para la efectivización de derechos.<sup>23</sup>

En esa línea, resulta importante mencionar que "Las nuevas manifestaciones de vulnerabilidad han instigado a reexaminar la forma de abordar los flujos migratorios. Pensar en estos movimientos en diferentes realidades requiere tratamientos que se adapten [...]."<sup>24</sup> De tal forma cabe atender a los casos que han llegado a ambas Cortes Supranacionales, Corte IDH y CEDH, para resaltar los puntos de encuentro entendiendo que cada sistema responde a las particularidades regionales.

En suma, se entiende que ante la inexistencia de un sistema global que brinde protección y seguridad ante las violaciones de derechos que acontecen en ámbitos domésticos cobran especial relevancia las Cortes de los sistemas regionales de protección de derechos. Así pues, quienes consideren sus derechos vulnerados

---

<sup>22</sup> "A multiplicidade de instrumentos internacionais no pós-Segunda Guerra levou a uma nova evolução da proteção internacional dos direitos humanos e por isso, hodiernamente busca-se uma "justiça globalizada", ou "cosmopolita" que poderia ser institucionalizada em um tribunal supranacional". GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 507-508. (tradução nossa)

<sup>23</sup> GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 507-508.

<sup>24</sup> "As novas manifestações de vulnerabilidades têm instigado a reexaminar a forma de tratamento dos fluxos migratórios. Pensar esses movimentos em realidades distintas exige tratamentos que adequem a determinados cenários [...]." ESIS, Ivette; PALUMA, Thiago; SILVA, Bianca Guimarães. Os parâmetros de proteção das migrações no sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Jurídica Unicritiba*, Curitiba, v. 02, n. 59, p.423-452, 2020, p. 48. (tradução nossa)

podrán petitionar y obtener en última instancia la protección y/o reparaciones debidas.

### 3.1 IMPORTANCIA DE LOS DIÁLOGOS ENTRE TRIBUNALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DDHH

Dentro de los sistemas de protección de Derechos Humanos, encontramos el Universal y los regionales: Europeo, Americano y africano (conforme surgieron). Accioly, Nascimento y Casella enseñan que la coexistencia de dichos sistemas son "aceptadas y difundidas."<sup>25</sup> La importancia de la protección internacional se acentuó con posterioridad a la segunda guerra mundial, después de las atrocidades cometidas por el régimen nazista, y se llega a hablar de la posmodernidad como el período de los Derechos Humanos (ya apuntado por Jayme).<sup>26</sup> Esto, en concordancia con lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas donde se plasma el compromiso con las generaciones futuras y la dignidad de todas las personas.<sup>27</sup>

Piovesan afirma que "El propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos-garantizando los mismos derechos- es ampliar y fortalecer la protección de los derechos humanos."<sup>28</sup> En otras palabras, la multiplicidad de instrumentos internacionales procura la efectividad de los derechos y proteger en última instancia la propia dignidad humana. Además, resalta que los sistemas regionales se complementan con el sistema universal pues tienen como finalidad "internacionalizar" los Derechos Humanos en su ámbito de aplicación que recepta las particularidades de sus naciones.<sup>29</sup> Se destaca que los instrumentos regionales tienden a perfeccionar la protección reconocida en el sistema universal y que

---

<sup>25</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 492.

<sup>26</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 483.

<sup>27</sup> NACIONES UNIDAS. *Carta de las Naciones Unidas: Preámbulo*. 1945. Disponível em: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/preamble>. Acesso em: 6 jun. 2022.

<sup>28</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242-245.

responden en última instancia a un común denominador: la Declaración Universal de los Derechos Humanos.<sup>30</sup>

Partiendo del carácter subsidiario de los tribunales internacionales, pues primeramente son los Estados quienes deben velar por el cumplimiento y respeto de los DDHH y eventualmente en caso de violaciones, tiene el deber de repararlas. Se plantea la importancia del diálogo como "puente" entre la CORTE IDH y la CEDH para la efectivización de los Derechos Humanos de NNYA en contextos migratorios.

Al respecto, debe hacerse notar el carácter "contra-mayoritario" de las jurisdicciones internacionales pues los casos que son llevados ante los sistemas de protección regionales involucran a personas que pertenecen a grupos vulnerables, a aquellas personas "localmente invisibles"<sup>31</sup> y que no obtuvieron una respuesta en los sistemas domésticos.<sup>32</sup> Es allí donde cabe situar a los casos de NNYA que migran solos pues pocos son los casos que llegaron a esas Cortes Supranacionales.

En palabras de Ramos: "A pesar de ser subsidiaria, la jurisdicción internacional sobre derechos humanos ofrece un último aliento de esperanza a quienes han sido ignorados bajo su propia soberanía."<sup>33</sup> En esa línea, se subraya la necesidad de que los tribunales nacionales también participen de los diálogos (en procura de una "armonización") y que ejerzan el control de convencionalidad pues cabe a los tribunales internacionales la última palabra en materia de interpretación de las garantías.<sup>34</sup> De lo contrario, prevalecerían interpretaciones domésticas y se refuerza

---

<sup>30</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

<sup>31</sup> "In these circumstances, the resort to international human rights bodies is the only alternative to those locally invisible." RAMOS, André de Carvalho. The counter-majoritarian essence of the international human rights processes: how to achieve the dialogue among courts?. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Arraes Editores. a. 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017 p. 342. (tradução nossa)

<sup>32</sup> RAMOS, André de Carvalho. The counter-majoritarian essence of the international human rights processes: how to achieve the dialogue among courts?. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Arraes Editores. a. 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017 p. 331.

<sup>33</sup> "In spite of being subsidiary, the international jurisdiction on human rights provides one final breath of hope to those who have been ignored under their own sovereignty." RAMOS, André de Carvalho. The counter-majoritarian essence of the international human rights processes: how to achieve the dialogue among courts?. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Arraes Editores. a. 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017 p. 331. (tradução nossa)

<sup>34</sup> RAMOS, André de Carvalho. The counter-majoritarian essence of the international human rights processes: how to achieve the dialogue among courts?. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Arraes Editores. a. 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017 p. 333.



lo que Ramos denomina "truco ilusionista" dónde los Estados se comprometen por medio de tratados pero las obligaciones adquiridas no concuerdan con la realidad.

Burke-White coincide al afirmar que cada uno de los tres sistemas regionales (europeo, interamericano y africano) encuentra basamento en sus propios instrumentos y que el europeo se presenta como el más fuerte. Así, expresa que las instituciones dentro del sistema interamericano son significativamente más débiles debido a que los países pueden voluntariamente acogerse a su jurisdicción.<sup>35</sup> En palabras del referido autor: "La aceptación separada de la jurisdicción, los altos obstáculos en la admisibilidad de los casos, y la falta de posibilidades de aplicación coercitiva siguen limitando la eficacia de estos organismos."<sup>36</sup>

En las instancias de control de convencionalidad o examen de compatibilidad que se ejercen en los tribunales nacionales, deberán constatarse no solo la adecuación a los instrumentos internacionales sino también tomarse en consideración las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales.

Cançado Trindade de forma enfática enseña que "[...] en la protección de los vulnerables en particular, el principio de humanidad pasa a permear la jurisprudencia internacional [...]"<sup>37</sup> Ese, constituye un punto de encuentro para los tribunales regionales sobre análisis pues a pesar de su diversa jurisdicción van a indicar el camino a seguir ante fallas estatales, ante situaciones que vulneran los derechos de NNyA migrantes no acompañados.

Así, la idea de que los tribunales prestan "un servicio a la humanidad"<sup>38</sup> y deben garantizar la protección de los vulnerables y las eventuales reparaciones refuerza la necesidad de un diálogo, de interacciones que trillen un sentido común: el más protector, el más humano. Además, conforme señala Cançado Trindade los

<sup>35</sup> BURKE-WHITE, William W. Human Rights in the Inter-American System. *International Studies Journal*, v. 1, n. 2, p. 33-56, 2004.

<sup>36</sup> "Separate acceptance of jurisdiction, high hurdles on the admissibility of cases, and lack of coercive enforcement possibilities continue to limit the effectiveness of these bodies." BURKE-WHITE, William W. Human Rights in the Inter-American System. *International Studies Journal*, v. 1, n. 2, p. 33-56, 2004, p. 50. (tradução nossa)

<sup>37</sup> POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; RIVERA, Luis Guillermo Solís; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; TUM, Rigoberta Menchú. *Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inauguración del Año Judicial Interamericano 2018*. San José, C.R.: Corte IDH: AGIC, 2018, p. 49.

<sup>38</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 50.

tribunales internacionales son claves para la humanización del derecho como un todo.<sup>39</sup>

En sentido concordante, Nussberger enseña sobre el lugar clave que ocupan los Tribunales internacionales pues cabe a ellos “[...]interpretar los Derechos Humanos a la luz del espíritu de la época.”<sup>40</sup>. Esto, recordando que son instrumentos “vivos”, “catálogos abiertos” -como indicado *ut supra* y que, desde ese entendimiento, denuncia que los Tribunales pueden ser motores de transformación social o de freno porque se influncian con sus decisiones.<sup>41</sup>

Slaughter enseña que “Los tribunales se comunican entre sí en todo el mundo [...]”<sup>42</sup> y en ese sentido, apunta que las interacciones entre diversas Cortes Supremas (Nacionales) ha incrementado al tiempo que retoman sentencias de sus pares. La referida autora, también afirma que las interacciones entre las Cortes Supranacionales trascienden las fronteras y se presentan como una forma genuina de comunicarse.<sup>43</sup>

En ese sentido, se apunta que las formas de comunicación entre las cortes varían conforme la jerarquía sea nacional o supranacional. De tal forma, se conceptúa tres formas de interacción: horizontal (aquella que se da entre dos cortes nacionales o dos supranacionales, es decir del “mismo estatus”), vertical (la que se establece entre cortes de diferente estatus o en otras palabras entre una nacional y una supranacional) y uno mixto (que combina los dos anteriores).<sup>44</sup>

En el mismo sentido se expresa Burgorgue Larsen cuando apunta que la verticalidad supone una conversación “menos sofisticada” entre dos márgenes

<sup>39</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010, p. 48.

<sup>40</sup> NUßBERGER, Angelika. *Os direitos humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. p.77.

<sup>41</sup> NUßBERGER, Angelika. *Os direitos humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. p. 99

<sup>42</sup> “Courts are talking to one another all over the world [...]”. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 129. (tradução nossa)

<sup>43</sup> En palabras de la autora: “[...] forms of transjudicial communication: communication among courts-whether national or supranational-across borders.” (SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 101.)

<sup>44</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 103-112.

claramente delimitados (nacional y supranacional), y la horizontalidad implica un espacio de mayor apertura sean diálogos "orquestados [...] O sin nexo".<sup>45</sup>

Siguiendo a Slaughter, se identifican tres tipos de diálogos posibles, a saber: diálogos directos (*Direct Dialogue*), es decir diálogos genuinos que presuponen un emisor y un receptor claro así como retroalimentación; monólogos (*Monologue*) cuando se retomen los argumentos o casos de una Corte pero sin un feedback de su par o bien un diálogo intermedio (*Intermediate Dialogue*).<sup>46</sup> En esa perspectiva, lo que modifica o determina el tipo de diálogo es la reciprocidad entre los tribunales, el intercambio efectivo y no la mera utilización unilateral de argumentos/decisiones de un tribunal por parte de otro (citas).

En lo que respecta a las funciones de las comunicaciones, la referida autora señala: el fortalecimiento de los tribunales supranacionales, el afianzamiento (o no) del compromiso con el cumplimiento de obligaciones internacionales y la denominada *Cross-Fertilization*.<sup>47</sup> Esta última, entendida en términos metafóricos como la propagación, diseminación o fertilización cruzada de razonamientos e ideas; que puede darse tanto entre cortes nacionales y supranacionales o entre estas últimas.

Al respecto, Squeff hace notar que la referida *cross-fertilization* es una práctica reciente (a partir de la segunda mitad del siglo XX) y que se ha ido consolidando como "una verdadera racionalidad internacional común".<sup>48</sup> Sin embargo, la autora advierte el posible vies colonial que puede significar que solo la

<sup>45</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, 2010, p.265. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/prismas.v7i1.1145>. Acesso em: 14 jun. 2022.

<sup>46</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 112-114.

<sup>47</sup> En palabras de la autora: "[...] the simple dissemination of ideas from one national legal system to another, from one regional legal system to another, or from the international legal system or a particular regional legal system [...]" SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994, p. 117.

<sup>48</sup> SQUEFF, T. A. F. R. CARDOSO. "Cross-fertilization" as a neocolonial tool? Impressions deriving from the Artavia Murilo vs. Costa Rica case before the Interamerican Court of Human Rights. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 35, 2019, p. 115. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/33>. Acesso em: 07 maio 2022. Conforme la autora: "In this sense, it is noted that cross fertilization promotes the exchange of knowledge among the different magistrates, in order to build a convincing foundation on what is intended to be established, establishing a true common international rationality between jurisdiction."

Corte IDH cite los precedentes de su par europea (CEDH). Al mismo tiempo que manifiesta que "[...] el diálogo transjudicial es mucho más común del Sur al Norte que viceversa".<sup>49</sup>

Vinculado a esto, Di Stasi indica que las interacciones entre la Corte IDH y CEDH han incrementado y se presentan como una "embrionaria *cross fertilization*".<sup>50</sup> En esa línea, la referida autora apunta algunas diferencias entre la Corte IDH y la CEDH, a saber: la composición de los tribunales, la cantidad de sentencias emitidas y el propio funcionamiento institucional<sup>51</sup> ("Monista" CEDH vs. "dualista" Corte IDH y Comisión IDH).<sup>52</sup>

Es así, que la doctrinaria afirma que las interacciones no se dan proporcionalmente pues "Aproximadamente la mitad de toda la jurisprudencia del Tribunal de San José, incluye referencias a las normas del Convenio Europeo, de sus Protocolos y a la jurisprudencia (más consolidada) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos."<sup>53</sup> Así, enfatiza en que a pesar de la independencia y autonomía del referido tribunal se mantiene una relación sostenida con su par europeo.<sup>54</sup> Eso, mientras las referencias que la CEDH hace a la Corte IDH son puntales -conforme la

---

<sup>49</sup> "[...] trans-judicial dialogue is much more common from the South to the North than the reverse." SQUEFF, T. A. F. R. CARDOSO. "Cross-fertilization" as a neocolonial tool? Impressions deriving from the Artavia Murilo vs. Costa Rica case before the Interamerican Court of Human Rights. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 35, 2019, p. 118-120. (tradução nossa)

<sup>50</sup> DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a "cross fertilization"? *Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 01, 2014. p. 109.

<sup>51</sup> DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a "cross fertilization"? *Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 01, 2014. p. 110.

<sup>52</sup> DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a "cross fertilization"? *Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 01, 2014. p. 101.

<sup>53</sup> "About a half of the whole amount of case law of the Court of San José, includes references to the norms of the ECHR and of its Protocols and to (the more consolidated) jurisprudence of the European Court of Human Rights." DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a "cross fertilization"? *Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 01, 2014. p. 102. (tradução nossa)

<sup>54</sup> DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a "cross fertilization"? *Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 01, 2014. p. 109. Al respecto: "The investigation has showed how the Inter-American Court of Human Rights, notwithstanding its functional and organic autonomy, is in a more or less continuous relationship with the Court of Strasbourg. The importance of "fertilization" phenomena, even if they are increasing, appears to be less relevant, that is in the sense of the European Court of Human Rights, towards the Court of San José."

autora mayormente vinculadas a la prohibición de tortura y derecho a la vida- y en una cuantía menor.<sup>55</sup>

En sentido concordante, Nowak señala como puntos claves: la importancia de la reciprocidad en los diálogos (la presencia de una apertura, en oposición a los monólogos) y el espacio para el disenso (comprendiendo que cada Corte tiene su jurisdicción y especificidades regionales). No obstante, apunta que es necesaria la “disposición” de las Cortes Supranacionales para encarar esa interacción.<sup>56</sup>

En este punto, podemos establecer que las comunicaciones entre la CORTE IDH y la CEDH se enmarcan dentro de los tipos de interacciones “horizontales”. Al respecto, Slaughter apunta que ese tipo de comunicaciones se caracterizan por la voluntariedad (“no hay obligatoriedad” en oposición a los diálogos verticales entre Cortes nacionales y Cortes supranacionales), espontaneidad y flexibilidad.<sup>57</sup>

De tal forma, se señala que los referidos diálogos horizontales pueden conducir a una armonización en el sentido de adecuación (*harmonization*) entre las decisiones adoptadas por diversas cortes al tiempo que los verticales refuerzan (*enforcement*) los razonamientos realizados por un determinado tribunal.<sup>58</sup>

Al respecto y retomando lo planteado en el primer capítulo, Slaughter reflexiona sobre la denominada paradoja de la globalización<sup>59</sup> (*globalization paradox*) y apunta la necesidad de que los nuevos retos colectivos sean enfrentados de forma conjunta dónde nuevamente el diálogo entre los tribunales adopta papel crucial. Esto, porque supone un espacio de cooperación que implica diversos sectores (públicos-privados) por medio del cual se procura la efectivización de los

<sup>55</sup> DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a “cross fertilization”? *Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 01, 2014. p. 105. En palabras de la autora: “The opposite phenomenon appears completely different in terms of size, which is the reference, by the ECHR to the jurisprudence developed by the Court of San José, and content, to the normative sources of the Inter-American Human Rights System.”

<sup>56</sup> NOWAK, Bruna. *Entre diálogos e monólogos: um estudo sobre as referências da corte internacional de justiça à jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2018. p.181-185. Dicho trabajo analiza los diálogos entre diversas jurisdicciones, a saber: Corte Internacional de Justicia y cortes regionales de derechos humanos.

<sup>57</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 19. En palabras de la autora: “They may be surprisingly spontaneous—informal, flexible, and of varying membership—or institutionalized within official international organizations.”

<sup>58</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 20.

<sup>59</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 8-10.

Derechos Humanos. Así, se crea un marco que recepta y trata problemáticas globales en palabras de Slaughter *government networks* donde ocurren esas comunicaciones horizontales entre cortes regionales.<sup>60</sup>

Todavía al respecto de diálogos, Silva señala que la unilateralidad caracteriza a las interacciones de la CORTE IDH toda vez que mientras cita a su par europea, esa situación no se da a la inversa. Asimismo, apunta que los precedentes son citados por jueces y juezas de la Corte IDH para "construir su propia racionalidad"<sup>61</sup>. En otras palabras, lo anterior no implica que la Corte IDH se expida en el mismo sentido que la CEDH pero sí que se retomen sus razonamientos para desarrollar los propios atendiendo a las particularidades regionales. En ese entendimiento se señala que la CORTE IDH ha receptado un amplio reconocimiento a normas del *jus cogens*, lo que no guarda conformidad con lo establecido por la CEDH.<sup>62</sup>

En ese sentido es dable afirmar que las decisiones y el trabajo de los jueces no responde a determinados límites geográficos sino que encuentran una creciente internacionalización. Al respecto, Burgorgue-Larsen recuerda que la internacionalización es un concepto polisémico que implica una apertura e incluso, un intercambio filosófico (remitiendonos a la idea de un diálogo socrático).<sup>63</sup> Además, señala que el humanismo permea todas las discusiones en el ramo del Derecho (en cierta forma ligado a lo ya señalado por Jayme) y la inexistencia de un camino lineal para la efectivización de los DDHH.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 14-16. Al respecto, la autora expresa: "Global governance, from this perspective, is not a matter of regulating states the way states regulate their citizens, but rather of addressing the issues and resolving the problems that result from citizens going global—from crime to commerce to civic engagement."

<sup>61</sup> SILVA, Bianca Guimarães. *América para os americanos ou para a humanidade?* estudo crítico dos diálogos transjudiciais na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos sobre migrações internacionais. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade de Brasília-UnB, Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2022. p. 95.

<sup>62</sup> SILVA, Bianca Guimarães. *América para os americanos ou para a humanidade?* estudo crítico dos diálogos transjudiciais na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos sobre migrações internacionais. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade de Brasília-UnB, Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2022. p.117

<sup>63</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, 2010, p. 263-264.

<sup>64</sup> Inclusive la autora señala: "O caminho para o ideal é caótico e, com certeza, não linear: a universalidade dos direitos, de seu conteúdo, de seu alcance, não é aceita por todos e em toda parte. Com efeito, existem juízes que recusam o diálogo (ignorando pura e simplesmente os Outros juízes); outros, ao contrário, entram no jogo do "comércio judicial" para, na verdade, melhor refutar a

En suma, lo que caracteriza a los diálogos es la "laxitud", la no-obligatoriedad en ese intercambio y la espontaneidad. De ese modo, son los propios jueces y juezas artífices del intercambio conforme sus realidades regionales.

Siguiendo todavía a Burgorgue-Larsen, se observa que:

*[...] la Corte de San José, muy temprano y de forma densa, no dudó en apoyarse en la jurisprudencia de su par de Estrasburgo. Se trataba simplemente de asegurar la legitimidad de sus decisiones escondiéndose detrás de una jurisprudencia más antigua, más conocida y, en consecuencia, dotada de una "autoridad" indiscutible.<sup>65</sup>*

De tal forma, se señala *a priori* una interacción constante entre la Corte IDH (también llamada Corte de San José) y la CEDH (también denominada Corte de Estrasburgo) pero no específicamente como un diálogo conforme conceptualiza Slaughter.

Al Respecto Burke-White hace notar que el derecho internacional es un sistema que se construye y allí radica la importancia de concebirlo como un sistema pluralista (*pluralist*) en oposición a uno fragmentado (*fragmented*).<sup>66</sup> De hecho, apunta el autor que una concepción pluralista promueve el diálogo entre los tribunales y afirma: "A través de este diálogo, los diversos elementos del sistema jurídico internacional pueden seguir formando parte de una conversación global interconectada que reconoce tanto la diversidad como la unidad."<sup>67</sup>

---

incorporação de valores que eles não aceitam." BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, 2010, p. 296-297.

<sup>65</sup> "[...] a Corte de San José, bem cedo e de forma densa, não hesitou em se apoiar sobre a jurisprudência de sua colega de Estrasburgo. Era simplesmente questão de garantir a legitimidade de suas decisões escondendo-se atrás de uma jurisprudência mais antiga, mais conhecida e, conseqüentemente, dotada de uma "autoridade" incontestável." BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, 2010, p. 298.

<sup>66</sup> BURKE-WHITE, William. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 963-980, 2004.

<sup>67</sup> "Through this dialogue the diverse elements of the international legal system can remain part of an interconnected global conversation that recognizes both diversity and unity." BURKE-WHITE, William. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 963-980, 2004, p. 979. (tradução nossa)

El autor apunta siete elementos que reafirman la denominada pluralidad del sistema. Entre esos advierte que los primeros tres, que suelen ser apuntados como negativos por aquellos que sostienen la postura de la fragmentación del Derecho Internacional, también poseen un bias positivo. Entre los primeros se encuentran: la diversificación de tribunales internacionales, como respuesta a las necesidades que fueron surgiendo; el incremento de las reglas del derecho internacional, que constituyen un sistema más "denso" (*thicker*) y el acceso de agentes no estatales a dichos tribunales.<sup>68</sup>

Entre los restantes que Burke-White apunta como positivos: la existencia de un "cuerpo común" de derecho aplicable a pesar de las diversas jurisdicciones, que mantienen el sistema integrado e interconectado y el diálogo interjudicial "robusto" que permite comunicación y posee el "[...] potencial para preservar la unidad del derecho internacional."<sup>69</sup> En esa línea apunta que los jueces y juezas que participan de los diálogos juegan un rol importante pues "a medida que los jueces participen en este diálogo, tendrán que desarrollar nuevas interpretaciones que vayan más allá de la mera deferencia a las leyes e intereses extranjeros."<sup>70</sup>

Por último, refiere a dos puntos: "mezcla de procedimientos y tradiciones", entendida como una armonización entre Cortes nacionales y supranacionales que promueve la referida "fertilización cruzada" (*cross fertilization*) y la "hibridación de la aplicación de la ley internacional", que combina elementos de derecho internacional y nacional en Cortes específicas lo que para el autor las muestra como parte de un sistema multinivel de gobernanza.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> BURKE-WHITE, William. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 963-980, 2004, p. 965-970.

<sup>69</sup> "The significance of this interjudicial dialogue cannot be overstated, for it has the potential to preserve the unity of the international legal system in the face of potential fragmentation." BURKE-WHITE, William. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 963-980, 2004, p. 973. (tradução nossa)

<sup>70</sup> "As judges engage in this dialogue, however, they will be required to develop new understandings of comity that go beyond deference to foreign laws and interests." BURKE-WHITE, William. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 963-980, 2004, p. 973. (tradução nossa)

<sup>71</sup> BURKE-WHITE, William. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 963-980, 2004, p. 974-977.



Girardi Falchin indica que al hablar de diálogos se utiliza el plural<sup>72</sup> y, que está relacionado "[...] con la comprensión y el reconocimiento de la diversidad, destacando la necesidad de la tolerancia y el respeto en el ejercicio comunicativo".<sup>73</sup> Cabe aclarar que los diálogos propician la construcción de nuevos sentidos argumentativos pero que visan la inclusión, el reconocimiento. Para la autora, los diálogos poseen no solo un sentido de inclusión sino también educativo y civilizatorio.<sup>74</sup> De tal forma, no es casual que se les asigne un carácter temporario porque se actualizan conforme las demandas pero se mantiene como "mediador", como punto de encuentro para que prevalezca la visión más protectora y respetuosa de los Derechos Humanos.

Lo anteriormente expuesto, permite relacionar los diálogos con las conexiones, puntos de encuentros o siguiendo a Simmel puentes (*Brücke*) y puertas (*Tur*). Así, el sociólogo nos ilustra sobre cómo es preciso reconocer la individualidad, admitir que los elementos son diversos (en este caso cada realidad regional) para a partir de ahí concebir la ligazón.

En este orden de ideas, Simmel apunta al puente como una continuidad "[...]e a ponte que, embora não seja percorrida, mantém a continuidade[...]"<sup>75</sup> y expresa que "[...]a ponte é de uma natureza distinta às duas margens que ela liga."<sup>76</sup> . Al tiempo que aclara que, la puerta remite a la dualidad "separar-unir" y en ese sentido, las "ventanas" (todavía como parte de las puertas) permiten una mirada al exterior pero no un intercambio. Al respecto, Flamarique, Kroker y Múgica entienden que "[...] el puente representa la imagen del vínculo, de la ligazón, mientras que la puerta representa tanto la interna delimitación y el cierre del espacio propio, como la separación de lo que es exterior."<sup>77</sup>

<sup>72</sup> GIRARDI FACHIN, Melina. Constitucionalismo multinível: diálogos em direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, 2021, p. 59.

<sup>73</sup> "[...] com compreensão e reconhecimento da diversidade, destacando a necessidade de tolerância e respeito no exercício comunicativo." GIRARDI FACHIN, Melina. Constitucionalismo multinível: diálogos em direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, 2021, p. 57. (tradução nossa)

<sup>74</sup> GIRARDI FACHIN, Melina. Constitucionalismo multinível: diálogos em direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, 2021, p. 58.

<sup>75</sup> SIMMEL, Georg. *Sociologia: Estudos sobre as formas de sociação*. Tradução de: Raúl Enrique Rojo. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 588.

<sup>76</sup> SIMMEL, Georg. *Sociologia: Estudos sobre as formas de sociação*. Tradução de: Raúl Enrique Rojo. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 59.

<sup>77</sup> FLAMARIQUE, Lourdes; KROKER, Robert; MUGICA, Fernando. *Georg Simmel: Civilización y diferenciación social (I)*. Pamplona: Eurograf Navarra, S.L, 2003, p. 25.

Así, entendiendo que los puentes conectan dos puntos, señalan o posibilitan un camino, otorgan seguridad y permiten que el camino sea transitado en diferentes sentidos: cada uno a su tiempo, sin obligatoriedad y de forma flexible es que se propone la similitud con los diálogos entre la CEDH y la CORTE IDH. Estas interacciones entre los tribunales también flexibles y espontáneas tienen como hilo conductor la efectivización de los Derechos Humanos he ahí la importancia de "puentes" que reconocen la diferencias y promueven intercambios. Retomando a Simmel, se puede apuntar que los diálogos entre la CEDH y la CORTE IDH son puentes, una continuidad que brinda mayor seguridad jurídica a los grupos vulnerados en sus derechos y a la sociedad como un todo.

En palabras de Falchin, los diálogos entre tribunales permiten espacios "multinivel" "[...] marcada a la vez por la constitucionalización, la internacionalización y la humanización, en torno a una constitución radicalmente centrada en los derechos humanos y la prevención del sufrimiento humano, descentralizada del enfoque jurídico y entonada".<sup>78</sup>

Por su parte, Piovesan apunta que fortalecer los diálogos entre los sistemas regionales conduce al perfeccionamiento de ambos (se podría hablar de *win-win*) pues permite identificar los puntos fuertes y flaquezas, así como las potencialidades de cada uno. En ese sentido, se plantea que terminan con la "[...] 'interamericanización' del sistema europeo y 'europeización' del sistema interamericano, en la medida en que las agendas de violación de los DDHH -aunque diversas- comienzan a presentar similitudes".<sup>79</sup>

Resulta interesante atender a los contextos en los que nacieron el Sistema Regional Interamericano y Europeo, pues conforme enseña Piovesan el primero emergió en un contexto "paradojal", autoritario, caracterizado por gobiernos dictatoriales; mientras el segundo se presentó como resultado del proceso del

---

<sup>78</sup> "[...] marcado, a um só tempo pela constitucionalização, internacionalização e humanização, em torno de uma constituição radicalmente centrada nos direitos humanos e na prevenção do sofrimento humano, descentralizada do foco juricêntrico e entoada." GIRARDI FACHIN, Melina. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica Do Direito*, v. 1, 2021, p. 64. (tradução nossa)

<sup>79</sup> "[...] "interamericanização" do sistema europeu e "europeização" do sistema interamericano, na medida em que as agendas de violação de direitos humanos – ainda que diversas – passam a apresentar similitudes." PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, 2012, p. 92. (tradução nossa)

proprio integración donde el respeto por la democracia y Estado de Derecho fueron la base constitutiva.<sup>80</sup>

Von Bogdandy señala que el *ius Constitutionale commune en América Latina (ICCAL)*, *ius Constitutionale commune* latinoamericano o "constitucionalismo transformador", conecta el derecho constitucional nacional con el derecho internacional público. Se propone colocar en el centro a los Derechos Humanos y trabajar a partir de principios con la finalidad de propiciar inclusión social e igualdad en la región.<sup>81</sup> En ese sentido, se destaca el papel que detenta la Corte IDH, los propios tribunales nacionales y el valor de las sentencias.

Se explica que el *ius Constitutionale commune* latinoamericano refiere a una "[...] apertura de los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos hacia un estrato común de derecho internacional público, sobre todo hacia la Convención Americana"<sup>82</sup>, dónde se desdibujan los límites entre el derecho constitucional e internacional y se identifica una "orientación común" (bloque de constitucionalidad).<sup>83</sup>

Se apunta que la propia institucionalidad de los tribunales es clave para la construcción de una sociedad más justa e inclusiva. En esa línea, el autor reflexiona sobre la fuerza<sup>84</sup> de las decisiones de la Corte IDH que receptionan el pluralismo<sup>85</sup> o diversidad étnica y social (con el tratamiento de casos emblemáticos) y refuerza un

<sup>80</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, 2012, p. 73.

<sup>81</sup> VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Rev. Derecho Estado*, Bogotá, n. 34, p. 3-50, 2015. En palabras del autor: "Se trata de superar la profunda exclusión social a la luz de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho."

<sup>82</sup> VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Rev. Derecho Estado*, Bogotá, n. 34, p. 3-50, 2015, p. 11.

<sup>83</sup> El autor señala: "Los principios fundamentales que orientan al *Ius Constitutionale Commune* son universales. Se trata sobre todo del respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho." (VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Rev. Derecho Estado*, Bogotá, n. 34, p. 3-50, 2015, p. 16.)

<sup>84</sup> Al respecto: "La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos demuestra que semejante rol para los tribunales no es una idea utópica. El énfasis en el poder judicial como motor de innovaciones transformadoras es algo nuevo en Latinoamérica". (VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Rev. Derecho Estado*, Bogotá, n. 34, p. 3-50, 2015, p. 23.)

<sup>85</sup> Al respecto: "Para construir una sociedad verdaderamente pluralista en la región es indispensable procurar la inclusión de la población indígena y afrodescendiente, es decir, darles espacio en las instituciones estatales y reconocer que son grupos con valores e intereses específicos." (VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Rev. Derecho Estado*, Bogotá, n. 34, p. 3-50, 2015, p. 33.)

piso mínimo de derechos que debe ser garantizado y aplicado por todos los Estados (obligación de control de convencionalidad).

Al respecto, Ramos apunta que si bien tratados internacionales consagran Derechos Humanos ("nacimiento natural"), otros derechos nacen "[...] por cesárea a través de las construcciones jurisprudenciales de Tribunales Internacionales."<sup>86</sup> Y en este punto, se refuerza la importancia de la actuación de los Tribunales internacionales que brindan una relectura, una "actualización" (*update*<sup>87</sup>) a los respectivos tratados.

El referido autor visibiliza el llamado "truco ilusionista del panorama internacional"<sup>88</sup> (*illusionist trick of the international panorama*) que consiste en que los Estados ratifican diversos tratados que los comprometen en materia de DDHH pero al mismo tiempo violan o incumplen las obligaciones asumidas basados en interpretaciones nacionales. Así, se explica que los diálogos y el proceso de *cross-fertilization* entre tribunales (tanto internacionales como domésticos) son fundamentales para la garantía y respeto de los Derechos Humanos pues en última instancia la función que les compete es la misma: asegurar la dignidad humana.<sup>89</sup>

La Corte IDH en este sentido, viene delimitando ya un piso de derechos mínimo e infranqueable que deben ser garantizados a las personas migrantes, en condición migratoria irregular y a la propia infancia migrante.<sup>90</sup> En lo venidero se analizará lo

<sup>86</sup> "In addition, human rights can also have a cesarean birth thought the jurisprudential construction of International Tribunal." RAMOS, André de Carvalho. The counter-majoritarian essence of the international human rights processes: how to achieve the dialogue among courts?. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Arraes Editores. a. 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017 p. 325-326. (tradução nossa)

<sup>87</sup> RAMOS, André de Carvalho. The counter-majoritarian essence of the international human rights processes: how to achieve the dialogue among courts?. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Arraes Editores. a. 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017 p. 327.

<sup>88</sup> RAMOS, André de Carvalho. The counter-majoritarian essence of the international human rights processes: how to achieve the dialogue among courts?. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Arraes Editores. a. 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017 p. 328.

<sup>89</sup> RAMOS, André de Carvalho. The counter-majoritarian essence of the international human rights processes: how to achieve the dialogue among courts?. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Arraes Editores. a. 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017 p. 328.

<sup>90</sup> SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; SILVA, Bianca Guimarães. O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigma para a construção de parâmetros migratórios latino-americanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2., 2021, p. 778. Donde se apuntan doce estándares que refuerzan la protección y el reconocimiento de la vulnerabilidad de las personas migrantes: "sinteticamente, são os parâmetros assinalados: 1) dever de não discriminação; 2) reconhecimento da vulnerabilidade dos migrantes; 3) proibição da crimigração; 4) ilegalidade da detenção migratória; 5) proibição do compartilhamento de celas entre migrantes e presos comuns; 6) oferecimento de mantimentos vitais básicos e tratamento médico; 7)

referido a NNyA migrantes no acompañados entendiendo que un diálogo en esta materia resulta en beneficio de la protección de este grupo hipervulnerable.

Finalmente, dentro de dos sistemas de protección regionales, resulta procedente observar si en las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se producen esos "diálogos", comunicaciones o bien referencias que auxilian en la construcción o demarcación de parámetros protectores. Pues, los estándares que tales Cortes apuntan enuncian un piso mínimo de derechos (el referido *ius constitutionale commune latinoamericano*) que debe ser respetado por los Estados. Al tiempo que la "fertilización cruzada" (*cross fertilization*) puede ser utilizada para fortificar los estándares existentes de NNyA migrantes no acompañados y resolver problemas que permanecen abiertos.

### 3.2 RECEPCIÓN DE LA TEMÁTICA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ramos apunta que la proximidad entre el derecho internacional de los Derechos Humanos y los respectivos derechos nacionales-internos es cada vez mayor y en ese sentido, manifiesta que un "[...] punto de aproximación entre los 'derechos humanos' y los 'derechos fundamentales' radica en el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos."<sup>91</sup> Así la Corte IDH actúa como garante toda vez que existan "fallas" en la protección de los derechos previstos en la CADH.

En lo que respecta al sistema regional interamericano, en el marco de la Organización de Estados Americanos<sup>92</sup>, deben ser analizados los roles de dos órganos, a saber: Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte

---

dever de investigação de casos de tortura; 8) revisão judicial da detenção; 9) individualização, fundamentação e previsão de prazos nas sentenças judiciais; 10) existência de recursos efetivos; 11) respeito ao devido processo legal; 12) direito de informação e assistência consular."

<sup>91</sup> "[...] ponto de aproximação entre "direitos humanos" e "direitos fundamentais" está no reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos." RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 49. (tradução nossa)

<sup>92</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana - Preguntas frecuentes*. San José: Corte IDH, 2018, p. 04-05. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Interamericana de Derechos Humanos. Dicho sistema remonta su origen a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y sus instituciones, que se constituyen como “un sistema de monitoreamiento e implementación de los derechos que enuncia”<sup>93</sup>, trabajan de forma coordinada en un esquema que se asemeja al mantenido anteriormente en el sistema europeo (que actualmente cuenta solo con la CEDH).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) está conformada por 7 comisionados, personas con conocimientos en el área de los Derechos Humanos, electos por la Asamblea General de la OEA a propuesta de los Estados miembros. Los comisionados permanecen 4 años en el cargo con la posibilidad de ser reelectos y actúan dentro del esquema de la OEA sin embargo constituyen un órgano autónomo.

En ese sentido, Ramos apunta que “En relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión puede recibir peticiones individuales e interestatales que contengan denuncias de violaciones de los derechos humanos”<sup>94</sup>, seguidamente explica que las primeras serán de adhesión obligatoria en cuanto las segundas son facultativas. Recordando que, la CADH faculta a toda las personas a petitionar ante la Comisión aun cuando no fueren las víctimas directas.

De forma contraria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo responde a peticiones de que la Comisión IDH considere admisibles o bien a las que sean interpuestas directamente por los Estados parte, casos en los que es accionada. Además, ejerce funciones tanto consultiva (emite opiniones consultivas a pedido de los Estados parte, cuya fuerza no es vinculante) y contenciosa (vinculante para los Estados que la admitieron).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica, es “[...] una institución judicial autónoma, no siendo un órgano de la OEA,

---

<sup>93</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

<sup>94</sup> “Em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão pode receber petições individuais e interestatais contendo alegações de violações de direitos humanos.” RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 427. (tradução nossa)

sino de la Convención Americana de Derechos Humanos."<sup>95</sup> Accioly, Nascimento y Casella apuntan “[...] la declaración interamericana se inspiró en los trabajos preparatorios que darían lugar a la Declaración Universal [...]” retomando así no solo los derechos que deben ser garantizados a todas las personas sino también los deberes.<sup>96</sup> Cabe destacar que de los 35 Estados miembros de la Organización de Estados Americanos<sup>97</sup> solo 23 son signatarios de la CADH y un número aún menor (21) han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.<sup>98</sup>

Así, en el sistema interamericano encontramos diversos instrumentos, a saber: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el Protocolo de San Salvador. La CADH se presenta como un instrumento internacional adoptado con posterioridad a la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos<sup>99</sup> y cuyos órganos competentes son la Comisión IDH y la Corte IDH.

Resulta clave recordar que los Estados que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos pueden voluntariamente acogerse a la jurisdicción de la Corte pues no es compulsoria. En virtud del artículo 62 de la CADH el

<sup>95</sup> “[...] uma instituição judicial autônoma, não sendo órgão da OEA, mas sim da Convenção Americana de Direitos Humanos.” RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 433.

<sup>96</sup> “[...] la declaración interamericana inspirou-se nos trabalhos preparatórios que resultaram na Declaração Universal [...].” ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 493. (tradução nossa)

<sup>97</sup> A saber: Antigua y Barbuda Bandera Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de Américas, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Bandera, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela. (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Estados Miembros*. Disponible em:

[https://www.oas.org/es/estados\\_miembros/default.asp](https://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp). Acesso em: 07 maio 2022.)

<sup>98</sup> RAMOS, André de Carvalho. The counter-majoritarian essence of the international human rights processes: how to achieve the dialogue among courts?. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Arraes Editores. a. 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017 p. 340. También: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 433.

<sup>99</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana - Preguntas frecuentes*. San José: Corte IDH, 2018, p. 03. Disponible em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

reconocimiento puede ser realizado por los Estados de forma general o para casos específicos.<sup>100</sup>

El sistema funciona de forma complementaria con la Comisión Interamericana que se encarga de la elaboración de informes y análisis de la admisibilidad de las causas. Es así que, todas las personas que hayan visto violados sus derechos - pueden petitionar directamente o por medio de sus representantes- ante la Comisión IDH para que su caso sea analizado por la Corte.

Primeramente, los casos llegan a la Comisión IDH a través de una petición escrita donde se relatan los hechos y presuntas violaciones que puede ser realizada por las víctimas, terceros (ONG) y otros Estados. Cabe destacar que las condiciones de admisibilidad exigen el previo agotamiento de los recursos internos, que la petición sea realizada dentro del plazo de 6 meses (desde que se agotaron los recursos internos), ausencia de litispendencia internacional y ausencia de cosa juzgada internacional.<sup>101</sup>

La Comisión IDH una vez constatada la violación de Derechos Humanos realiza un primer informe (confidencial) que envía al Estado infractor. Luego, en un plazo de 3 meses procede a la elaboración de su informe con recomendaciones para que se subsane la situación y ante la inacción del Estado puede elevar el caso directamente a la Corte IDH -siempre que la jurisdicción haya sido admitida por el Estado infractor-<sup>102</sup>. Ramos recuerda que "la garantía de Derechos Humanos es una obligación objetiva, de interés de todos los contratantes de la Convención Americana de Derechos Humanos."<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> "Artículo 62: 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

[...]

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 partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial." (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 1969. Disponible em: [https://www.oas.org/dil/esp/tratadoson\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratadoson_americana_sobre_derechos_humanos.htm). Acceso em: 16 jun. 2022.)

<sup>101</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 428.

<sup>102</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 435.

<sup>103</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 436.



Con posterioridad a ese primer informe, la Comisión notifica al Estado, el cual dispone de dos meses para oponer su contestación o aceptar la responsabilidad internacional. En ese momento, deben interponerse las excepciones preliminares que no poseen efecto suspensivo en lo que respecta al procedimiento. Seguidamente se prevé un plazo de 30 días para observaciones por parte de la Comisión IDH o de los demandantes y la posibilidad de celebración de una audiencia especial.<sup>104</sup> También, se prevé la elaboración de un segundo informe de carácter público para aquellos casos que no sean llevados a la Corte IDH.

En los procesos ante la Corte IDH se prevé la participación de *amicus curiae* por medio de escritos que ofrecen una visión diferenciada o especializada con vistas a colaborar en la decisión del caso, basado en su ámbito de actuación. Además, en los procesos pueden adoptarse, *ex officio* o a pedido de parte, medidas cautelares con la finalidad de evitar daños irreparables a las personas.<sup>105</sup>

En cuanto a la composición de la Corte IDH, cada Estado miembro propone una lista de candidatos y la elección es realizada por votación en la sesión de la Asamblea General de la OEA. Cada juez permanecerá en el cargo por un periodo de 6 años con posibilidad de ser reelecto. En cuanto al funcionamiento de la Corte, el sistema para las deliberaciones es por mayoría de los presentes y el quórum de 5 jueces.<sup>106</sup> En suma, la Corte es una "institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana."<sup>107</sup>

Ramos menciona que dentro de este sistema "[...] la legitimidad pasiva es siempre del Estado: la Corte Interamericana no es una Corte que juzgue a las personas"<sup>108</sup> sino que se analiza la responsabilidad internacional del Estado ante

---

<sup>104</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 436.

<sup>105</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 437.

<sup>106</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 434.

<sup>107</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana - Preguntas frecuentes*. San José: Corte IDH, 2018, p. 06. Disponível em:

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

<sup>108</sup> "[...] a legitimidade passiva é sempre do Estado: a Corte IDH não é um Tribunal que julga pessoas." RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 434. (tradução nossa)

acciones u omisiones que acarrea violaciones de Derechos Humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>109</sup> y otros tratados aplicables.

La Corte IDH puede decidir por la violación total o parcial de los derechos invocados y responsabilizar a los estados por acción o inacción (no adopción de las debidas diligencias). Cabe destacar que las sentencias son definitivas (no procede ningún recurso) y que el tribunal determinará las reparaciones y garantías a ser cumplidas por los Estados en virtud del artículo 68 de la CADH.

Desde la primera sesión de la Corte IDH en 1979 en San José de Costa Rica, numerosos casos han llegado y sido juzgados por el tribunal, Ramos señala que desde aquella primera sesión hasta el año 2016 fueron contabilizados más de 300.<sup>110</sup> En esta línea, se procura señalar aquellos vinculados a los niños migrantes no acompañados.

Para ello, se realizó una búsqueda en el sitio web oficial con los siguientes términos: "niños migrantes no acompañados" y se obtuvo como único resultado la Opinión Consultiva OC 21/14 titulada "Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional". Posteriormente y con el afán de analizar un caso, se procuró el término "niños migrantes" (ampliando los términos) y se obtuvo como resultado el caso Familia Tineo Pacheco Vs. Bolivia (2013) y la Opinión Consultiva OC 18/03 titulada "La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados". Dichos resultados son incluidos para mantener un equilibrio con la cantidad de casos que analizados de la CEDH.

En suma, dos Opiniones Consultivas y un caso de la CEDH, se revisarán en lo venidero visando verificar como la Corte ha decidido en casos que involucran NNyA migrantes no acompañados.

---

<sup>109</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana - Preguntas frecuentes*. San José: Corte IDH, 2018, p. 11. Disponible en:

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>. Acceso em: 14 jun. 2022.

<sup>110</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 439.

### 3.2.1 Opinión consultiva OC-21/14<sup>111</sup>

La OC 21/14 sobre “Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional” fue solicitada en Julio del 2011 por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, todos ellos países integrantes del MERCOSUR, proceso de integración regional iniciado en 1991 con el Tratado de Asunción. Los Estados solicitaron la misma en virtud de la dupla función de la Corte IDH (contenciosa-consultiva) para que se indique de forma precisa las obligaciones debidas a la niñez migrante. En otras palabras los Estados solicitaron que la Corte IDH se expida “[...] con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres.”<sup>112</sup>

Los Estados solicitantes resaltaron el número creciente aunque inexacto de NNYA migrantes, reconocieron que la migración es multicausal (incluye tanto causas económicas como sociales, culturales) y la mayor vulnerabilidad de aquellos que migran de forma irregular. En esa línea la consulta versó sobre 9 puntos importantes: procedimientos a ser adoptados para identificar los riesgos para los derechos de NNYA migrantes y determinación de medidas de protección, garantías del debido proceso en donde estuvieran involucrados, la interpretación del principio de detención como medida de ultima ratio cuando son NNYA migrantes y cuando se encuentran no acompañados o separados, medidas alternativas para no afectar la libertad ambulatoria, obligaciones respecto de NNYA migrantes bajo custodia estatal, alcance del principio de no devolución específicamente con NNYA, procedimientos a ser adoptados ante NNYA con potenciales solicitudes de asilo o refugio y alcance de la no separación entre NNYA de sus padres.

---

<sup>111</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de Agosto de 2014 - Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Solicitada por: República Argentina, República Federativa de Brasil, República Del Paraguay e República Oriental Del Uruguay. Deliberada por: Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente; Roberto F. Caldas, Vicepresidente; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Diego García-Sayán, Juez; Eduardo Vio Grossi, Juez; y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez. Disponible en: [https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC\\_21.htm](https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_21.htm). Acceso en: 13 jun. 2022.

<sup>112</sup> *Ibidem*, § 1

La consulta fue solicitada en el marco del artículo 64.1 de la CADH y la Corte IDH señala que “como órgano con funciones de carácter jurisdiccional y consultivo, tiene la facultad inherente a sus atribuciones, y aún cuando ello no haya sido controvertido como es lo que acontece en autos, de determinar el alcance de su propia competencia.”<sup>113</sup> En el marco de una interpretación amplia del artículo 64.1 la Corte IDH entiende que está facultada para realizar interpretaciones de otros instrumentos aplicados dentro del sistema regional de Derechos Humanos, así analiza la Convención Americana, de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, además de la CADH.

Fueron presentadas diversas observaciones escritas <sup>114</sup> por Estados miembros de la OEA, por órganos de la OEA, por organismos internacionales así como organismos estatales, asociaciones, instituciones académicas, organizaciones gubernamentales y la sociedad civil. Seguidamente se celebró una audiencia pública en México (2013) para que quienes presentaron observaciones incorporen comentarios orales.

La Corte indica que las opiniones consultivas no deben ser “especulaciones abstractas” sino que por el contrario deben presentarse como instrumentos de “[...] utilidad concreta dentro de una realidad regional” y así encontrarse justificadas. Lo anteriormente mencionado, se hace palpable en el caso conforme los Estados solicitantes indican un “déficit de legislación y políticas públicas” ligada a la temática en análisis.<sup>115</sup> Esto reafirma la importancia de la función consultiva de la Corte como “un servicio” que procura no sólo aclarar el contenido y la interpretación de los tratados de Derechos Humanos sino la efectivización de los mismos a través de la adopción de políticas públicas debidas que reflejen el compromiso internacional

---

<sup>113</sup> Ibidem, § 17.

<sup>114</sup> Ibidem, § 27. Aún: “Además, fueron recibidos 42 escritos de observaciones presentados por cinco Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes, cuatro organismos internacionales y 31 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas. De forma similar, se verificó una activa participación en la audiencia pública por parte de nueve Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, tres organismos internacionales y 14 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas.”

<sup>115</sup> Ibidem, §§ 25-27.

adquirido.<sup>116</sup> La Corte recuerda que cuando los Estados adhieren a un tratado internacional, todos sus poderes quedan obligados a garantizar los Derechos Humanos y ejercer un control de convencionalidad.<sup>117</sup>

En cuanto a las consideraciones generales la Corte reconoce que NNyA migran por multiplicidad de factores, que en general lo hacen con sus familias pero que el número de aquellos que migran no acompañados (solos) ha crecido de forma significativa. Asimismo, indica que procesos migratorios involucran a varios países y que estos tienen la potestad de fijar sus políticas migratorias pero encuentran un límite infranqueable: el respeto por los DDHH consagrados en la CADH.<sup>118</sup> En esa línea, en lo que respecta a NNyA debe primar la protección integral y refieren que las consultas guardan correspondencia con diversas etapas del proceso migratorio, a saber: llegada de NNyA, contacto con autoridades, posibles soluciones.

En cuanto a las obligaciones generales, la Corte apunta que los Estados deben respetar los Derechos Humanos de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción con independencia del motivo que los llevó a migrar o estatus migratorio (residentes, etc) o del análisis sobre si el ingreso en el territorio estatal cumplimentó lo establecido en la legislación (o sea si es regular o no).<sup>119</sup> Seguidamente, apunta que para la protección de NNyA en ese contexto deben respetarse los 4 principios rectores de la CDN (no discriminación, interés superior, respeto a la vida, supervivencia y desarrollo, derecho a participar y su opinión sea tenida en cuenta en el procedimiento) y encontrarse presentes en el sistema de protección así como en las decisiones (administrativas o judiciales) que los involucren.<sup>120</sup>

La Corte señala la importancia de la evaluación y análisis del contexto y las situaciones personales de NNyA (por ejemplo ser un niño desacompañado) que pueden colocarlo en una "situación de vulnerabilidad adicional que conlleve un riesgo agravado de vulneración de sus derechos, a fin de que los Estados adopten medidas para prevenir y revertir este tipo de situaciones en forma prioritaria."<sup>121</sup>

---

<sup>116</sup> Ibidem, §§ 28-30.

<sup>117</sup> Ibidem, § 31.

<sup>118</sup> Ibidem, §§ 34-40.

<sup>119</sup> Ibidem, § 62.

<sup>120</sup> Ibidem, §§ 69-70.

<sup>121</sup> Ibidem, § 71.

En cuanto a los procedimientos para identificar las necesidades especiales de protección de NNyA migrantes, se apunta que tanto la CADH como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, contemplan el derecho a buscar y recibir asilo entendido como un “un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero.”<sup>122</sup> Se destaca que el concepto de refugiado fue ampliándose en los últimos años conforme al desarrollo del derecho internacional y que aún cuando normalmente sea asociado a adultos debe ser garantizado a NNyA. Además, debe tenerse en cuenta la existencia de “[...] formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños, tales como el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina.”<sup>123</sup>

De esa forma se enfatiza en los cuidados debidos cuando los niños se encuentran en las fronteras: no deben ser rechazados sino que debe realizarse un análisis con las debidas garantías, garantizar el principio de no devolución y concederle protección internacional cuando sea pertinente así cómo a miembros de su familia en virtud del principio de unidad familiar.<sup>124</sup>

Se enfatiza además en la necesidad de identificación de NNyA, nacionalidad así como las razones que los llevan a migrar, la necesidad de protección internacional, que no se les prohíba el ingreso al país, ni se les exija documentos que pueden no tener y la elaboración de un registro.<sup>125</sup> Se reconoce la situación de particular vulnerabilidad que atraviesan NNyA apátridas<sup>126</sup> y aquellos NNyA migrantes no acompañados o separados pues los Estados deben identificar sus lazos familiares, localizarlos y si ello responde al interés superior del NNyA proceder a la reunificación o reagrupación familiar.<sup>127</sup> También se preve especial protección a NNyA víctimas de trata de personas.<sup>128</sup>

En ese sentido, indican que las evaluaciones iniciales deben realizarse en ambientes “amigables y que otorgue garantías de seguridad y privacidad” y procurar

---

<sup>122</sup> Ibidem, §§ 73-78.

<sup>123</sup> Ibidem, § 80.

<sup>124</sup> Ibidem, § 81.

<sup>125</sup> Ibidem, §§ 82-83.

<sup>126</sup> Ibidem, § 94.

<sup>127</sup> Ibidem, § 105.

<sup>128</sup> Ibidem, § 106.

determinar la identidad del niño y sus lazos familiares para evaluar las medidas a ser tomadas que deben respetar el interés superior siempre ligado a la identidad.<sup>129</sup>

La Corte brinda garantías procedimentales mínimas que deben ser respetadas por los Estados que incluyen la realización de la entrevista en un idioma comprensible (presencia de intérpretes) que sea realizada con foco en NNyA, género-sensitiva, les permita participar, brinde información clara y asesoría legal y determine su condición de niño no acompañado o separado, nacionalidad, vulnerabilidades.<sup>130</sup> La Corte señala que cabe al Estado receptor adoptar medidas que garanticen el acceso a la salud, educación, nivel de vida acorde través de asistencia material o apoyo.<sup>131</sup>

En lo que respecta a las garantías del debido proceso<sup>132</sup>, la Corte IDH recuerda que las obligaciones del artículo 8 de CADH son aplicables a todas las personas (con independencia de la edad y estatus migratorio) en todos los procedimientos que afecten los derechos fundamentales sean administrativos o judiciales y que no se deben adoptar decisiones judiciales o administrativas sin respetarlas.<sup>133</sup> Aún más, la Corte señala el deber de los Estados de adoptar "medidas específicas" para que NNyA migrantes tengan garantizado el acceso a la justicia y debido proceso legal.<sup>134</sup>

De esa forma, se señalan garantías mínimas para asegurar el debido proceso a NNyA migrantes, a saber: notificación de procesos y decisiones que los involucren, derecho a recurrirlas con efecto suspensivo, que los casos sean llevados por un funcionario/ juez especializado, derecho a participar del proceso, asistencia jurídica, intérpretes, designación de un tutor en caso de NNyA migrantes no acompañados o separados y que el proceso sea llevado en un plazo razonable.<sup>135</sup>

En lo referido a la privación de la libertad de NNyA con base en una situación migratoria irregular, se apunta que "excede el requisito de necesidad" y es arbitraria

---

<sup>129</sup> Ibidem, §§ 83-84.

<sup>130</sup> Ibidem, §§ 85-86.

<sup>131</sup> Ibidem, § 104.

<sup>132</sup> "[...] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos." Ibidem, § 109.

<sup>133</sup> Ibidem, §§ 109-113.

<sup>134</sup> Ibidem, § 115.

<sup>135</sup> Ibidem, § 116.

pues existen medidas menos restrictivas que son idóneas para el fin perseguido por el Estado y respetan el interés superior de los NNYA. Además, se refuerza el compromiso del Estado con los NNYA no acompañados y separados donde cabe al Estado un deber “de mayor cuidado y responsabilidad”.<sup>136</sup>

En esa línea la Corte IDH recepta implícitamente lo que da lugar al fenómeno de la crimigración pues resalta que “las infracciones relacionadas con el ingreso o permanencia en un país no pueden, bajo ningún concepto, tener consecuencias iguales o similares a aquellas que derivan de la comisión de un delito y en atención a las diferentes finalidades procesales existentes entre los procesos migratorios y los penales [...] el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de niñas y niños utilizado normalmente en el derecho penal no constituye un parámetro operativo en el ámbito sometido a consulta, esto es, a los procedimientos migratorios.”<sup>137</sup> Incluso, se apunta que las medidas alternativas (no detención) deben extenderse a la familia atendiendo al interés superior del niño.<sup>138</sup>

En lo referido a las características prioritarias de protección integral de los derechos de NNYA, se deben proteger de forma integral sus derechos y adoptarse las medidas menos lesivas ya que la regla debe ser la libertad de NNYA.<sup>139</sup> Dichas medidas deberán ser reglamentadas en lo procedimental por los Estados<sup>140</sup> y deben tomar en consideración 3 aspectos: “(i) la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, (ii) el cuidado emocional y (iii) la seguridad en tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia”<sup>141</sup>. Por lo tanto, la Corte afirma que “debería prevalecer la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones que ejercen el control migratorio”<sup>142</sup> y que en el caso de NNYA no acompañados o separados deben tomarse en cuenta las directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de la ONU -señalados en los capítulos

---

<sup>136</sup> Ibidem, § 154.

<sup>137</sup> Ibidem, § 150.

<sup>138</sup> Ibidem, § 158.

<sup>139</sup> Ibidem, §§ 162-163.

<sup>140</sup> Ibidem, § 169.

<sup>141</sup> Ibidem, § 164.

<sup>142</sup> Ibidem, § 166.



anteriores- que apuntan "pautas respecto al acogimiento de niñas y niños que se encuentran en el extranjero "sea cual fuere el motivo."<sup>143</sup>

Se apunta que las soluciones brindadas a los NNYA deben tomar en consideración su interés superior y por tanto debe evitarse la institucionalización cuando sea posible adoptar soluciones basadas en la familia o comunidad es decir debe optarse por la reunificación familiar o la repatriación voluntaria. Esto, tomando en cuenta la identidad cultural del NNYA que en caso de pertenecer a una comunidad indígena debe ser respetado.<sup>144</sup>

En lo que respecta a la condiciones básicas de los espacios de alojamiento los Estados deben garantizar condiciones que permitan a NNYA desarrollar una vida digna y cuando sea un NNYA no acompañado o separado y no sea posible adoptar una medida que le provea de un entorno familiar o comunitario el Estado ocupa un papel especial de fiscalizador de los centros de alojamiento.<sup>145</sup> Esos centros deberán estar pensados para permitir el "desarrollo holístico" y sus aspectos identitarios.<sup>146</sup> Se demarcan otros lineamientos como: en caso de ubicar a NNYA migrantes no acompañados en centros deben ser distintos de los adultos, debe designarse un tutor o bien si están acompañados debe procurarse que sean alojados con sus familias. En todos los casos debe garantizarse: nivel de privacidad, alimentación, salud, educación en un entorno diferente al del alojamiento y espacios para esparcimiento adecuados.<sup>147</sup>

En cuanto a las garantías del debido proceso ante medidas que impliquen restricción o privación de la libertad personal de NNYA migrantes, la Corte recuerda que la regla durante el proceso migratorio debe ser la libertad y que la privación de ella no puede ser consecuencia del mero incumplimiento de lineamientos migratorios estatales.<sup>148</sup> En ese sentido, reafirma la condición de extrema vulnerabilidad que caracteriza a NNYA migrantes que sufren afectaciones de su libertad pues son "extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos y muchas

---

<sup>143</sup> Ibidem, § 167.

<sup>144</sup> Ibidem, § 168.

<sup>145</sup> Ibidem, §§ 172-174.

<sup>146</sup> Ibidem, § 181.

<sup>147</sup> Ibidem, §§ 179-183.

<sup>148</sup> Ibidem, §§ 186-187.

veces con un idioma que desconocen.”<sup>149</sup> Así, deberá observarse la legalidad de la medida, la prohibición de arbitrariedad, el deber de informar los motivos de la privación de la libertad, brindar la posibilidad de notificar a su familia, acudir ante un juez especializado para ser oído, acceso a asistencia consular, asistencia jurídica y nombramiento de un tutor en caso de encontrarse no acompañados o separados de sus padres y derecho a recurso efectivo.<sup>150</sup>

La Corte señala que el principio de *non-refoulement* o no devolución fue consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) primer instrumento que otorga a una garantía efectiva para el derecho a buscar y recibir asilo y apunta que el reconocimiento de la condición de refugiado posee un carácter declarativo. En virtud de ese carácter declarativo, la protección en virtud del principio de no devolución se aplica a todas las personas extranjeras<sup>151</sup> que se “encuentre[n] en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado”<sup>152</sup> con independencia del reconocimiento de condición de refugiado recordando que es una “norma consuetudinaria de Derecho Internacional y es, por ende, vinculante para todos los Estados.”<sup>153</sup>

En el sistema interamericano se reconoce el derecho de buscar y recibir asilo siempre que la vida o libertad de la persona esté en riesgo conforme artículo 27 Declaración Americana y 22 CADH, en virtud de ese último artículo se ofrece una “protección complementaria” para las personas extranjeras cuya vida o libertad estén en riesgo (sin ser solicitantes de asilo o refugio).<sup>154</sup> Nótese que la prohibición de no devolución se torna absoluta ante riesgo de tortura conforme el artículo 13 de Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.<sup>155</sup>

Se señala la necesidad de un examen pormenorizado de los riesgos que sea género sensitivo y tome en cuenta la edad del NNyA.<sup>156</sup> En esa línea, se retoma lo señalado en la Observación general Número 6 del Comité de los Derechos del Niño

---

<sup>149</sup> Ibidem, §§ 190-191.

<sup>150</sup> Ibidem, §§ 190-206.

<sup>151</sup> Ibidem, §§ 215-217.

<sup>152</sup> Ibidem, §§ 219-220.

<sup>153</sup> Ibidem, §§ 209-211.

<sup>154</sup> Ibidem, §§ 215-218.

<sup>155</sup> Ibidem, §§ 227-236.

<sup>156</sup> Ibidem, §§ 221-222.

(analizada ya en el primer capítulo) para determinar los riesgos efectivos que incluye un análisis de las opiniones del niño y tutores, seguridad, existencia de mecanismos para atención, continuidad en la educación, preservación de la identidad<sup>157</sup> y hasta el impacto en la salud (si recibe algún tipo de tratamiento, si posee necesidades especiales en razón de una enfermedad).<sup>158</sup>

Se explica que la “protección complementaria” ligada al principio de no devolución, es una figura en la que se materializa la garantía de no devolución es decir se protege a una persona extranjera a pesar de no encuadrarse en la definición de refugiado tradicional ni ampliada. Esa protección, tiene por fin proteger a la persona extranjera en situación de irregularidad migratoria y debe ser otorgada a los NNYA que no se encuadren como refugiados.<sup>159</sup>

En lo referido a procedimientos para garantizar el derecho a buscar y recibir asilo de NNYA migrantes, se apunta la necesidad de mecanismos justos que tomen en consideración la situación de forma integral así como la aplicación de principios de no discriminación y debido proceso.<sup>160</sup> Siguiendo a ACNUR se señala que en lo que respecta a NNYA no acompañados o separados debe designarse un tutor a la brevedad así como todas las orientaciones para solicitar asilo, lo que incluye: no dificultar el ingreso al país, dar tratamiento prioritario a las solicitudes por ellos interpuestas, conducir las entrevistas y registros de forma que se priorice el interés superior y eviten mayores traumas, emisión de un documento que garantice la no devolución, designación de un tutor y en caso de que se le conceda el estatuto de refugiado proceder a la reunificación familiar.<sup>161</sup>

Por último, la Corte analiza el derecho a la vida familiar de NNYA y señala que en el sistema interamericano se protege a la familia -de la que no existe un modelo predeterminado sino flexible- en virtud de los artículos 17 y 11.2 CADH y 6 de la Declaración Americana. Así, el término familia debe ser analizado en un sentido amplio pues los vínculos familiares no necesariamente se circunscriben a vínculos biológicos (sanguíneos) toda vez que pueden haberse constituido entre personas

---

<sup>157</sup> Ibidem, § 222.

<sup>158</sup> Ibidem, § 229.

<sup>159</sup> Ibidem, §§ 238-241.

<sup>160</sup> Ibidem, § 244.

<sup>161</sup> Ibidem, §§ 250-261.

que no necesariamente sean jurídicamente parientes dentro de los procesos migratorios.

En el marco de los procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios, todas las decisiones deben tomar en consideración el interés superior del niño y tender a preservar la unidad familiar, pues la separación por el mero incumplimiento de disposiciones administrativas resulta desproporcionada.<sup>162</sup> De forma excepcional, se entiende que la separación procede en casos de maltrato a NNyA, negligencia o bien cuando los progenitores residen en diferentes lugares.<sup>163</sup>

### 3.2.2 Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia<sup>164</sup>

En febrero de 2012, la Comisión IDH, puso en conocimiento de la Corte IDH el caso de la Familia Tineo Pacheco, después de haber elaborado los respectivos informes de admisibilidad y de fondo, y formulado recomendaciones a Bolivia.<sup>165</sup> Los demandantes eran Rumaldo Juan Pacheco Osco (padre) y Fredesvinda Tineo Godos (madre) en nombre propio y de sus hijos Juana Guadalupe, Frida Edith y Juan Ricardo Pacheco Tineo; todos de nacionalidad peruana excepto el niño Juan Ricardo de nacionalidad chilena.

En cuanto a la plataforma fáctica, en la fecha de 19 de febrero la familia ingresa a Bolivia de forma irregular y posteriormente solicita el reconocimiento de la condición de refugiados. En este contexto, la autoridad administrativa (Comisión Nacional del Refugiado-CONARE) decide la expulsión de todos los miembros de la

---

<sup>162</sup> Ibidem, § 280.

<sup>163</sup> Ibidem, § 273.

<sup>164</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* - Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Solicitada por: Rumaldo Juan Pacheco Osco, Fredesvinda Tineo Godos, Juana Guadalupe, Frida Edith, Juan Ricardo Pacheco Tineo. Deliberada por: Diego García-Sayán, Presidente; Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente; Alberto Pérez Pérez, Juez; Eduardo Vío Grossi, Juez; Roberto F. Caldas, Juez; Humberto Antonio Sierra Porto, Juez; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez. Disponible em:

[https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos\\_sentencias/272\\_CasoFamiliaPachecoTineoVsBolivia\\_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas\\_.htm#CAFAPA\\_S1\\_PARR227](https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/272_CasoFamiliaPachecoTineoVsBolivia_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas_.htm#CAFAPA_S1_PARR227). Acceso em: 13 maio 2022.

<sup>165</sup> Ibidem, §§ 1-3.

familia en proceso sumario a su país de origen (Perú) sin notificarlos, respetar derecho al contradictorio, ni a que la decisión sea revisada.

Cabe destacar que anteriormente (1996) el Estado Plurinacional de Bolivia había reconocido a la Familia Tineo Pachecho la condición de refugiados. Posteriormente, la familia salió del país y el Estado infirió una renuncia tácita a la protección concedida. En el presente caso, el Estado alegó que la falta de agotamiento de recursos internos y negó toda responsabilidad internacional conforme violaciones de la CADH.<sup>166</sup>

La Corte IDH advirtió que los hechos están señalados en el informe de fondo elaborado por la Comisión y que cabe durante el proceso modificar la calificación de los hechos en el sistema interamericano.<sup>167</sup> En esa línea, manifestó que los hechos acaecidos posteriormente con la familia Pacheco Tineo en Perú (su separación y consecuencias patrimoniales) están ligados a la expulsión del Estado Plurinacional de Bolivia.<sup>168</sup>

Durante el proceso se recibieron escritos presentados por *amicus curiae* ej. la Universidad de Santa Clara de EEUU.<sup>169</sup> Posteriormente se celebró una audiencia pública dónde se discutió sobre la documentación proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores chileno que probaba la calidad de refugiados de la familia a la Dirección Nacional de Migración y el deber del Estado de conocer dicha situación.<sup>170</sup>

La Corte IDH señaló que el derecho de buscar y recibir asilo se encuentra consagrado y protegido en el sistema interamericano. En sentido concordante, se estableció la importancia de que las personas migrantes no sean rechazadas en las fronteras o expulsadas sin acceder a las garantías debidas que les permitan ser oídos y gozar de una protección adecuada.

Se señaló que el Estado tenía el deber de ponderar la situación de la familia a quien ya se le había reconocido el estatuto de refugiados con anterioridad tras su

---

<sup>166</sup> Ibidem, § 7.

<sup>167</sup> Ibidem, §§ 21-22.

<sup>168</sup> Ibidem, § 33.

<sup>169</sup> Ibidem, § 10.

<sup>170</sup> Ibidem, §§ 48-52.

solicitud interpuesta en 1995.<sup>171</sup> Si bien en 1998 la familia salió del territorio boliviano e ingresó en territorio chileno eso no puede ser interpretado como una renuncia tácita a la protección internacional concedida.

En 19 de Febrero de 2001 la familia ingresa nuevamente a territorio boliviano "sin pasar por control migratorio de entrada en Bolivia"<sup>172</sup> con la finalidad de obtener documentos educativos conforme surge de sus declaraciones.<sup>173</sup> Al día siguiente, 20 de Febrero de 2001, los progenitores se presentaron ante la autoridad migratoria (Servicio Nacional de Migración) en La Paz y manifestaron "[...] su intención de cruzar el territorio boliviano para llegar a Chile y solicitar apoyo para su traslado."<sup>174</sup> En esa instancia se retuvieron los pasaportes de la familia<sup>175</sup> y la sra. Fredesvinda Tineo fue detenida en celdas policiales.<sup>176</sup>

El día 21 de Febrero de 2001, se interpuso un habeas corpus y se realizó la comunicación de solicitud de refugiado por parte de Conferencia Episcopal Boliviana o "CEB"), encargada en el momento del ACNUR Bolivia.<sup>177</sup> El 22 de febrero se realizó una audiencia que concedió la libertad a la sra. Tineo y apuntó que las autoridades migratorias no habían cumplimentado lo establecido en el Código de Procedimiento Penal Boliviano.<sup>178</sup>

El 23 de febrero se emitió una orden de expulsión de toda la familia hacia Perú, que fue ejecutada sumariamente el 24 de Febrero por autoridades migratorias acompañadas de la policía cuando la familia se dirigía a abordar un bus que la conduciría a Chile.<sup>179</sup> El Estado enfatiza en que la familia "[...] burló todos los controles migratorios de varios países"<sup>180</sup> y en que la pareja (progenitores) estaba siendo procesada en Perú y buscada por la INTERPOL.

La Corte señala la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos de un grupo especialmente vulnerable como son las personas migrantes en situación

---

<sup>171</sup> Ibidem, §§ 66-70.

<sup>172</sup> Ibidem, § 74.

<sup>173</sup> Ibidem, § 75.

<sup>174</sup> Ibidem, §§ 76-77.

<sup>175</sup> Ibidem, § 79.

<sup>176</sup> Ibidem, §§ 80-21.

<sup>177</sup> Ibidem, §§ 82-85.

<sup>178</sup> Ibidem, §§ 88-90.

<sup>179</sup> Ibidem, §§ 93-102.

<sup>180</sup> Ibidem, § 122.

irregular<sup>181</sup>. Así, si bien los Estados pueden iniciar acciones contra quienes incumplen las medidas dispuestas, el accionar reconoce límites infranqueables: el respeto por los DDHH que incluyen el debido proceso, protección judicial y respecto a la dignidad humana.<sup>182</sup>

En lo que respecta a las garantías del debido proceso en proceso, la Corte apuntó que el Estado debe respetarlas en todos los actos adoptados por autoridades públicas pues debe conceder a la persona el derecho a defenderse de conformidad con el artículo 8.2 de la CADH.<sup>183</sup> Seguidamente, se indica que la incompatibilidad de la detención de personas migrantes por el carácter irregular de la migración y recuerda que dichas medidas no deben ser arbitrarias y poseer una finalidad sancionatoria.<sup>184</sup>

Se indica que “[...] en procedimientos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios.”<sup>185</sup> Además, se apunta que debe examinarse las solicitudes de protección internacional de forma individualizada (por medio de entrevistas); analizar los riesgos efectivos de las personas solicitantes con objetividad; garantizar el derecho a recurrir la decisión en caso de que no se le conceda tal condición sobre la base de una decisión fundamentada.<sup>186</sup>

La Corte retoma la idea de que el concepto de refugiado se ha ido ampliando a todas las personas extranjeras cuya vida, integridad, libertad se encuentren en riesgo en caso de devolución a su país.<sup>187</sup> Asimismo, se apunta el carácter declarativo que tiene el reconocimiento de refugiados y se señala que las causales de cesación deben ser interpretadas de forma restrictiva y rigurosa.<sup>188</sup>

Se establece que en virtud del artículo 22.8 las personas encuentran protección contra la devolución independientemente de su condición y que deben analizarse sus peticiones.<sup>189</sup> Además de la importancia de las garantías del debido

---

<sup>181</sup> Ibidem, § 128.

<sup>182</sup> Ibidem, § 129.

<sup>183</sup> Ibidem, § 130.

<sup>184</sup> Ibidem, § 131.

<sup>185</sup> Ibidem, § 132.

<sup>186</sup> Ibidem, § 133.

<sup>187</sup> Ibidem, § 135.

<sup>188</sup> Ibidem, §§ 144-150.

<sup>189</sup> Ibidem, §§ 151-153.

proceso conforme los artículos 8, 22.7, 22.8, 25 pues se evalúan posibles riesgos que afectan directamente a la persona.<sup>190</sup>

La Corte IDH aclara que le compete el análisis de las actuaciones efectuadas por el Estado en lo relacionado con la solicitud de la familia Pacheco.<sup>191</sup> Así, constata que “[...] desde el momento mismo en que las presuntas víctimas se presentaron ante el SENAMIG, este órgano inició gestiones para su expulsión”<sup>192</sup>. De tal suerte, se determinó su expulsión de forma sumaria sin la efectiva posibilidad de exponer su situación en violación a las garantías procesales. En ese entendimiento, se determina que la CONARE no adoptó su decisión con base en fundamentos sólidos pues la familia no tuvo la oportunidad de exponer sus razones, ser entrevistados ni brindar pruebas.<sup>193</sup>

En lo que respecta a la posibilidad de interponer recursos efectivos la Corte IDH apunta que el Estado “[...] planteó un análisis en abstracto acerca de la efectividad de tales recursos”<sup>194</sup> (amparo y habeas corpus) pero que las víctimas en la práctica no tuvieron la oportunidad de conocer siquiera la decisión que les afectaba ni de cuestionarla.<sup>195</sup>

En relación a la violación del derecho a la integridad personal psíquica y moral (artículo 5.1 CADH), la Corte apunta que la familia fue expuesta a “[...] sentimientos de zozobra, frustración y ansiedad”<sup>196</sup> “[...] total incertidumbre sobre el resultado de su nueva solicitud de asilo”<sup>197</sup> y causados también por la detención de la Sra. Tineo.

Resulta clave el análisis que la Corte efectúa sobre los derechos de los niños conforme el *Corpus Iuris* internacional que los protege y el artículo 19 de la CADH que consagra el deber de los Estados de adoptar medidas especiales de protección.<sup>198</sup> Así, se indicó que los niños deben ser escuchados especialmente cuando el estatuto de refugiado sea solicitado por alguien más de su familia. Además, se señala que la edad de las niñas Frida Edith y Juana Guadalupe les permitía expresarse y debieron

---

<sup>190</sup> Ibidem, §§ 157-159.

<sup>191</sup> Ibidem, § 161.

<sup>192</sup> Ibidem, § 162.

<sup>193</sup> Ibidem, §§ 170-174.

<sup>194</sup> Ibidem, § 190.

<sup>195</sup> Ibidem, § 194.

<sup>196</sup> Ibidem, § 206.

<sup>197</sup> Ibidem, § 207.

<sup>198</sup> Ibidem, §§ 216-220.



ser oídas -ello no sucedía con el niño Juan Ricardo de apenas un año-.<sup>199</sup> En ese sentido, se destaca el derecho de NNyA a ser oídos y participar de los procedimientos que los afecten con independencia de si se encuentran o no acompañados es decir si están con sus progenitores deben ser oídos de forma independiente.<sup>200</sup>

Además la Corte resalta que cuando en los procedimientos de solicitud de refugio participan NNyA “[...] los principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado.”<sup>201</sup> En otras palabras, la CDN debe permear los análisis que involucren NNyA migrantes. En esa línea, se apuntó que aún siendo hijos(as) de quienes solicitan asilo tienen derecho a que sus solicitudes sean consideradas separadamente con base en el interés superior del niño.

Se apuntó también la relación entre la protección de la familia y los derechos de NNyA migrantes. Así, se menciona el deber del Estado de proteger a los niños ante procedimientos que se presentan como sancionatorios ante el incumplimiento de disposiciones administrativas (“irregularidad” del régimen migratorio) y el deber de garantizar que el interés superior guíe las decisiones que se adopten.<sup>202</sup>

La Corte declaró la responsabilidad del Estado Plurinacional de Bolivia por la violación de los siguientes derechos: buscar y recibir asilo (contenidos en el derecho de circulación y residencia), principio de no devolución, debido proceso, garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los artículos 22.7, 22.8, 8 y 25 de la CADH; derecho a la integridad física y moral consagrada en el artículo 5.1, protección de niños y la familia receptada en los artículos 19 y 17.<sup>203</sup>

Finalmente, la Corte IDH con base en el artículo 63.1 de la CADH dispuso como reparaciones: la propia sentencia<sup>204</sup>, el deber del Estado de publicar un resumen de la sentencia, brindar capacitación a través de programas y cursos de Derechos Humanos permanentes a sus funcionarios de la Dirección Nacional de Migración y

---

<sup>199</sup> Ibidem, § 225.

<sup>200</sup> Ibidem, § 223.

<sup>201</sup> Ibidem, § 224.

<sup>202</sup> Ibidem, §§ 226-228.

<sup>203</sup> Ibidem, §§ 89-90.

<sup>204</sup> Ibidem, §§ 253-257.

Comisión Nacional de Refugiados (CONARE)<sup>205</sup>, el pago a las víctimas en concepto de indemnización por daños (materiales e inmateriales) una suma de US\$10.000 para cada uno de los progenitores y US\$5.000 para cada uno de los hijos<sup>206</sup> en el plazo de un año desde la sentencia<sup>207</sup> y conforme la responsabilidad del Estado por violación a diversos derechos apuntados en la sentencia reintegrar los gastos ocasionados al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana.<sup>208</sup>

### 3.2.3 Opinión Consultiva OC-18/03<sup>209</sup>

La Opinión Consultiva OC-18/03 titulada "La Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados" fue solicitada por México en mayo de 2002. Si bien se centra en los derechos de las personas migrantes en general y tiene un foco en adultos, se destaca lo referido a NNyA vinculados a sus progenitores o tutores (con quienes migran). Recordando que dicha OC fue arrojada como resultado por el propio sitio web oficial ante los términos "niños migrantes" y que se procede al análisis para mantener el equilibrio con los casos de la CEDH analizados posteriormente.

Al respecto de la OC 18/03, resulta interesante el desarrollo que la Corte IDH efectúa sobre la garantía de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria de las personas migrantes con independencia de su estatus migratorio (regularidad migratoria). Y cabe apuntar que la Corte se pronuncia tras una petición de México. Allí, se formularon cuatro preguntas ligadas a los derechos laborales de las personas migrantes, reforzando que es una preocupación del Estado dada la cantidad de mexicanos fuera del país. Se cuestionó: 1) Ligado al principio de igualdad: ¿si puede un Estado americano en relación a su legislación laboral, establecer un trato perjudicial distinto para trabajadores migrantes indocumentados? 2) si la estancia

---

<sup>205</sup> Ibidem, §§ 269-270.

<sup>206</sup> Ibidem, §§ 283-285.

<sup>207</sup> Ibidem, §§ 294-295.

<sup>208</sup> Ibidem, §§ 289-293.

<sup>209</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de Septiembre de 2003 - Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Solicitada por: Estados Unidos Mexicanos. Deliberada por: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente; Sergio García Ramírez, Vicepresidente; Hernán Salgado Pesantes, Juez; Oliver Jackman, Juez; Alirio Abreu Burelli, Juez; Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez. Disponible en: [https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC\\_18.html](https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_18.html). Acceso em: 13 maio 2022.

legal de las personas migrantes es una condición necesaria para que se respeten los derechos reconocidos en la CADH (art.24), Declaración Universal (art.7) y PIDCP (art.26) 3) ¿Cuál es la validez de interpretaciones efectuadas por un Estado Americano que condicionan o subordinan el respeto a los DDHH incluido lo referido en el punto 1 a su política migratoria? 4) ¿Cuál es el carácter del principio de no discriminación y derecho de protección igualitaria en el derecho internacional? ¿Puede ser considerada norma del *ius cogens*?<sup>210</sup>

La CORTE IDH señala la obligación de los Estados de respetar y garantizar los Derechos Humanos de todas las personas con independencia de su estatus migratorio y apunta que no debe privarse de sus derechos a quienes migran -sin cumplimentar los requisitos administrativos- alegando esa condición. Si bien enfatiza en los derechos que provengan de una relación laboral, refuerza el deber del Estado de garantizar que los agentes privados no vulneren los derechos reconocidos en una relación laboral especialmente cuando sean personas migrantes indocumentadas.

En ese contexto, diversos Estados presentaron observaciones (México, Honduras, Nicaragua, entre otros), ONG y miembros de la sociedad civil (a título enunciativo CEJIL, CELS, CAREF, etc.). La Corte IDH entiende que es competente (función consultiva "amplia") para pronunciarse en virtud artículo 64.1 CADH sobre asuntos que involucran la interpretación de la CADH, Declaración Universal y Pacto internacional de derechos Civiles y Políticos.<sup>211</sup>

Se apunta que los DDHH "[...] son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política"<sup>212</sup> y los Estados deben respetarlos y garantizarlos lo que implica la adopción de medidas necesarias. Asimismo, indica que los principios de igualdad y no discriminación están conectados y manifiesta que los Estados pueden realizar distinciones pero establece límites.

Aclara que las distinciones son admisibles en tanto que sean razonables, proporcionales y objetivas mientras que se entiende como discriminatorias a todas aquellas "[...] inadmisibles por violar Derechos Humanos."<sup>213</sup> Así, queda claro que

---

<sup>210</sup> Ibidem, §§ 01-04.

<sup>211</sup> Ibidem, §§ 53-64.

<sup>212</sup> Ibidem, § 73.

<sup>213</sup> Ibidem, § 84.

las distinciones deben ser “objetivas y razonables”<sup>214</sup> además de proporcionales para encuadrarse dentro del paradigma de respeto de los DDHH.

El tribunal apunta que discriminar genera responsabilidad internacional a los Estados<sup>215</sup> y la importancia de las distinciones para proteger. En palabras de la Corte: “Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos [...]”<sup>216</sup> En ese punto, brinda un ejemplo que resulta de utilidad a este estudio: remite a la necesidad de atender a la edad de las personas para separarlos en caso de que se encuentren detenidos.

Además, el Tribunal advierte que “[...] el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional [...]”<sup>217</sup> Así, los Estados deben adoptar medidas para proteger a quienes se encuentren en esa situación de desigualdad (*de facto*) y abstenerse de adoptar aquellas que creen o perpetúen situaciones de desigualdad (*de iure*) y discriminación.

La Corte IDH afirma enfáticamente que “[...] Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas.”<sup>218</sup> Con ello, se apunta la condición de vulnerabilidad que caracteriza a las personas migrantes por la situación de desventaja que atraviesan (comparado con personas nacionales).<sup>219</sup>

En esa línea se señala que la regularidad en los procesos migratorios no es “condición necesaria” para el respeto de sus derechos fundamentales.<sup>220</sup> Se establece que si bien los Estados pueden realizar distinciones entre nacionales y no nacionales, migrantes documentados e indocumentados, todo ello reconoce una

---

<sup>214</sup> Ibidem, §§ 84-105.

<sup>215</sup> Ibidem, § 85.

<sup>216</sup> Ibidem, § 89

<sup>217</sup> Ibidem, § 101.

<sup>218</sup> Ibidem, § 109.

<sup>219</sup> Ibidem, § 112.

<sup>220</sup> Ibidem, § 118.

limitación: el respeto por los DDHH. Es así que se reafirma el deber de que el "trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional".<sup>221</sup>

Se indica que los Estados deben garantizar el derecho al debido proceso a todas las personas migrantes en todas las decisiones que les afecten lo que incluye el ámbito administrativo y judicial.<sup>222</sup>

La OC resume que los derechos laborales que le corresponden a las personas migrantes en tanto trabajadoras no pueden condicionarse al estatus migratorio es decir no puede alegarse la condición de indocumentado o irregularidad en el proceso migratorio para impedir el ejercicio de los Derechos Humanos (que incluyen al trabajo).<sup>223</sup> Indica que los Estados pueden regular la oferta laboral pero que si una persona migrante indocumentada es contratada (es decir se constituye como empleado y desde luego parte más débil en la relación) debe gozar de sus derechos laborales con independencia de su nacionalidad o (i)regularidad migratoria y el Estado debe velar para que no ocurran abusos por parte de los contratantes en caso de que sean empresas privadas.<sup>224</sup>

Finalmente, la Corte IDH refiere a las obligaciones estatales en determinación de políticas públicas y señala que cada Estado puede fijar sus políticas tomando en consideración sus demandas internas (ej. Para estimular determinado sector) pero con el límite infranqueable que significa el respeto por los DDHH.<sup>225</sup> Además menciona, explícitamente a la prohibición y abolición del trabajo infantil.<sup>226</sup>

A lo largo del documento se identificaron 17 menciones a la Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 titulada Condición jurídica y derechos humanos del niño (notas al pie). Dichas referencias llaman la atención sobre las vulnerabilidades y refuerzan la importancia del vínculo entre personas migrantes indocumentadas en esa perspectiva como trabajadores y los niños como sus hijos/as.

---

<sup>221</sup> Ibidem, § 119.

<sup>222</sup> Ibidem, §§ 119-126.

<sup>223</sup> Ibidem, §§ 133-134.

<sup>224</sup> Ibidem, §§ 148-153.

<sup>225</sup> Ibidem, §§ 169-171.

<sup>226</sup> Ibidem, § 57.

### 3.3 RECEPCIÓN DE LA TEMÁTICA EN LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Accioly, Nascimento y Casella<sup>227</sup> señalan que el sistema de protección europeo “funciona dentro del Consejo de Europa” al tiempo que encuentra asidero en documentos tales como: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), la Carta Social Europea así como sus protocolos adicionales (11,14, 15, 16).

El Consejo de Europa está compuesto por 46 estados miembros<sup>228</sup> (de los cuales 27 son miembros de la Unión Europea) y reconoce como valores fundantes el respeto por los Derechos Humanos, la democracia y el imperio de la ley. Dentro del Consejo de Europa se encuentran órganos internos (como la Asamblea parlamentaria, el Comité de ministros, la secretaria general, Comisario de Derechos Humanos) y órganos constitucionales autónomos dentro de los cuales encontramos a la Corte Europea de Derechos Humanos. Dicho tribunal vela por la efectivización de los Derechos Humanos y recibe peticiones de cualquier persona que sufra vulneraciones de sus derechos (víctimas directas) por parte de un Estado miembro. La CEDH ejerce competencias contenciosa y consultiva (protocolo 2016) sobre la aplicación de los derechos previstos en el Convenio que la sostiene.

En palabras de Nussberger “Existe la Europa de los 27, la Unión Europea, y la Europa de los [47], el Consejo Europeo”.<sup>229</sup> La autora, advierte sobre los desarrollos jurídicos dispares en los países donde se aplica el Convenio Europeo especialmente en aquellos dónde prima una “democracia nominal” y existen pocos avances en materia de DDHH.

Guerra apunta que el sistema europeo es el más desarrollado en cuanto a garantizar la efectivización de los Derechos Humanos y libertades fundamentales al

---

<sup>227</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 492-493.

<sup>228</sup> Conforme consta en el site oficial: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Bélgica, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Malta, Montenegro, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Moldavia, Rumanía, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania. (CONSEJO DE EUROPA. *Nuestros Estados miembros*. 2022. Disponible em: <https://www.coe.int/es/web/about-us/our-member-states>. Acesso em: 12 maio 2022.)

<sup>229</sup> NUßBERGER, Angelika. *Os direitos humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. P.108.

tiempo que permite que las personas humanas víctimas de violaciones litiguen directamente ante el Alto Tribunal en otras palabras no hay una instancia de revisión (antiguamente ejercida por la Comisión de Derechos Humanos).<sup>230</sup> Así, desde su constitución, en el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos se evidencia el compromiso con la materia.

De forma concordante se pronuncia, Nussberger al afirmar que todas las personas pueden llevar sus "pequeñas y grandes preocupaciones" directamente ante la CEDH desde que se encuentren físicamente presentes en los Estados miembros del Convenio Europeo. Además, apunta que el desafío en este siglo es dar una respuesta al fenómeno migratorio desde un enfoque de Derechos Humanos.<sup>231</sup>

Si bien la CEDH se aboca al reconocimiento de derechos civiles y políticos, con la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales se contemplan los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>232</sup>

Al respecto, Guerra afirma que:

*[...] existe un sistema efectivo de protección de la persona que reconoce la valoración de la dignidad humana, permitiendo que las posibles injusticias y/o fallas que se hayan producido en el ámbito interno de un determinado Estado sean debidamente corregidas por esta instancia supranacional.*<sup>233</sup>

En un primer momento, desde su creación hasta 1998, el trabajo de la CEDH estuvo acompañado del la Comisión de Derechos Humanos que era un órgano intermediario. Dicha Comisión era una instancia obligatoria antes de llegar al Tribunal pues recibía denuncias, decidía sobre su admisibilidad, conducía investigaciones sobre presuntas violaciones de derechos humanos y elaboraba dictámenes. Sin embargo, el Protocolo n. 11 (1998) eliminó la Comisión transfiriendo

<sup>230</sup> GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 509--516.

<sup>231</sup> NUßBERGER, Angelika. *Os direitos humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022.p.81-84.

<sup>232</sup> GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 513.

<sup>233</sup> "[...] há um efetivo sistema de proteção do individuo que reconhece a valorização da dignidade humana, permitindo que possíveis injustiças e/o falhas que tenham sido produzidas no âmbito interno de determinado Estado possam ser devidamente corrigidas por essa instancia supranacional." GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 515.

parte de sus competencias a la CEDH y realizó una reforma sustancial en cuanto al reconocimiento de la competencia de la Corte que pasó a ser obligatorio para todos los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos (antes era facultativa).

La CEDH tiene competencia contenciosa y consultiva (al igual que su par interamericano) y deben cumplimentarse los requisitos previstos en el artículo 35 del Convenio. Dicho convenio, significó un hito pues cristalizó lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y brindó un marco de obligatoriedad que garantiza derechos.<sup>234</sup> Así, el trabajo que realiza la CEDH es de gran impacto toda vez que sus sentencias dinamizan lo establecido en la convención al interpretar de forma contextualizada lo consagrado en 1950. La CEDH comenzó su labor en 1959 y hasta la fecha diversos protocolos han tornado su trabajo más efectivo, así cerca de 910.000 aplicaciones fueron analizadas.<sup>235</sup> Diversos protocolos resultaron significativos para el tribunal entre ellos el n.12 que incorporó la prohibición de no discriminación y garantía de igualdad al tiempo que el n.14 incorporó impulso mayor rapidez en los procesos.

En suma, la CEDH se presenta como una jurisdicción internacional -que precisa agotamiento de instancias internas- que se haya petitionado anteriormente en el respectivo Estado. En cuanto a su composición, el número de jueces es equivalente al número de Estados miembros del Consejo de Europa (47). Las demandas individuales pueden ser analizadas por un único juez (examen de admisibilidad), por un comité de tres jueces (para decidir la inadmisibilidad y cuestiones de fondo), por una sala de 7 jueces (inadmisibilidad) o una gran sala compuesta por 17 jueces.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court's Public Relations Unit. *The European Convention on Human Rights – A living instrument*. 2021. Disponible en:

[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_Instrument\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_ENG.pdf). Acceso en: 15 mayo 2022. p. 05-07. En el citado documento la Corte explica: "What gives the Convention its strength and makes it extremely modern is the way the Court interprets it: dynamically, in the light of present-day conditions. By its case-law the Court has extended the rights set out in the Convention, such that its provisions apply today to situations that were totally unforeseeable and unimaginable at the time it was first adopted, including issues related to new technologies, bioethics or the environment. The Convention also applies to societal or sensitive questions relating, for example, to terrorism or migration."

<sup>235</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court's Public Relations Unit. *The European Convention on Human Rights – A living instrument*. 2021. p. 08.

<sup>236</sup> Véase: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Procedimiento simplificado del recorrido de una demanda ante el Tribunal según la formación judicial*. Disponible en:



Fueron definidos los siguientes términos de búsqueda para ser aplicado en el sitio web oficial: "unaccompanied migrant children" por resultar adecuados a la pregunta de investigación.. También se realizó una búsqueda ampliada combinando los términos unaccompanied; migrant; children; minor; alien. Considerando que entre ellos existen sinónimos, a saber: children- minor; alien-migrant. Fue asignando a cada término un número y se llega al resultado de 4 combinaciones posibles conforme consta en el apéndice A. Dicha búsqueda permite afirmar que un mayor número de casos que involucran a NNyA migrantes han llegado a esta Corte: así 13 casos respondieron al criterio de búsqueda "migrant children" y 21 al término "unaccompanied children NEAR migrant".

La búsqueda en el tribunal fue realizada utilizando operadores booleanos "" (que indica búsqueda exacta, es decir palabra por palabra) y para aquellas combinaciones que no arrojaron resultados se decidió acudir a utilizar el operador booleano NEAR (que indica proximidad) conforme indicado en el propio manual HUDOC USER MANUAL elaborado por el Consejo de Europa para quienes realizan investigaciones en dicho Tribunal.<sup>237</sup> Cabe destacar, que el orden de los casos es arrojado conforme criterios de importancia asignados por el propio tribunal, a saber: *Case reports* (informes de casos donde se publican las sentencias y decisiones más relevantes desde la creación del nuevo tribunal), seguidamente los casos con el número 1 (sentencias y opiniones consultivas no publicados en los informes pero de gran relevancia jurídica porque implican contribuciones sustanciales para la jurisprudencia "en general o con un Estado en particular"), los casos con el número 2 (importancia media no realizan aportes sustanciales pero "van más allá de la mera aplicación de normas y jurisprudencia existente") y 3 (menor importancia dada la simple aplicación de normas y jurisprudencia sin innovaciones).<sup>238</sup>

En suma, de todo el material colectado ante las combinaciones de términos realizadas, se decidió analizar los tres casos que responden a la búsqueda específica

---

[https://www.echr.coe.int/Documents/Case\\_processing\\_Court\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_Court_SPA.pdf). Acceso em: 16 jun. 2022.

<sup>237</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hudoc user manual*. 2017. Disponible em: [https://www.echr.coe.int/Documents/HUDOC\\_Manual\\_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/HUDOC_Manual_ENG.PDF). Acceso em: 17 jun 2022. p. 6 e 17-19.

Cabe destacar que esa instancia se presentó como un primer contacto con el Tribunal Europeo por lo que el manual resultó de gran utilidad.

<sup>238</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hudoc user manual*. 2017. p. 8.

“unaccompanied migrant children” para respetar el encuadre tomado en el presente estudio.

### 3.3.1 Caso de M.S vs. Eslovaquia y Ucrania<sup>239</sup>

El caso de M.S vs. Eslovaquia y Ucrania fue presentado el 16 de marzo de 2011 bajo el número 17.189, obtuvo sentencia en 17 de marzo de 2020 y fue notificado en 11 de junio de ese año. Se autorizó en ese caso la participación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y a la Liga de Derechos Humanos (ONG eslovaca).

El peticionante, de nacionalidad afgana, alega que fue detenido al arribar a Eslovaquia a través de Ucrania en condiciones inadecuadas y que no recibió información sobre motivo de su detención. Apunta, que luego fue enviado a Ucrania y posteriormente devuelto a su país natal.

En cuanto a la plataforma fáctica, el demandante relata que vivía en Afganistán, específicamente en la provincia de Kunduz y se vio obligado a abandonar su país tras el asesinato de su padre en 2005. Destaca, por su parte, que su progenitor trabajaba en el Departamento de Seguridad Nacional y que la causa de su muerte estaría presuntamente ligada a la detención de contrabandistas de drogas. Invocando esas razones, explica que en 2010 su tío recibió amenazas (una carta) que a su criterio suponía riesgos para la vida de M.S. (quién alega desconocer el contenido).

En mayo de 2010 M.S. salió del país con una banda de contrabandistas que lo llevó a Tayikistán donde le sustrajeron su pasaporte. Posteriormente, el demandante declara haber viajado por una serie de países (Kirguistán, Kazajstán y Rusia) antes de ingresar a Ucrania. Además, indica que durante el viaje a Ucrania, viajó acompañado (con el esposo de su hermana) pero que luego se separaron y la otra persona continuó su trayecto hasta España donde solicitó asilo.<sup>240</sup>

---

<sup>239</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application no. 17189/11 - Case of M.S vs. Eslovaquia and Ucrania*, 11 June 2020. Requerida por: M.S. Contra: Slovakia and Ukraine. Julgada por: Síofra O'Leary, President; Ganna Yudkivska, Yonko Grozev, Alena Poláčková, Lətif Hüseynov, Lado Chanturia, Anja Seibert-Fohr, judges. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/22>}. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>240</sup> Ibidem, §§ 01 et seq.

El día 23 septiembre de 2010 M.S. cruzó la frontera Ucrania-Eslovaquia de forma irregular y fue detenido por las autoridades eslovacas. El demandante no tenía documentos que acrediten su identidad de forma fehaciente y atravesó la frontera junto a otras tres personas de nacionalidad afgana. La Policía tras aprehenderlos los entrevistó para identificarlos y en ese procedimiento hubo un intérprete del eslovaco al inglés. Uno de los integrantes del grupo afgano realizó una traducción no oficial del inglés al idioma nativo (pashto). En ese procedimiento las autoridades elaboraron documentos en donde se registró como fecha de nacimiento del demandante el 14 de enero de 1992 pero tal documento no fue firmado por el demandante.<sup>241</sup>

El día 24 de septiembre las autoridades eslovacas dictaminaron la expulsión de M.S. y le prohibieron el ingreso al país por un lapso de 5 años. Ese mismo día fue trasladado a Ucrania y puesto a disposición de las autoridades. El demandante indicó que durante su estadía en Eslovaquia no le fueron proporcionadas orientaciones sobre el procedimiento de solicitud de asilo, ni asesoramiento jurídico. Señalo que intentó infructuosamente comunicar que era menor de edad con el auxilio de otro migrante del grupo (pues él no hablaba ninguna lengua europea), que no se le entregó ningún documento que indicará la decisión de expulsarlo y, que por consiguiente no tuvo la posibilidad de interponer recursos efectivos contra esa decisión.

Una vez en Ucrania el demandante fue colocado en un centro de detención temporal desde el 24 de septiembre hasta la fecha de la expulsión. El demandante indica que nuevamente intentó comunicar su condición de menor de 18 años (sin éxito) y que fue detenido en un espacio superpoblado sin las condiciones adecuadas. El Servicio Estatal de Control de Fronteras de Ucrania (SBCS) emitió así una orden administrativa en la que solicitaba al demandante el abandono voluntario del país. Posteriormente y a solicitud de la mencionada autoridad, el Tribunal del Circuito de Sakarpattya ordenó la expulsión forzosa por entender que el solicitante había entrado de forma ilegal y no contaba con los medios económicos que hicieran presumir que cumpliría la orden de regresar voluntariamente.

Conforme relatado en el párrafo 19 el tribunal utilizó un documento de la propia ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados) en su

---

<sup>241</sup> Ibidem, §§ 08-13.

traducción al ucraniano para justificar la devolución del demandante pues allí constaba "que en afganistán no se producían crímenes contra las personas" y señaló que el demandante no había solicitado asilo. Sin embargo, tal documento no fue puesto a disposición de la CEDH para constar tales afirmaciones.

El demandante por su parte alegó desconocimiento del procedimiento legal y ausencia de representación legal durante el proceso en el tribunal ucraniano. Asimismo, indicó que firmó un documento donde renunciaba a su derechos sin comprenderlo. M.S. fue trasladado el 14 de Octubre de 2010 a otro Centro de detención en la región de Volyn donde él indica haber informado que tenía 14 años pero no fue registrado por las autoridades. El 20 de febrero de 2011, las autoridades diplomáticas afganas en Kiev se comunicaron con el nacional y emitieron un documento de identificación donde constaba como fecha de nacimiento 14/01/1992.<sup>242</sup>

En cuanto a la admisibilidad del caso, la CEDH entiende que las reclamaciones son inadmisibles contra el Estado eslovaco pues conforme las transcripciones de entrevista aportada por Eslovaquia el peticionante tuvo acceso a servicios de interpretación al inglés y al pashto (aún siendo por otro migrante). Además, M.S. no solicitó asilo, no demostró el riesgo que significaba su retorno a Afganistán, ni violencia generalizada en su provincia en particular. Se apunta que el informe de ACNUR fue realizado en 2007 para solicitantes de asilo -por tanto no encuentra al demandante- y que M.S. fue enviado a Ucrania en el marco de un procedimiento organizado.<sup>243</sup> En ese punto, el tribunal resaltó que no puede revisar leyes o prácticas *in abstracto* sino violaciones del Convenio Europeo.<sup>244</sup>

En cuanto a la violación del artículo 13 el tribunal la rechaza *rationae materie*. En cuanto a la violación del artículo 5 inciso 2 que garantiza que se comunique a las personas privadas de su libertad el "motivos esenciales de hecho y de derecho", el tribunal advierte que el demandante había ingresado de forma ilegal al país a por lo que debía conocer el motivo de su detención. En esa línea, indica que permaneció con "autoridades eslovacas" 22 horas, que la "prontitud" con la que debe ser

---

<sup>242</sup> Ibidem, §§ 23 et seq.

<sup>243</sup> Ibidem, §§ 80-89.

<sup>244</sup> Ibidem, § 90.

comunicada no implica que sea por un agente en el mismo momento sino que debe evaluarse en cada caso, y que tampoco hay un procedimiento establecido para tal fin (ej. por escrito) por lo tanto se entiende que es infundada y es rechazada.<sup>245</sup>

En lo que respecta a las presuntas violaciones de los artículos 3 (sobre tratos inhumanos o degradantes) y 13 (sobre el derecho a un recurso efectivo) por parte de Eslovaquia, el tribunal recupera lo siguiente<sup>246</sup>: si bien el demandante alegaba que no se le proporcionó asistencia jurídica ni interpretación adecuadas y por tanto se lo envió a Ucrania donde corría el riesgo de ser devuelto a Afganistán, el Estado señaló que el documento de identificación aportado no guardaba relación con otros documentos oficiales emitidos por ese Estado (era de tamaño menor e ilegible) y que la traducción aportada por el propio abogado del demandante no podía ser constatada.

De esa forma, no se puede probar que sea un menor desacompañado pues el Estado alega que si hubiera declarado que su fecha de nacimiento era enero de 1992 ante la Policía fronteriza, ello constaría y conforme previsto en la legislación nacional sería derivado a los servicios de protección de infancia. Además, el Estado eslovaco indica que estaba previsto en el plazo de 15 días desde que fue emitida la orden de expulsión la posibilidad de recurrirla (sin efectos suspensivos) o bien, de llevar el Caso al tribunal Constitucional. Además, indica que se le otorgó a M.S. servicios de interpretación que aseguraron cabalmente su comprensión. Asimismo, resalto que no hubo indicación por parte del demandante de eventuales riesgos en Afganistán, no solicitó asilo en Eslovaquia, ni declaró que lo haría en Ucrania.

En cuanto a la presunta violación del artículo 3 respecto a las condiciones de detención en Ucrania, el tribunal señala que el demandante apuntó que las condiciones eran inadecuadas. Si bien dichas condiciones deberían ser de conocimiento de las autoridades nacionales, la CEDH pondera que las dificultades que las personas alojadas en los centros de detención atraviesan para acceder a pruebas pero que cabe al demandante realizar al menos una descripción pormenorizada de los hechos (describir el tamaño del lugar, con cuantas personas

---

<sup>245</sup> Ibidem, §§ 98-102.

<sup>246</sup> Ibidem, §§ 48 et seq.

se encontraba) y aportar pruebas en la medida de lo posible, motivos por los que se tiene la solicitud por infundada.<sup>247</sup>

En cuanto a las presuntas violaciones de los artículos 3 y 13 por parte de Ucrania por la falta de evaluación del riesgo que el retorno a Afganistán suponía y la vulneración del derecho a interponer un recurso eficaz contra la decisión del tribunal, la CEDH declara admisibles las pretensiones.<sup>248</sup> La argumentación es la siguiente: si bien compete a cada Estado el control de sus fronteras ("controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros") pueden verse comprometidos cuando se demuestran "motivos fundados para creer la persona en caso de ser deportada, se enfrentaría a un riesgo real de ser sometida a un trato contrario al artículo 3 (sea por parte de autoridades públicas u otros grupos<sup>249</sup>) por lo tanto, en esos casos en virtud del artículo 3 el estado tiene la obligación de no deportar.<sup>250</sup>

La CEDH apunta seguidamente que en caso de solicitud de asilo, compete a ese tribunal "verificar la existencia de garantías efectivas que protejan al solicitante contra la devolución arbitraria directa o indirecta" y no así la aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. Al mismo tiempo, el tribunal supranacional indica que compete a los sistemas nacionales aplicar lo establecido en el Convenio y que el sistema de denuncias ante el tribunal es subsidiario.<sup>251</sup> En esa línea, se apunta que cabe al demandante aportar elementos probatorios sobre el riesgo de ser sometido a un trato contrario a lo establecido en el artículo 3 y su pertenencia a un grupo pasible de sufrir daños y que cabe al tribunal analizar la situación general del país así como circunstancias personales.<sup>252</sup>

El tribunal aclara que habrá responsabilidad de los Estados parte cuando se exponga a las personas a esos riesgos, que la evaluación se realiza conforme "los hechos que el Estado contratante conociera o debiera haber conocido en el momento de la expulsión" (si ya fue deportado) y que cuando la expulsión no tuvo lugar se examina "el examen del caso realizado".<sup>253</sup> Un punto interesante es que la CEDH

---

<sup>247</sup> Ibidem, §§ 104-108.

<sup>248</sup> Ibidem, §§ 109 *et seq.*

<sup>249</sup> Ibidem, § 118.

<sup>250</sup> Ibidem, § 113.

<sup>251</sup> Ibidem, § 114.

<sup>252</sup> Ibidem, § 115.

<sup>253</sup> Ibidem, § 116.

puede en caso de que la deportación haya acontecido, evaluar la información posterior -que podrá auxiliar en la evaluación del análisis efectuado por el tribunal nacional-.<sup>254</sup> Por último, el tribunal apunta que debe analizarse la posibilidad de protección en el Estado de origen y de protección interna.<sup>255</sup>

En el proceso tuvo lugar la participación de dos organismos comprometidos con los Derechos Humanos, ACNUR y la Liga de Derechos Humanos (*Human Rights League*, ONG eslovaca). Por su parte, ACNUR que aportó detalles sobre los riesgos que atravesaban determinados perfiles como aquellos nacionales afganos que apoyaban el gobierno o eran considerados como partidarios ("Directrices para evaluar las necesidades de protección internacional de solicitantes de asilo procedentes de Afganistán", 2010). También se apuntó el incremento de la violencia y ataques en determinadas regiones (Helmand, Kandahar, Kunar, Ghazni, Khost), los riesgos que atravesaban los solicitantes de asilo en Ucrania por las condiciones de acogida y se aconsejó que los Estados se abstuvieran de devolver a quienes solicitan asilo a ese país (informe de 2007). Además, se aportó un informe de la organización *Human Rights Watch* titulado *Buffeted in the Borderland: The treatment of Migrants and Asylum Seeker in Ukraine* con fecha de 2010 donde se abordaba el tratamiento recibido por 50 migrantes entrevistados que fueron devueltos a Ucrania desde otros países (Eslovaquia, Hungría).<sup>256</sup>

Por su parte, la Liga de los Derechos Humanos que señaló que supervisó cerca de 33 casos en 2010 en la región fronteriza involucrada (Eslovaquia-Ucrania) y señaló que todos los peticionantes habían sido devueltos además de indicar discordancia entre la voluntad de solicitar asilo manifestada por los entrevistados y los registros policiales. Asimismo, la ONG manifestó que la cooperación para sus seguimientos fue limitada lo que impidió continuar supervisando casos y brindando asesoría a las personas migrantes en la región.<sup>257</sup>

El tribunal analizó que Ucrania no cumplió con las obligaciones procesales ligadas al artículo 3 al ponderar el riesgo que la deportación a Afganistán suponía para el demandante quien alegó que pertenecía a un grupo en riesgo "familiares de

---

<sup>254</sup> Ibidem, § 117.

<sup>255</sup> Ibidem, §§ 119-120.

<sup>256</sup> Ibidem, §§ 41-45 e 65.

<sup>257</sup> Ibidem, §§ 66-69.

funcionarios públicos". Las autoridades ucranianas centraron sus argumentaciones en que no se adecuaba a la definición de refugiado conforme su derecho interno ni la Convención de Ginebra. Nótese que ACNUR indicó el riesgo que corrían determinados grupos vinculados al gobierno y que Ucrania no centró su atención en el análisis de los posibles riesgos, protección que obtendría el peticionante en el país de origen ni la posible reubicación interna. Además, se apuntan inconsistencias en lo alegado por M.S. en cuanto a la identificación -puntualmente al factor etario- pues el documento de identidad emitido por la autoridad consular de Afganistán señaló datos divergentes.<sup>258</sup>

En cuanto a la violación del artículo 5 incisos 2 y 4 por parte de Ucrania (relacionado a la legalidad de la detención), se tiene por probada bajo el siguiente razonamiento: el demandante indicó que no se informaron los motivos legales de su detención y que no hubo servicios de interprete ni asesoría jurídica disponibles, que no se le notificó que sería deportado de forma comprensible y no tuvo, por lo tanto, la posibilidad de recurrir la decisión. El gobierno de Ucrania no negó esos hechos y solo aportó una resolución en la que se ordenaba la detención de M.S. y expulsión, así como que M.S. había renunciado a comparecer sin aclarar la intervención letrada.<sup>259</sup> Respecto a la presunta violación del artículo 34, la CEDH entiende que no se tiene por probada en virtud de la vaguedad de las alegaciones del demandante y carencia de pruebas.<sup>260</sup>

Finalmente, en virtud del artículo 41 del Convenio el tribunal concede una reparación monetaria en concepto de daños no pecuniarios al demandante por el valor de 2.300 euros a ser pagos en un plazo de 3 meses por Ucrania por la violación procesal del artículo 3 (con aplicación posterior de interés marginal de crédito conforme lo establece el Banco Central Europeo).<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> Ibidem, §§ 121 -131.

<sup>259</sup> Ibidem, §§ 137 -144.

<sup>260</sup> Ibidem, §§ 145-147.

<sup>261</sup> Ibidem, §§ 149 *et seq.*



### 3.3.2 Caso Rahimi vs. Grecia<sup>262</sup>

El caso Rahimi v. Grecia fue presentado bajo la aplicación N. 8687 en el año 2008 y obtuvo sentencia en abril de 2011. El peticionante identificado como Eivas Rahimi, de nacionalidad afgana, alega que fue detenido con 15 años (nació en 1992 y los hechos ocurrieron en 2007) en un centro de detención para adultos en Grecia.

En cuanto a la plataforma fáctica, el demandante relata que tras quedar huérfano, huyó de su país a causa de los conflictos armados que ponían en riesgo su vida y cuando llegó a Grecia a través de la isla de Lesbos fue detenido en un Centro de detención para adultos. Conforme el peticionante, fue privado de la libertad por dos días (del 19 al 21 de Julio de 2007) y no tuvo contacto con abogados sino hasta que se libró una orden de expulsión en su contra. El demandante apunta que era menor de edad, que se encontraba desacompañado, solo hablaba su lengua madre (farsi) y que no recibió asistencia de intérpretes, información ni asesoramiento sobre la posibilidad de solicitar asilo ni sus derechos. Asimismo, declara que no conoce a N.M. quien fuera apuntado como su primo.<sup>263</sup>

En la orden de expulsión se hacía referencia a un supuesto primo del demandante identificado como N.M que conforme argumenta el Estado griego demandado le acompañaba. Al momento de ser liberado, el peticionante no recibió ningún tipo de auxilio estatal que garantice su existencia digna, habitación, alimentación y por lo tanto quedó sin un hogar. Posteriormente, recibió apoyo de ONG's locales para ubicarse en un albergue. En septiembre de 2007, el peticionante solicitó asilo político, dicho pedido fue rechazado y se interpuso un recurso que el año 2008 aguardaba aún resolución.

El estado, por su parte, alega que: i) le fue entregado al demandante un folleto con información en árabe sobre los procedimientos para quejarse sobre las condiciones del Centro de detención ante la policía y tribunal administrativo, ii) que

---

<sup>262</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application No. 8687/08 - Case of Rahimi vs. Greece*. Requerida por: Eivas Rahimi. Contra: Greece. Julgada por: Nina Vajić, President; Christos Rozakis, Peer Lorenzen, Khanlar Hajiyev, George Nicolaou, Mirjana Lazarova Trajkovska, Julia Laffranque, judges. Disponible em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-104366%22%5D%7D>. Acesso em: 03 jun. 2022.

<sup>263</sup> Ibidem, §§ 01-10.

estaba acompañado (por una persona mayor de edad, quien fuera su primo N.M.), iii) que fue llevado a un hospital y iv) que se dio intervención al servicio social por su caso. Además, resalta que no se inició ningún proceso penal por su entrada ilegal al país, que permaneció en el Centro de detención Pagani para menores de edad -dónde el Rahimi no se habría quejado- y por último, que él peticionante no agotó los recursos internos para causa sea admisible en la CEDH.<sup>264</sup>

En cuanto a la admisibilidad, el Estado demandado argumenta que el peticionante no agotó los recursos internos disponibles (ante autoridad policial ni judicial). Esto mientras, el peticionante indica que es necesario atender no solo a los recursos disponibles sino al contexto de forma global y en ese sentido, declara que era un menor no acompañado. Finalmente, el tribunal considera la causa admisible.

La orden de expulsión que se libró contra el demandante fue notificada a N.S. (supuesto primo) en 21 de julio de 2007 e indicaba un plazo de 30 días para abandonar el territorio griego. El demandante no recibió ayuda estatal para salir de la isla de Lesbos ni al llegar a Atenas, fue auxiliado por dos ONG Prosfygi y Arsis, respectivamente. El demandante presentó una solicitud de asilo (27 de julio) y el 31 de Julio con el auxilio de las ONG ingresó en un centro de acogida en Atenas. Dicho pedido fue rechazado (4 de septiembre de 2007) y se recurrió la decisión.<sup>265</sup> Conforme la ONG Arsis, el demandante formaba parte de un grupo de menores migrantes no acompañados.

En cuanto al derecho interno analizado por la CEDH, la Constitución griega brinda protección a "todas las personas que se encuentren en territorio griego" (artículo 5) y todavía reconoce que "la infancia está bajo protección del Estado" (artículo 21). Seguidamente la Ley n. 3386/2005 excepciona su aplicación a refugiados o solicitantes de asilo (artículo 2) y permite la expulsión administrativa "cuando su presencia es peligrosa para el orden público o la seguridad del país"(artículo 76), consagra el derecho a interponer recursos ante tal expulsión (artículo 77) y algunos decretos presidenciales receptan la importancia de garantizar el interés superior del niño y asignar un tutor a los menores no acompañados.<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> Ibidem, §§ 11 et seq.

<sup>265</sup> Ibidem, §§ 13 -17.

<sup>266</sup> Ibidem, §§ 18-25.

El Defensor del pueblo griego realizó un informe donde fueron levantadas las condiciones de detención de niños no acompañados en el centro Pagani así como el posterior acompañamiento.<sup>267</sup>

Los derechos del Convenio en juego son: la prohibición de ser sometido a tortura, tratos inhumanos o degradantes materializados en el artículo 3 (como contracara del derecho a un trato digno), el derecho a libertad y seguridad materializado en el artículo 5 que establece como regla la no privación de la libertad (y entre las excepciones permite la detención para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición) y el derecho a un recurso efectivo materializado en el artículo 13 del convenio que refiere al derecho a un recurso efectivo.

El estado demandado argumentó que el tiempo de detención fue breve (dos días) y reconoció que no eran las condiciones óptimas. Sin embargo, indicó que el Estado afrontaba una crisis por la llegada masiva de refugiados y que el peticionante (ni su supuesto primo) contaban con documentos oficiales de identificación.<sup>268</sup> El peticionante detalló las condiciones de detención en el centro (hacinamiento, falta de asesoramiento y acompañamiento) y su condición de vulnerabilidad.

Los puntos sobre lo que hay discordancia, son: la edad del peticionante, pues las autoridades eslovacas, ucranianas y hasta la embajada Afgana registraron su fecha de nacimiento como 14 de enero de 1992<sup>269</sup> mientras el peticionante aportó un documento apuntado como poco ilegible (cuya veracidad fue cuestionada por el gobierno eslovaco) y una fotografía de su aspecto (sin indicar cuándo fue tomada) pero no respondió las preocupaciones de los Estados sobre la autenticidad del documento aportado ni alegó imposibilidad de aportar otros documentos probatorios.<sup>270</sup> Además, el peticionante tuvo inconsistencias en sus declaraciones pues señaló que tenía 16 o 17 años de edad ante el tribunal pero 14 según su relato de los hechos.<sup>271</sup> De esa forma, el Tribunal entiende que el demandante no aportó pruebas suficientes que lleven a dejar de lado lo registrado por las autoridades

---

<sup>267</sup> Ibidem, §§ 26.

<sup>268</sup> Ibidem, §§ 56 et seq.

<sup>269</sup> Ibidem, §§ 70 et seq.

<sup>270</sup> Ibidem, §§ 75 et seq.

<sup>271</sup> Ibidem, §§ 4, 41, 21 e 78.

eslovacas, ucranianas y afganas sobre su fecha de nacimiento.<sup>272</sup> Tampoco hubo acuerdo sobre la condición de menor no acompañado, un punto crucial pues conforme la CEDH las obligaciones de los Estados varían<sup>273</sup> si es un menor no acompañado.

Diferentes organizaciones no gubernamentales participaron del proceso, entre ellas Pro Asyl, que presentó un informe (2007) sobre las condiciones de detención en el Centro Pagani en Lesbos. En ese documento se apuntan la falta de acceso a asistencia jurídica, falta de acceso a teléfonos para mantener contacto con el mundo exterior y se llama la atención sobre el hecho de "atribuir" familiares adultos arbitrariamente a menores afganos. Además, Amnistía Internacional que señaló en su informe (2010) que Grecia posee un "marco legislativo defectuoso"<sup>274</sup> que permitía la detención de menores y un "sistema de tutela problemático para los menores migrantes no acompañados". En breve, se indicó que las condiciones de detención eran inadecuadas (no disponibilidad de intérpretes, asistencia médica) debido al abarrotamiento de los pocos centros disponibles. Amnistía Internacional manifestó preocupación por varios puntos ligados a niños migrantes no acompañados: el procedimiento para determinación de su nacionalidad, la duración de sus detenciones, su deportación y que sean registrados como tales (y no como adultos).

Dentro de otros informes presentados, se destaca el de "Médicos sin Fronteras" (2010) que resalta que las personas migrantes son detenidas sistemáticamente cuando arriban al país demandado y que las condiciones de detención son "inaceptables"<sup>275</sup>, al tiempo que indica que las condiciones sanitarias ligadas a la disponibilidad de letrinas y duchas eran particularmente preocupantes, estaba superpoblado y que solo se permitió durante semanas a mujeres y niños salir al patio (no así a hombres). En ese contexto, la ONG señala que hubo disturbios internos e incluso huelga de hambre por las malas condiciones de alojamiento.

---

<sup>272</sup> Ibidem, § 79.

<sup>273</sup> Ibidem, §§ 63 et seq.

<sup>274</sup> Ibidem, § 45.

<sup>275</sup> Ibidem, § 46.

Por su parte, *Human Rights Watch*, señala que el sistema griego presenta una gran deficiencia al permitir la detención de niños migrantes no acompañados y no verificar su situación después de liberarlos.<sup>276</sup>

La CEDH apunta que para analizar el artículo 3 es necesario “un mínimo de gravedad” que implica el estudio de las circunstancias del caso, personales, duración y efectos. El tribunal retoma parámetros desarrollados anteriormente<sup>277</sup> para indicar que un trato debe ser considerado degradante “[...] en la medida que puede infundir sentimientos de miedo, ansiedad e inferioridad.”<sup>278</sup> Además, recuerda que los Estados tienen la obligación de garantizar que todas las personas sometidas a su jurisdicción no serán víctimas de tratos degradantes o inhumanos aún cuando sean detenidas.

Así, el caso llega a la Corte Europea que apunta en primer lugar -en relación a la condición de menor acompañado- que el Estado demandado “con base en un procedimiento aleatorio”<sup>279</sup> sin las debidas garantías, basado en las declaraciones del peticionante (que declaró no hablar inglés) se le había asignado un familiar adulto (primo, quien fuera N.M). En esta línea, apunta que el peticionante se encontraba desacompañado al momento de interponer su solicitud de asilo (27 de Julio de 2007)<sup>280</sup> y que el hecho de permanecer sin tutor desde 2007 hasta 2008 daba credibilidad a lo argumentado por el demandante, por lo que se encuadra como un menor no acompañado”. Además, señala que de los documentos de ambos hombres no se desprendía ningún parentesco y que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados advirtió sobre la práctica del Estado griego de asignar familiares/tutores a menores no acompañados.<sup>281</sup>

En relación al no agotamiento de los recursos internos establecido en el artículo 35 inciso 1 del Convenio, el tribunal apunta que tiene su razón de ser en otorgar al Estado la “oportunidad de remediar las presuntas violaciones por medios internos, utilizando los recursos judiciales disponibles en el derecho interno, siempre

---

<sup>276</sup> Ibidem, §§ 49.

<sup>277</sup> Entre ellos casos: Van der Ven v. Países Bajos N. 50901/99 y Kudla v. Poland N. 30210/96.

<sup>278</sup> Ibidem, § 59.

<sup>279</sup> Ibidem, § 72.

<sup>280</sup> Ibidem, §§ 66 et seq.

<sup>281</sup> Ibidem, § 70.

que resulten eficaces y suficientes"<sup>282</sup> y que debe basarse en la práctica y aplicarse de forma flexible.

En esa línea, el tribunal entiende que la entrega de un folleto informativo en idioma árabe se muestra insuficiente para orientar en la posibilidad de interponer recursos en el ámbito nacional por la solicitud de asilo denegada. Resalta que no se indicó claramente el procedimiento y que no había seguridad sobre si era un material comprensible para el peticionante cuyo idioma nativo era el farsi. De tal forma, el tribunal ahonda sobre la información disponibilizada en dicho documento que incluía la posibilidad de presentar un recurso ante el jefe de policía -autoridad de cuestionada imparcialidad y objetividad- sin indicar el procedimiento ni aclarar los plazos en se obtendría una respuesta.<sup>283</sup>

De esa forma, se ponderan otros elementos del caso como el hecho de ser un niño desacompañado sin acceso a representación legal durante su detención en el Centro, que fue detenido con adultos y que el folleto informativo era insuficiente pues no estaba en la lengua del demandante.<sup>284</sup>

En relación a las condiciones de detención del demandante en el Centro de detención, el tribunal indica que no puede constatar efectivamente que fue colocado junto a adultos pero analiza las condiciones de detención que incluyen la infraestructura, alojamiento, condiciones sanitarias y contacto con el mundo exterior.<sup>285</sup> Atendiendo a los informes presentados por las diversas ONG, el CEDH concluye que las condiciones de infraestructura, alojamiento y sanitarias del Centro pagani no cumplimentaban lo establecido en el artículo 3 del Convenio.

La CEDH señala que el demandante se encontraba en una "situación extremadamente vulnerable"<sup>286</sup> y que debía ser tomado en cuenta en razón de su edad y circunstancias personales aún cuando la detención haya sido por un período de dos días pues atenta contra la dignidad humana.<sup>287</sup> Por último, se señala que como el demandante estuvo privado de la libertad durante dos días, "la supuesta falta

---

<sup>282</sup> Ibidem, § 74.

<sup>283</sup> Ibidem, § 76.

<sup>284</sup> Ibidem, § 79.

<sup>285</sup> Ibidem, §§ 81 *et seq.*

<sup>286</sup> Ibidem, § 86.

<sup>287</sup> Ibidem, §§ 85 *et seq.*

de contacto con el exterior no podría haber tenido un impacto grave en su situación personal."<sup>288</sup>

En relación a lo acaecido con posterioridad a la liberación del demandante, el tribunal entiende que el demandante se encuadra en una categoría de "miembros más vulnerables de la sociedad"<sup>289</sup> pues era una persona menor de edad, extranjera y aún cuando haya entrado de forma ilegal cabía al Estado demandado ejercer tareas de cuidado en virtud del artículo 3. La CEDH, constata que el Estado no adoptó ninguna medida para designar un tutor al menor.<sup>290</sup> Aún más, enfatiza en que el Estado es responsable por omitir adoptar medidas adecuadas o por la inacción tras la liberación del demandante (y conforme informes de Arsis y Prosfygi de otros 20 menores no acompañados).<sup>291</sup> Se resalta que Arsis acogió al demandado tras la liberación y la angustia y ansiedad vivenciadas con anterioridad por la incertidumbre. Se retoma lo establecido en el caso "M.S.S vs. Bélgica y Grecia" (n.30696/09) para señalar la "vulnerabilidad que caracteriza a los solicitantes de asilo en Grecia".<sup>292</sup>

El tribunal resolvió de forma unánime que hubo violación del artículo 3 en cuanto al incumplimiento de condiciones adecuadas (sanitarias, edilicias, etc) en el Centro de detención para un "menor no acompañado" así como de la falta de acompañamiento tras su liberación que suponían tratos degradantes.<sup>293</sup> En sentido concordante, apunta la violación del artículo 13 en relación con las condiciones de detención.

También, se apuntó la violación del artículo 5 inciso 1 (que garantiza a toda persona la libertad con excepción del artículo f) que permite el arresto o detención legal para impedir su entrada no autorizada en el territorio. Esto pues aunque detención se realizó conforme a la ley griega (no fue arbitraria), por un período de tiempo acotado (dos días) y tenía como finalidad la deportación, no se constató un análisis que tome en consideración el interés superior del niño ni su contexto de vulnerabilidad. Así, se señala que no se había examinado si era verdaderamente

---

<sup>288</sup> Ibidem, § 84.

<sup>289</sup> Ibidem, § 87.

<sup>290</sup> Ibidem, § 88.

<sup>291</sup> Ibidem, §§ 89 *et seq.*

<sup>292</sup> Ibidem, § 93.

<sup>293</sup> Ibidem, § 95.

necesaria la detención como medida de *ultima ratio* o bien bastaban otras medidas menos restrictivas al tiempo que se señalan las condiciones degrantes de detención.<sup>294</sup> Por último, se apunta la violación del artículo 5 inciso 4 pues el demandante no tuvo acceso a asesoría letrada y no pudo interponer recursos. Incluso al ser considerado como un "menor acompañado" (por M.N) se le niega el derecho a que se le asigne un tutor o representante legal que pudiera actuar en su nombre y ejercer sus derechos. Se recuerda que el folleto disponibilizado oportunamente era en un idioma diferente a su lengua materna.

En virtud del artículo 41, tras haber constatado la violación del Convenio Europeo el Tribunal concedió \$15.000 euros en concepto de daños no pecuniarios a ser pagos en el plazo de tres meses más lo que corresponda en concepto de impuestos y 1000 euros en concepto de costes y gastos.

### 3.3.3 Caso Sharifi (y Otros) vs. Italia y Grecia<sup>295</sup>

El caso Sharifi y otros v. Italia y Grecia fue presentado bajo la aplicación N.16643 en el año 2009 y obtuvo sentencia en octubre de 2014. Los peticionarios fueron 35 personas: 32 de nacionalidad afgana, 2 sudanesas y 1 eritrea. Sin embargo, en virtud del artículo 37 del Convenio que faculta a la CEDH para archivar la demanda por motivos que a su criterio no justifiquen la prosecución (inciso c), se desestimaron las denuncias de 31 personas por falta de comunicación entre los abogados y sus representados.

Cabe destacar que este caso llega a ser presentado ante la CEDH después de la muerte del niño Zaher Rezai, de 11 años, de nacionalidad afgana mientras huía de controles policiales en Italia.<sup>296</sup> Ese fatídico hecho moviliza a diversas ONG (*Tutti i*

---

<sup>294</sup> Ibidem, §§ 106-110.

<sup>295</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application no. 16643/09 - Caso Sharifi and others vs. Italy and Greece*, 21 October 2014. Requerida por: Sharifi and others. Contra: Italy and Greece. Julgada por: Işıl Karakaş, president; Guido Raimondi, Andrés Sajó, Linos-Alexandre Sicilianos, Helen Keller, Paul Lemmens, Robert Spano, judges. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-155921%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-155921%22%7D). Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>296</sup> SCIURBA, Alessandra; VENETO, Redazione. Come muore un bambino a Venezia. *Melting Pot Europa*. *Melting Pot Europa*, 11 dez. 2008. Disponível em: <https://www.meltingpot.org/2008/12/come-muore-un-bambino-a-venezia/#.VEaXZfnkdcQ>. Acesso em: 10 jun. 2022.



*diritti umani per tutti, Ancona Ambasciata dei Diritti*) y activistas que logran en el propio campo de Patras recoger documentación y representar 35 demandantes.<sup>297</sup>

En ese punto, como solo se demostró el contacto con 4 peticionantes cuyas denuncias se declararon admisibles, el tribunal analizó los casos de Reza Karimi, Yasir Zaidi, Mozamil Azimi y Najeeb Heideri (o Nagib Haidari).

En cuanto a la plataforma fáctica, los demandantes alegaron que tras haber ingresado en barco de forma ilegal a Italia (2008-2009) procedentes de Grecia (donde llegaron en 2007-2008) fueron interceptados por la policía fronteriza. Seguidamente, sufrieron una "devolución en caliente" a Grecia y temían ser devueltos a sus países de origen (en conflicto) donde su vida y su integridad física sería puesta en peligro (artículos 2 y 3 del Convenio). Además, manifestaron la falta de acceso a la justicia (artículo 13) y maltratos (artículo 3) en ambos países (por parte de la policía italiana, de la tripulación y la policía griega). Los peticionantes denuncian las malas condiciones de detención (sanitarias, médicas) en Grecia específicamente en Patras (artículo 3) y haber sufrido expulsiones colectivas en Italia (artículo 4 del protocolo 4). Además, denuncian la falta de acceso a asesoría jurídica, intérpretes y derecho a un recurso efectivo en Grecia así como la imposibilidad de solicitar asilo (artículo 34).<sup>298</sup>

El gobierno italiano indicó que solo una persona de los demandantes habría ingresado en territorio italiano (Sr. Reza Karimi) conforme sus registros. El gobierno Griego, por su parte, indicó que solo 10 de los demandantes constaban como ingresantes en su territorio (Nima Rezai, Sarpap Agha Khan, Reza Karimi, Rahim Raximi, Mahammad Issa Sayyed Hashemi, Gabel Omar, Nawid Kabiri, Nazar Mohammed Yashidi, Rahmar Wahidi, Mohamad Anif Servery).<sup>299</sup>

<sup>297</sup> SCIURBA, Alessandra. Caso Sharifi et al. v. Italia e Grecia - La Corte di Strasburgo condanna l'Italia. Un ricorso costruito dal basso ferma i respingimenti dai porti dell'Adriatico - Fu un trattamento disumano e degradante, violato il divieto di espulsioni collettive ed il diritto ad un ricorso effettivo. *Melting Pot Europa*, 21 ottobre 2014. Disponível em: <https://www.meltingpot.org/2014/10/caso-sharifi-et-al-v-italia-e-grecia-la-corte-di-strasburgo-condanna-litalia-un-ricorso-costruito-dal-basso-ferma-i-respingimenti-dai-porti-delladriatico/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

<sup>298</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application no. 16643/09* - Caso Sharifi and others vs. Italy and Greece, 21 October 2014. Requerida por: Sharifi and others. Contra: Italy and Greece. Julgada por: Işıl Karakaş, president; Guido Raimondi, Andrés Sajó, Linos-Alexandre Sicilianos, Helen Keller, Paul Lemmens, Robert Spano, judges. §§ 01-11.

<sup>299</sup> Ibidem, §§ 12-13.

Los derechos en juego en relación a Grecia son los siguientes artículos: 2 (ser enviados a Afganistán supondría un riesgo para sus vidas), 3 (riesgos de ser sometidos a tortura o tratos degradantes) y 13 del Convenio. El tribunal entiende que -siguiendo el caso M.S.S. v. Bélgica y Grecia N.0696- en virtud del principio de subsidiariedad corresponde a cada país analizar las solicitudes de asilo teniendo en cuenta que ni el Convenio ni sus protocolos consagran el derecho de asilo político.<sup>300</sup> Por lo tanto, se analiza si los demandantes tenían una reclamación factible (artículo 13) ante los tribunales nacionales por el riesgo de ser expuestos a un trato contrario al garantizado por el Convenio (artículos 2 y 3).

El tribunal analiza separadamente las denuncias por malos tratos infligidos durante el traslado y la detención por parte de la policía griega.

El Estado griego apuntó que es potestad del mismo "controlar la entrada y residencia de extranjeros"<sup>301</sup> al tiempo que destacó el elevado número de migrantes que arribaron al país entre julio y septiembre de 2008 y el consecuente esfuerzo estatal para responder a dicha situación. Se señaló que los solicitantes de asilo identificados recibieron un folleto informativo elaborado de forma conjunta con ACNUR (disponible en 6 idiomas incluido el árabe). En sentido concordante, el Estado indica que los demandantes no manifestaron intención de ser beneficiados con el procedimiento de asilo en Grecia, ni de recurrir las decisiones de expulsión o bien comprobaron los riesgos a los que alegan serían expuestos -impidiendo que el Estado subsane o revierta la situación-.<sup>302</sup>

Los demandantes indicaron la situación de violencia generalizada en su país, la pertenencia a grupos étnicos perseguidos y la condición de vulnerabilidad debido a la condición de menor de edad del peticionante (Najeeb Heideri). Destacan que el procedimiento de solicitud de asilo en Grecia no se ajusta a los estándares internacionales de protección y que el Estado realizó afirmaciones vagas sin tomar en consideración sus situaciones particulares para desestimar sus planteos.<sup>303</sup>

En virtud del artículo 36 del Convenio que faculta la intervención de terceros, participaron del proceso por medio de informes el Alto Comisionado de las Naciones

---

<sup>300</sup> Ibidem, §§ 137-139.

<sup>301</sup> Ibidem, § 141.

<sup>302</sup> Ibidem, §§ 145-147.

<sup>303</sup> Ibidem, §§ 150-157.

Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Centro para los Derechos individuales en Europa (Centro AIRE) y Amnistía Internacional. ACNUR, Centro AIRE y Amnistía Internacional apuntaron que la legislación en materia de asilo y las prácticas nacionales en Grecia no se adecuaban a los estándares europeos. ACNUR advirtió que la práctica de detención a solicitantes de asilo no está prevista en la ley pero acontece sistemáticamente junto con personas que migran irregularmente.<sup>304</sup>

El tribunal resalta que para que un recurso sea eficaz debe ser posible en la práctica (no solo en la teoría) y que no es posible analizar dichos elementos sin atender a las barreras lingüísticas y la necesidad de asistencia letrada.<sup>305</sup> El tribunal observó que el folleto informativo entregado por el Estado Griego no refiere específicamente al derecho de solicitar asilo y que el idioma no fue necesariamente comprendido por los solicitantes. En la secuencia, se tiene por probada la situación “de precariedad y desamparo de los solicitantes de asilo en Grecia”<sup>306</sup> así como el carácter improvisado del denominado campamento de Patras.

En lo que respecta a Italia, los demandantes consideran que sufrieron una devolución indirecta (al ser devueltos a Grecia) y que se configuró como una expulsión colectiva. Apuntan la violación de los artículos 2,3,13 y 4 del protocolo n.4.

El gobierno italiano alega la inaplicabilidad del artículo 4 del protocolo n.4 pues aduce que solo se aplica a quienes ingresaron de forma legal en el territorio.<sup>307</sup> Al respecto, los solicitantes apuntan que Italia se inspira más en el acuerdo bilateral con Grecia de 1999.<sup>308</sup>

El tribunal mencionó que el fin del artículo 4 del protocolo n.4 es impedir que los Estados realicen expulsiones colectivas sin analizar caso a caso.<sup>309</sup> Se señala que el gobierno italiano mediante los procedimientos que realiza priva a las personas de la posibilidad de solicitar asilo.<sup>310</sup> En ese sentido, se apuntó que el Estado Italiano para determinar si correspondía a su par Griego analizar las solicitudes de asilo debía analizar cada caso individualmente y que el sistema de Dublín no justifica

---

<sup>304</sup> Ibidem, §§ 158-164.

<sup>305</sup> Ibidem, §§ 165-172.

<sup>306</sup> Ibidem, § 178.

<sup>307</sup> Ibidem, §§ 193 *et seq.*

<sup>308</sup> Ibidem, §§ 197 *et seq.*

<sup>309</sup> Ibidem, § 210.

<sup>310</sup> Ibidem, § 217.

devoluciones colectivas.<sup>311</sup> Así, el tribunal concluye que las expulsiones existieron así como la falta de acceso a una asesoría jurídica que les permita a los peticionantes ejercer sus derechos.<sup>312</sup>

El tribunal señala que cabe al Estado que devuelve a las personas migrantes a otro país (que no sea el de origen) velar porque en ese le sean respetados sus derechos y se confieran los riesgos de devolución al país de origen- aún en el marco del sistema de Dublín.<sup>313</sup> Por lo tanto, la CEDH concluye en que hubo violación del artículo 3 contra los cuatros demandantes que hizo lugar pero que no procede el análisis del artículo 2.<sup>314</sup>

Finalmente, el tribunal declara la violación de los artículos 13 con relación al 3 por parte de Grecia e Italia y 4 del protocolo n.4 respecto a los 4 demandantes admitidos por parte de Italia. Asimismo, decide en virtud del artículo 41 del Convenio conceder la suma de 5000 euros para resarcir los gastos en los que incurrieron por el litigio.<sup>315</sup>

### 3.4 ESTÁNDARES COMUNES Y CUESTIONES NO RESUELTAS

En el presente apartado se buscará responder la pregunta de investigación que subyace en esta disertación de maestría apuntada oportunamente: ¿Cómo la CORTE IDH y CEDH han decidido en los casos que involucran NNyA migrantes no acompañados? ¿Hay diferencias significativas? A partir de los casos y opiniones consultivas analizados pueden identificarse algunos puntos de encuentro.

En primer lugar, y respecto a los casos/opiniones consultivas encontradas resulta llamativo que han llegado a la CEDH tres casos, conforme el resultado arrojado por el propio sitio oficial ante la búsqueda "*unaccompanied migrant children*". Dichos casos incuyen el término niños migrantes no acompañados aún cuando esa condición no sea analizada por el tribunal (como en el Caso Sharifi y

---

<sup>311</sup> Ibidem, § 223.

<sup>312</sup> Ibidem, § 242.

<sup>313</sup> Ibidem, § 232.

<sup>314</sup> Ibidem, § 235.

<sup>315</sup> Ibidem, §§ 252 *et seq.*

otros vs. Italia y Grecia) o bien cuando no se tenga por probada (como en el Caso M.S. vs. Eslovaquia y Ucrania).

Paralelamente, el único resultado encontrado en el sitio web oficial de la Corte IDH ante la búsqueda "niños migrantes no acompañados" es la Opinión Consultiva OC 21/14 solicitada por los Estados miembros del MERCOSUR. Sin embargo, y con el fin de recuperar otros precedentes de la CORTE IDH y mantener el equilibrio con el número de casos analizados de su par europeo, se decidió ampliar la búsqueda a "niños migrantes" e incluir los dos resultados arrojados (Caso Familia Tineo Pacheco vs. Estado Plurinacional de Bolivia y la OC 18/03 sobre la condición Jurídica y Derechos de los migrantes).

Cabe destacar que los casos y opiniones consultivas referidos puntualmente a "niños migrantes no acompañados" / "unaccompanied migrant children") encontrados se enmarcan dentro de un recorte temporal claro, que se remontan al año 2011: el primer caso fue tratado por la CEDH, Caso Rahimi vs. Grecia (2011), caso Sharifi y otros vs. Italia y Grecia (2014), en ese mismo año la Corte IDH emitió la OC-21/14 (2014) y por último el caso M.S. vs. Eslovaquia y Ucrania (2020). Sin embargo, si se toma en consideración los casos de la Corte IDH que responden al criterio "niños migrantes" (búsqueda ampliada) nos retrotraemos al año 2003: OC-18/03 (2003) y Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia (2012). En este punto cabe, resaltar que en el apéndice A se apuntan los años de los casos encontrados ante la misma búsqueda en la CEDH entre los que se registran casos con fechas anteriores y en un número mayor.

Dichos datos refuerzan la idea de que el incremento de NNyA que migran solos ha posicionado la temática en la agenda internacional y modificado los términos en que se estudian y debaten las migraciones. En esa línea, y a partir de la preocupación apuntada por Cançado Trindade en lo que respecta al ínfimo número de casos que llegan a las Cortes regionales, cabe preguntarse por el número de aquellos que quedan fuera.

En este punto es dable resaltar, que la CEDH, sistema regional más antiguo de protección de DDHH ha tratado un número superior de casos vinculados al grupo bajo estudio y con anterioridad a su par interamericano. Así puede afirmarse que en la CEDH se ha visibilizando a los "invisibles" (Ramos), a un grupo especialmente

vulnerable pues cabe recordar que estos sistemas subsidiarios se activan ante las fallas estatales. Por su parte, la Corte IDH si bien no trató ningún caso, emitió en ejercicio de su función consultiva, una opinión consultiva que se presenta como un instrumento que demarca estándares protectores específicos.

Cabe resaltar que la CEDH, presenta un margen de apreciación mayor en lo que respecta a las obligaciones de los Estados para proteger a la infancia migrante. En el Caso Rahimi vs. Grecia (2011) el tribunal indica que el tiempo de detención del Eivas Rahimi fue breve (dos días) aún cuando reconoce que el demandante se encuadra en la categoría de "miembros más vulnerables de la sociedad" y cuando finalmente condena al Estado Griego por la violación del artículo 5 del Convenio Europeo. Todavía llama la atención que en el caso Sharifi y otros vs. Italia y Grecia (2014) aún cuando en el caso se encuentren bajo análisis posibles violaciones a los Derechos Humanos de niños desacompañados el Tribunal desestima las peticiones de muchos de ellos (31 personas) en virtud del artículo 37 del Convenio, priorizando la falta de comunicación entre los abogados y sus representados.

En paralelo, puede indicarse que la Corte IDH señala un margen de apreciación acotado en lo que respecta a la protección de la infancia migrante plasmado en la OC 21/14 pues se pronuncia de forma categórica sobre las obligaciones que competen a los Estados.

Retomando los argumentos de ambos tribunales se observa como punto de encuentro entre los casos y opiniones consultivas, las referencias o alusiones al concepto de vulnerabilidad, vulnerabilidad agravada o vulnerabilidades para indicar la protección debida a NNYA migrantes no acompañados y caracterizar su situación. También se muestran coincidentes al afirmar la garantía de la no devolución y la necesidad de que se analice caso a caso las situaciones de los NNYA.

En el sistema interamericano, la OC-21/14 sobre Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional emitida por la Corte IDH a solicitud de los Estados miembros del MERCOSUR, estableció 9 estándares claves para la protección de este grupo. El documento reconoce que el número de niños que migran solos ha aumentado y que si bien cada país tiene la potestad de dictar sus disposiciones migratorias existe un

límite infranqueable: el respeto por los DDHH (de tal forma el margen de apreciación se reduce).

La Corte IDH señala el deber de los Estados de respetar los DDHH de todas las personas migrantes con independencia de su regularidad migratoria. Se apunta la necesidad de que prime el paradigma de la protección integral de la infancia y se alude a los 4 principios rectores de la Convención de los Derechos del Niño (no discriminación, interés superior, respeto a la vida, supervivencia y desarrollo, derecho a participar y su opinión sea tenida en cuenta en el procedimiento). Con respecto a los estándares: 1) deber de evaluar/analizar el contexto y situación personal del NNyA, donde apunta que los niños no acompañados se encuentran en una situación de "vulnerabilidad adicional", "riesgo agravado"; 2) en cuanto a los procedimientos para detectar necesidades especiales se apunta que debe garantizarse protección internacional en caso de necesidad y señala que NNy no deben ser rechazados en las fronteras y no se debe exigir documentos que pueden no tener de forma contraria se los debe entrevistar ("condiciones amigables") y elaborar un registro.

En esa línea, 3) en cuanto a garantías procedimentales y debido proceso, señala que: debe realizarse una entrevista, brindarse asesoría letrada e intérpretes (esto con un lenguaje adecuado a la edad), género sensitivo, sobre todo determinar condición de "no acompañado", vulnerabilidades y designar un tutor en plazo razonable, que el caso sea atendido por un juez especializado, adopción de medidas especiales para garantizar acceso a justicia; 4) No admite la privación de la libertad basada únicamente en la irregularidad de la migración e indica que con NNyA no acompañados debe adoptarse un mayor cuidado así enfatiza en la adopción de medidas menos lesivas (libertad como regla) que tomen en consideración no sólo necesidades materiales, educativas sino también emocionales.

Siguiendo, 5) se establece que debe priorizarse la intervención de los servicios de protección integral de la infancia (sobre autoridades migratorias) y se retoman las Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado (ONU); 6) Los espacios de alojamiento sólo son procedentes sólo cuando no haya otra opción que le permita al niño gozar de un entorno familiar o comunitario y destaca que compete al Estado fiscalizar que dichos establecimientos sean adecuados.

Finalmente, 7) en cuanto al principio de no devolución, se apunta que debe aplicarse a las personas extranjeras con independencia del reconocimiento de condición de refugiado (que tiene carácter declarativo) en virtud de la "protección complementaria"; 8) En cuanto a procedimientos para garantizar derecho a buscar y recibir asilo de NNyA no acompañados se menciona el deber de designar un tutor y brindar orientación para que interponga la solicitud y 9) en relación al derecho a la vida familiar, se indica que debe interpretarse en sentido amplio sobre todo dentro de procesos migratorios (debe tenderse a garantizar la unidad familiar).

Ese documento se presenta, así como clave para la protección de los niños migrantes no acompañados en cuanto recepta el factor etario como un punto clave a ser considerado, las dificultades que enfrentan dichos NNyA al no contar con sus familias o quien normalmente ejerce las tareas de cuidado, sus vulnerabilidades, la necesidad de identificarlos y la elaboración de un registro específico (ideas abordadas en el primer capítulo). Al mismo tiempo, se retoman conceptos apuntados en la CDN que se presenta -como ya fue señalado- como el marco mínimo, como el piso necesario para la efectividad de los derechos de la infancia. En esa línea, podemos afirmar que la OC se posiciona dentro del paradigma de protección integral de la infancia aún cuando surge en el año 2014 como un *afterthought* (Bhabha) apuntando a una protección específica.

Además, a lo largo del texto de la OC-21/14 se resaltan múltiples vulnerabilidades que vivencia el grupo bajo estudio, las que pueden resumirse en: lingüísticas (para comunicarse, se indica que las entrevistas deben conducirse en un idioma y lenguaje apropiado), jurídica (se apunta la garantía de asesoramiento jurídico), fáctica (se enfatiza en la necesidad de un asignarle un tutor) y socioeconómica (conforme los criterios que se retomaron *ut supra* acuñados por Lima Marques). Aún más, si bien no hay una referencia explícita a la crimigración, se puede identificar implícitamente. La Corte, apunta el principio de la no criminalización de NNyA migrantes toda vez que se reafirma la libertad como regla y prioriza la intervención de los sistemas nacionales de protección de la infancia.

Con respecto al Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia (2012), si bien los niños se encontraban acompañados de sus progenitores la CORTE IDH resalta que debe garantizarse el principio de no devolución y algunos



estándares que arrojan luz sobre los derechos de NNyA que migran solos. Así, se apunta: 1) el derecho de los niños a ser oídos y participar de los procedimientos que los afecten (como la solicitud del reconocimiento del estatuto de refugiado) con independencia de si se encuentran o no acompañados; 2) que los principios contenidos en la CDN deben ser respetados en los procedimientos que los involucren y 3) que sus solicitudes deben ser consideradas separadamente y en caso de que le sea reconocida la protección internacional deben poder beneficiar a sus familias.

En el caso, se resalta la garantía de la no devolución (aún cuando no se haya reconocido el estatuto de refugiado en virtud de la "protección amplia") y la importancia de protección de la familia lo que nos remite a la necesidad de garantizar a aquellos que migran solos protección y cuidados necesarios para desarrollarse y crecer (idea que es receptada en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, ONU).

La OC-18/03 sobre "La Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados" solicitada por México si bien se enfoca en el aspecto laboral de las personas migrantes (adultos) la Corte señala estándares que resultan interesantes para la protección de la infancia migrante. Así, en primer lugar se apunta el carácter de *jus cogens* del principio de no discriminación e igualdad, en otras palabras la obligación de los Estados de respetar y garantizar los Derechos Humanos de todas las personas bajo su jurisdicción con independencia de su estatus migratorio. Luego, se señala que son admisibles las "distinciones" efectuadas por los Estados en tanto sean objetivas, proporcionales y razonables pues aquellas que no lo sean constituyen discriminaciones. Además, se resalta la importancia del debido proceso en todas las decisiones que afecten a las personas migrantes (ámbito administrativo y judicial).

Así, la OC 18/03 refuerza la idea "diferenciar para proteger" que conforman enseñan Lima Marques y Miragem recepta el debate entre igualdad real vs. formal y permea los debates jurídicos a partir de la postmodernidad. En esa línea, y resaltando lo apuntado por Bordoni y Bauman, resta pensar en lo que denominan "la crisis del Estado moderno". Pues, al pensar en NNyA que migran solos no resulta posible que se los asocie a una faceta laboral y menos puede inferirse su realización como personas a través de un salario. No obstante, cabe pensar en la búsqueda de una

mejor calidad de vida o esperanza de un futuro mejor. Esto, se presenta vinculado a la idea de "no-ciudadanos", con que las personas migrantes sean relegados a un lugar de vulnerabilidad (Olea Rodriguez) y no participación en las sociedades de acogida.

En el caso M.S. vs. Eslovaquia y Ucrania (2020) la CEDH establece estándares en lo que se refiere a comprobar la situación de "menor no acompañado" o niño migrante no acompañado y a la necesidad de documentos que lo identifiquen como tal. Así mismo se establece la obligación de no deportar a las personas que podrían sufrir riesgos en sus países de origen y el deber de los Estados atender a las situaciones particulares y generalizadas del país que sean invocadas (prohibición de devoluciones indirectas).

Bajo ese enfoque, la CEDH establece que el deber de informar sobre la causa de detención no debe ser cumplimentado de una forma específica (escrita, oral, etc) y que la celeridad debe atenderse según las circunstancias del caso. Se da gran importancia a que se brinde servicios de interpretación para que la persona migrante involucrada tenga cabal comprensión de los hechos.

La CEDH en el caso Rahimi vs Grecia (2011) establece que 1) aún cuando el período de detención sea breve (dos días) debe tomarse en consideración la situación de extrema vulnerabilidad del "menor no acompañado" y brindar condiciones adecuadas (sanitarias, edilicias), 2) la falta de acompañamiento tras la liberación se encuadra en tratos degradantes; 3) debe realizarse un análisis que tome en consideración el interés superior del niño y su contexto de vulnerabilidad (aún cuando la detención sea permitida en el marco del artículo 5 inciso 1 Convenio) antes de la detención como medida de *última ratio*.

Allí la CEDH recepta conceptos de vulnerabilidades y enfatiza en la necesidad de acompañamiento a los niños pero permite su detención sin realizar todo el desarrollo que la Corte IDH delimita en la OC-21/14. Pues, el tribunal interamericano ahonda en materia de alojamientos adecuados para niños que migran solos - mientras su par europeo no se explaya demasiado al respecto- y la CEDH tampoco refiere a que se debe priorizar la intervención de las autoridades nacionales de protección de la infancia por sobre las fuerzas de seguridad (presente en la OC 21/14).

En el caso *Sharifi y otros vs Italia y Grecia* (2014), la CEDH establece la prohibición de expulsiones colectivas a las personas migrantes pero de forma general. Llama la atención que en el caso a pesar de que los peticionantes se identifican como “menores” (conforme consta en el texto *minore, minori, minorene*) y aún cuando en la sentencia hay citas a la importancia de proteger a niños migrantes, el Tribunal no especifica en la parte resolutive ningún deber reforzado de protección de los Estados con NNyA. A título enunciativo, en los argumentos se menciona a la Comisión Europea para referir a la vulnerabilidad de los menores no acompañados (*i minori non accompagnati*) pero eso no es mencionado de forma explícita para decidir las violaciones admitidas.

En lo que respecta al diálogo entre las Cortes regionales, podemos apuntar que: la Corte IDH cita a la CEDH en los tres documentos analizados (aún cuando no sean los casos desarrollados en el apartado 3.3) por lo que se puede afirmar que retoma las decisiones de su par europeo. Sin embargo, no se identificaron citas a la Corte IDH en las sentencias de la CEDH.

Así, en la Opinión Consultiva 21/14 se cita al “TEDH” 26<sup>316</sup> veces directamente haciendo referencia a diversos precedentes como notas al pie y 1 indirectamente citando a la “Corte Europea” para retomar las ideas que la propia Comisión IDH había desarrollado en lo que respecta a la noción de jurisdicción (que más allá de la mera extensión territorial)<sup>317</sup>. En el Caso *Familia Tineo Pacheco vs. Estado Plurinacional*

<sup>316</sup> Los casos a los que remitieron referencias citados fueron: Caso *Jabari Vs. Turquía*, No. 40035/98; Caso *Čonka Vs. Bélgica*, No. 51564/99; Caso *Gebremedhin [Gaberamadhien] Vs. Francia* No. 25389/05; Caso *H. Vs. Reino Unido* No. 9580/81;; Caso *Paulsen-Medalen y Svensson Vs. Suecia*, No. 149/1996/770/967.; Caso *Laino Vs. Italia*, No. 33158/96; Caso *Monory Vs. Rumania y Hungría*, No. 71099/01; Caso *V.A.M. Vs. Serbia*, No. 39177/05; Caso *Guzzardi Vs. Italia*, No. 7367/76; Caso *Amuur Vs. Francia*, No. 19776/92; Caso de *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, No. 13178/03; Caso *Nielsen Vs. Dinamarca*, No. 10929/84; Caso *Medvedyev y otros Vs. Francia [GS]*, No. 3394/03; Caso *Engel y otros Vs. Países Bajos*, Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, y 5370/72; *Loizidou Vs. Turquía (Excepciones Preliminares)*, No. 15318/89, Caso *Hirsi Jamaa y otros Vs. Italia [GS]*, No. 27765/09; Caso *Soering Vs. Reino Unido*, No. 14038/88; Caso *D. Vs. Reino Unido*, No. 30240/96; Caso *Chahal Vs. Reino Unido [GS]*, No. 22414/9; Caso *Al-Moayad Vs. Alemania*, No. 35865/03; *Saadi Vs. Italia [GS]*, No. 37201/06; Caso *Z y T Vs. Reino Unido*, No. 27034/05; Caso *Bader y Kanbor Vs. Suecia*, No. 13284/04; Caso *Ahmed Vs. Austria*, No. 25964/94; Caso *Páez Vs. Suecia*, No. 29482/95; Caso *M.S.S. Vs. Bélgica y Grecia [GS]*, No. 30696/09; Caso *X, Y y Z Vs. Reino Unido*, No. 21830/93; Caso *Marckx Vs. Bélgica*, No. 6833/74; Caso *Keegan Vs. Irlanda*, No. 16969/90; Caso *Kroon y otros Vs. Países Bajos*, No. 18535/91.

<sup>317</sup> “La interpretación de la jurisdicción –y por lo tanto del alcance de la responsabilidad por el cumplimiento con obligaciones internacionales– como una noción ligada a la autoridad y el control efectivo y no meramente a los límites territoriales, ha sido confirmada y elaborada en otras decisiones de la Comisión y la Corte Europea” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión*

de Bolivia se entraron 2 referencias a casos de T.E.D.H en las notas al pie.<sup>318</sup> Finalmente, en la Opinión Consultiva 18/03 se encontraron 8<sup>319</sup> referencias a la CEDH ("Eur. Court H.R.").

Lo dicho hasta aquí supone que a pesar del concepto de vulnerabilidad significar un punto de encuentro entre los tribunales no se evidencia un diálogo fluido. Esto porque, no se identificó reciprocidad pues si bien la Corte IDH cita a la CEDH conforme se apuntó, esto no sucede de forma inversa. Bourguogue-Larsen ya apunta que la Corte IDH cita desde sus orígenes a su par europea como una forma de legitimar sus propias decisiones. Por lo tanto, en lugar de encontrar un diálogo que supone un emisor, un receptor y una retroalimentación cabe hablar de un monólogo siguiendo a Slaughter.

Al respecto, reanudando lo apuntado por Burke-White, el diálogo entre ambas Cortes fortalece la concepción del sistema de derecho internacional como un sistema pluralista y fomenta una red interconectada de tribunales que procura la realización de la justicia (Cançado Trindade). Así pues, cabe destacar el rol clave que desempeñan los jueces y juezas como artífices de esas interacciones y la relevancia de una actitud de apertura y disposición en las interacciones.

Para ilustrar, se retoma la metáfora de puentes y puertas de Simmel, y se afirma que los diálogos transjudiciales se presentan como puentes sólidos que conectan de forma continua, es decir ligan, conectan pero con libertad en cuanto a

---

*Consultiva OC-21/14, de 19 de Agosto de 2014 - Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Solicitada por: República Argentina, República Federativa de Brasil, República Del Paraguay e República Oriental Del Uruguay. Deliberada por: Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente; Roberto F. Caldas, Vicepresidente; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Diego García-Sayán, Juez; Eduardo Vio Grossi, Juez; y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez. § 84.)*

<sup>318</sup> Los Casos citados fueron: Caso Gebremedhin Vs. Francia (No. 25389/05) y Caso Jabari Vs. Turquía, (No. 40035/98).

<sup>319</sup> Los Casos citados fueron: Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A No 25, para. 239; Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10; Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10; Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, (Merits) Judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, paras. 48 to 65; Case of X and Y v. The Netherlands, (Merits) Judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, para. 23.

los sentidos en que puede transitarse. Dichos diálogos, pueden ser clasificados como horizontales (Slaughter) y plurales en cuanto implican el reconocimiento de la diversidad (Girardi Falchin).

Así pues, desde la no obligatoriedad cabe resaltar la importancia de la OC-14/21 de la Corte IDH en tanto se presenta como un documento que señala obligaciones de los Estados de forma detallada y visa proteger los derechos de la una faceta de la infancia diferente: la de aquellos niños, niñas y adolescentes que migran sin la compañía de sus progenitores, tutores o aquella persona que normalmente ejerce las tareas de cuidado. Y, se cuestiona sobre sus los posibles beneficios que su utilización implicaría para la efectivización de los derechos de NNyA que migran solos en la región europea.

Recapitulando, las decisiones y el trabajo de los jueces en materia de protección de la infancia trasciende a cualquier límite geográfico toda vez que se fortalece con la creciente internacionalización. Dicha internacionalización recepta un intercambio laxo, consentido, espontáneo. El humanismo que permea las discusiones muestra que no hay un camino lineal para la efectivización de los DDHH de este grupo hipervulnerable pero los diálogos -aún cuando repetitivo- fortalecen la pluralidad y unidad del derecho y brindan seguridad jurídica. Así, los diálogos benefician a ambos sistemas pues los invita a perfeccionarse: identifica los puntos fuertes, las flaquezas y las potencialidades, conforme enseña Piovesan. En consiguiente, los diálogos entre la Corte IDH y la CEDH evitan lo que Ramos apunta como "el truco ilusionista" es decir impiden que los Estados violen o incumplan las obligaciones internacionalmente asumidas en materia de protección a la infancia lo que incluye a NNyA que migran solos.



## 4

### CONSIDERACIONES FINALES

La presente disertación, revisó literatura ligada a NNYA migrantes no acompañados para analizar la recepción de la temática en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Europea de Derechos Humanos.

El primer capítulo, Globalización y migración: desafíos para la no criminalización de NNYA migrantes no acompañados, subdividido en cuatro partes, se revisaron conceptos que sustentan el marco teórico del presente estudio. Así, se parte de conceptualizar a las migraciones como procesos multidimensionales (siguiendo a Sayad), calificados, complejos que entrañan riesgos y oportunidades para NNYA migrantes no acompañados.

Se advierte el lugar secundario que ocuparon NNYA en los estudios migratorios (*unpacking children in migration studies*) y siguiendo a Bhabha se apunta tal desarrollo "como una idea tardía" para evidenciar la necesidad de protección específica. En ese punto se problematiza sobre cómo la globalización está ligada a la "selectividad" y la contradicción que implica que las fronteras permanezcan abiertas, permeables, de forma selectiva para la circulación de capitales o bienes pero no de personas.

En ese sentido, se apunta la necesidad de una gestión migratoria respetuosa de los DDHH en oposición a un control migratorio (que criminaliza la migración irregular). Asimismo, se trae al debate la contradicción o ambivalencia que subyace en el tratamiento de los niños migrantes no acompañados donde prima la condición migrante por sobre el tratamiento y protección que deben recibir como niños. Se apunta brevemente que a pesar del COVID-19 la movilidad humana no se ha detenido y el peligro que implica la criminalización.

En el subcapítulo 2.1, Vínculo entre ciudadanía y estatus migratorio: desde los DDHH, se explora sobre cómo la construcción de las identidades nacionales excluye a las personas migrantes (vistos como otredad) y los liga a una "no-permanencia" (Sayad). Se indica que ser miembro de una comunidad es participar de narrativas institucionalizadas que consagran el *status quo* (identidad nacional) y la

importancia de los Derechos Humanos, *Leitmotiv* de la posmodernidad (Jayme) con vocación universal (Sarlet) para garantizar la no discriminación a a niños que migran solos.

En el subcapítulo 2.2, Instrumentos que brindan protección a NNYA migrantes de los efectos de la globalización, a partir de la relevancia del "derecho a tener derechos" (Arendt) se verifica la inexistencia de un documento específico que proteja a NNYA migrantes no acompañados. Por tanto, se revisan tratados internacionales que implican "encuentros de voluntades" así como instrumentos de *soft law* "un derecho diferente" (Nasser), estos aún cuando no contemplen específicamente la infancia migrante ya permiten señalar un piso mínimo de derechos. Entre ellos, se destaca la Convención de los Derechos del Niño como un instrumento marco, un consenso, una síntesis que protege a NNYA con independencia del estatus migratorio.

El subcapítulo 2.3, vulnerabilidades de NNYA migrantes no acompañados, se retoman los conceptos de vulnerabilidad e hipervulnerabilidad desarrollados por Lima Marques para apuntar la necesidad de que el Derecho como ciencia jurídica diferencie para proteger. En ese punto, se trabaja la idea de "nuevos sujetos" merecedores de una protección enriquecida en virtud de la desigualdad, esto ligado al debate entre igualdad formal vs real. Paralelamente, se utiliza el concepto de interseccionalidad para evidenciar las múltiples "capas" de vulnerabilidad que pueden identificarse en NNYA migrantes no acompañados.

En el apartado 2.4, los peligros de la criminalización de la movilidad humana, se destaca que el incremento de restricciones y sanciones dentro del enfoque securitario (que coloca a las personas migrantes en términos de "amenaza") ha conducido a la criminalización de la movilidad humana. Se utiliza el concepto de la crimigración (Stumpf) para apuntar el indebido punto de encuentro entre el derecho migratorio y penal que excluye a las personas migrantes. Pues, la migración irregular (entendida como infracción administrativa) no constituye un delito al no estar tipificada ni atentar contra un bien jurídicamente protegido por el Estado o atentar contra personas. Se advirtió que los Estados fijan de forma discrecional sus políticas migratorias y con ello determinan quién puede "pertenecer"; todo esto con un límite infranqueable: el respeto por los Derechos Humanos.



En el segundo capítulo, La (i)nexistencia de diálogo entre la Corte IDH y la CEDH en materia de derechos humanos de nnyas migrantes no acompañados, se parte de la premisa del carácter subsidiario y complementario de los sistemas regionales de protección de derechos que funcionan como una "garantía adicional de protección" (Piovesan) o bien se activan ante fallas estatales. Se reflexiona sobre la importancia de los diálogos entre los tribunales como espacio de intercambios, la "fertilización cruzada" tanto para reforzar los estándares establecidos como para brindar posibles soluciones a los problemas que permanecen en abierto. Esto, entendiendo que cada tribunal tiene su propia jurisdicción y responde a las particularidades del sistema regional en el que está inserto. En ese sentido, se traen al debate las ideas de Cançado Trindade para reforzar la necesidad del trabajo complementario y coordinado de estos tribunales internacionales para la realización de la Justicia.

En el apartado 3.1, Importancia de los diálogos entre tribunales para la protección de los DDHH, se señala la importancia de las Cortes regionales en cuanto a que señalan el piso mínimo de derechos a ser garantizados al tiempo que actualizan los tratados de protección de DDHH. Se parte de lo conceptualizado por Slaughter en cuanto a las tipologías de diálogos transjudiciales (vertical, horizontal, intermedio) para apuntar que en este caso que las interacciones entre ambas Cortes supranacionales se encuadran dentro del horizontal, no-obligatorio. Se recuerda el carácter "contramayoritario" (Ramos) de las jurisdicciones internacionales y se apunta que llegan personas que no obtuvieron respuestas en sus sistemas nacionales. En ese lugar de "invisibilidad" se sitúan los niños migrantes no acompañados.

Dentro del apartado 3.2, Recepción de la temática en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se revisan aspectos ligados al funcionamiento del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos para posteriormente retomar un caso (Familia Tineo Pacheco vs. Estado Plurinacional de Bolivia, 2012) y dos opiniones consultivas OC-14/21 y OC 18/03. En dichos documentos se verificaron referencias a la CEDH como notas al pie aún cuando ninguna fuera a los casos de la CEDH analizados.

Dentro del apartado 3.3, Recepción de la temática en la Corte Europea de Derechos Humanos, se revisaron aspectos ligados al funcionamiento del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos para posteriormente retomar tres casos: M.S vs. Eslovaquia y Ucrania (2020), Caso Rahimi vs. Grecia (2011) y Caso Sharifi (y Otros) vs. Italia y Grecia (2014). En dichos documentos no se verificaron referencias a la Corte IDH.

Finalmente, en el apartado 3.4, Estándares comunes y cuestiones no resueltas, se responde a la pregunta de investigación del presente y se señala como punto de encuentro entre ambas cortes las referencias al concepto de vulnerabilidad, así como la garantía del principio de la no devolución. No obstante, se verifica que la Corte IDH cita a la CEDH lo que encuadra dentro de un monólogo (siguiendo a Slaughter) ya que no hay retroalimentación. En ese sentido, se apunta que la CEDH deja un margen de apreciación mayor que su par interamericano al analizar casos que involucran NNyA migrantes.

En este punto se reflexiona sobre la importancia de la OC-21/14 como herramienta para la efectivización de los Derechos humanos del grupo hipervulnerable bajo estudio. En esa línea se esboza la importancia de promover la "fertilización cruzada" entre los tribunales entendiendo que se refuerza el sistema pluralista (Burke-White).

A partir del análisis de los casos y opiniones consultivas de Corte IDH y CEDH así como de los instrumentos de derecho internacional, se sugiere para estudios venideros explorar la garantía de entornos familiares o comunitarios para NNyA que migran solos. Asimismo, se advierte la necesidad de que los Estados elaboren estadísticas veraces que reflejen el número de NNyA que llegan así como su condición de no acompañados y, las medidas adoptadas (ej. intervención de autoridades nacionales en materia de protección de infancia).

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor (dir.). *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América latina y el Caribe: Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*. Lanús: Universidad Nacional de Lanús, 2009. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7445.pdf>. Acesso em: 8 sep. 2021.

ABRAMOVICH, Victor; CERNADAS, Pablo; MORLACHETTI, Alejandro. *The Rights Of Children, Youth And Women In The Context Of Migration: Conceptual Basis and Principles for Effective Policies with a Human Rights and Gender Based Approach. Unicef Social And Economic Policy Working Paper*, New York, 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/25/AnexoIII.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALIVERTI, Ana. Crimes of Mobility - Criminal Law and the Regulation of Immigration. *European Journal of Migration and Law*, v. 16, n. 2, 2014.

ALMEIDA, Jalcione. Fronteiras, fluxos migratórios e produção da "ilegalidade migrante". *Sociologias*, Porto Alegre, a. 22, n. 55, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S151745222020000300009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222020000300009&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 mar. 2021.

ARCARAZO, Diego Acosta; GEDDES, Andrew. Transnational Diffusion or Different Models: Regional Approaches to Migration Governance in the European Union and Mercosur. *European Journal of Migration and Law*, v. 16, n. 1, 2014.

ARENDDT, Hannah. *Los Orígenes del totalitarismo*. España: Grupo Santillana de Ediciones, 1998.

ASSIS, São Francisco de. Carta Encíclica Fratelli tutti sobre a fraternidade e a amizade social. *Vaticano*, 2020. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.pdf](https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.pdf). Acesso em: 20 jan. 2022.

ASSOCIATION FOR WOMEN'S RIGHTS IN DEVELOPMENT (AWID). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Derechos de las mujeres y cambio económico*, n. 9, 2004. Disponível em: [https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/interseccionalidad\\_-\\_una\\_herramienta\\_para\\_la\\_justicia\\_de\\_genero\\_y\\_la\\_justicia\\_economica.pdf](https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/interseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf). Acesso em: 20 jan. 2022.

ATAK, Idil; SIMEON, James C. *The Criminalization of Migration: Context and Consequences*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2018.

BAENINGER, Rosana. Migrações internacionais e a pandemia de covid-19: mudancas na era da migração? In: BAENINGER, R., VEDOVATO, L. R.; NANDY, S. (coord). *Migrações Internacionais e pandemia de Covid-19*. Campinas: Nepo, 2020.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de: Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BAYER, Diego Augusto. Mass Media in the Era of Misinformation, the Reproduction of Fear and Its Influence on Criminal Policy. *Revista Temas Socio-Juridicos*, 71, 2016.

BELOFF, Mary. Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos del niño vs. derechos de los niños en situación irregular. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n. 1, 1999.

BENHABIB, Seyla. *The right of others: aliens, residents and citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BHABHA, Jacqueline. "Not A Sack Of Potatoes": Moving And Removing Children Across Borders. *Public Interest Law Journal*, v. 15, 2006.

BHABHA, Jacqueline. *Child Migration & Human Rights in a Global Age*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

BHABHA, Jacqueline. Lone Travelers: Rights, Criminalization, and the Transnational Migration of Unaccompanied Children. *University of Chicago Law School Roundtable*, v. 7, 2000.

BHABHA, Jacqueline. More Than Their Share of Sorrows: International Migration Law and the Rights of Children. *Saint Louis University Public Law Review*, v. 22, n. 2, 2003.

BIGGERI, Mario, KARKARA, Ravi. Transforming Children's Rights into Real Freedom: A Dialogue Between Children's Rights and the Capability Approach from a Life Cycle Perspective. In: STOECKLIN, Daniel; BONVIN, Jean-Michel (eds.). *Children's Rights and the Capability Approach: Challenges and Prospects (Children's Well-Being: Indicators and Research, 8)*. Dordrecht: Springer, 2014.

BORKERT, Maren; MARTÍN PÉREZ, Alberto; SCOTT, Sam & DE TONA, Carla. Introducción: Comprender la investigación sobre migraciones (a través de fronteras nacionales y académicas) en Europa. *Forum: Qualitative Social Research*, v. 7, n. 3, 2006. Disponível em: <https://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/view/132>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BOUDIAF, Habiba Hadjab. Entender el fenomeno de los llamados "menores extranjeros no acompañados. In: CASTAÑO, Francisco Javier García; KRESSOVA, Nina (Coords.). *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada: Instituto de Migraciones, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BRANDARIZ, José Ángel; MENDIOLA, Ignacio. Introducción: una mirada interdisciplinaria a la frontera como espacio y proceso. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n. 122, 2019.

BRENNER, N. Introduction: urban theory without an outside. In: BRENNER, N. (Ed.). *Implosions/explosions - Towards a study of planetary urbanization*. Berlin: Jovis, 2013.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/prismas.v7i1.1145>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, 2010.

BURKE-WHITE, William W. Human Rights in the Inter-American System. *International Studies Journal*, v. 1, n. 2, p. 33-56, 2004.

BURKE-WHITE, William. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 963-980, 2004.

CAMPESI, Giuseppe Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea. *Revista crítica penal y poder*, n. 3, 2012. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/365/6724CREPEAU>. Acesso em: 07 maio 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, 2010. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/15>. Acesso em: 07 mar. 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights. *Rev. Bras. Polít. Int.*, v. 51, n. 1, 2008.

CARVALHO, Felipe Augusto Lopes. Criminalization of Illegal Immigrants in the European Union: New Paradigms from the Celaj Case. *Brazilian Journal of International Law*, v. 16, n. 1, 2019.

CAVALCANTI, Ana Lapa Wanderle; LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Direitos humanos das crianças migrantes desacompanhadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 107, p. 191-216, 2018.

CILLERO BRUÑOL, M. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n. 9, 2007.

CLERICO, Laura; RONCONI, Liliana, ALDAO, Martin. Towards a Reconstruction of Equality Case-Law Trends in Latin America and the Caribbean: On Non-Discrimination, anti-Subordination, Redistribution and Recognition. *Direito GV Law Review*, v. 9, n. 1, 2013.

CONSEJO DE EUROPA. *Nuestros Estados miembros*. 2022. Disponível em: <https://www.coe.int/es/web/about-us/our-member-states>. Acesso em: 12 maio 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana - Preguntas frecuentes*. San José: Corte IDH, 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana - Preguntas frecuentes*. San José: Corte IDH, 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia - Sentencia de 25 de noviembre de 2013*. Solicitada por: Rumaldo Juan Pacheco Osco, Fredesvinda Tineo Godos, Juana Guadalupe, Frida Edith, Juan Ricardo Pacheco Tineo. Deliberada por: Diego García-Sayán, Presidente; Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente; Alberto Pérez Pérez, Juez; Eduardo Vio Grossi, Juez; Roberto F. Caldas, Juez; Humberto Antonio Sierra Porto, Juez; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez. Disponível em: [https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos\\_sentencias/272\\_CasoFamiliaPachecoTineoVsBolivia\\_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas\\_.htm#CAFAPA\\_S1\\_PARR227](https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/272_CasoFamiliaPachecoTineoVsBolivia_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas_.htm#CAFAPA_S1_PARR227). Acesso em: 13 maio 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de Septiembre de 2003 - Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Solicitada por: Estados Unidos Mexicanos. Deliberada por:

Antônio A. Cançado Trindade, Presidente; Sergio García Ramírez, Vicepresidente; Hernán Salgado Pesantes, Juez; Oliver Jackman, Juez; Alirio Abreu Burelli, Juez; Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez. Disponível em: [https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC\\_18.html](https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_18.html) Acesso em: 13 maio 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de Agosto de 2014* - Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Solicitada por: República Argentina, República Federativa de Brasil, República Del Paraguay e República Oriental Del Uruguay. Deliberada por: Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente; Roberto F. Caldas, Vicepresidente; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Diego García-Sayán, Juez; Eduardo Vio Grossi, Juez; y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez. Disponível em: [https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC\\_21.htm](https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_21.htm). Acesso em: 13 jun. 2022.

COURTIS, Christian. Dimensiones Conceptuales de la Protección Legal Contra la Discriminación. *Revista Derecho del Estado*, v. 24, 2010.

CRÉPEAU, François. Protecting the Human Rights of Migrants as Part of a Long-Term Strategic Vision on Mobility and Diversity. In: ATAK, Idil; SIMEON, James C. *The Criminalization of Migration: Context and Consequences*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2018.

CRISP, Jeff. A New Asylum Paradigm? Globalisation, Migration and the Uncertain Future of the International Refugee Regime. *St Antony's International Review*, v. 1, n. 1, 2005.

DAVIDSON, Julia O'Connell. Moving Children: Child Trafficking, Child Migration, and Child Rights. *Critical Social Policy*, v. 31, n. 3, p. 454-477, 2011.

DE CILLIA, Rudolf, REISIGL, Martin, WODAK, Ruth. The discursive construction of national identities. *Discourse & Society*, v. 10, n. 2, 1999.

DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a "cross fertilization"? *Revista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 01, 2014.

DOBSON, Madeleine E. Unpacking children in migration research. *Children's Geographies*, v. 7, n. 3, 2009.

DOMENECH, Eduardo; DIAS, Gustavo. Regimes de fronteira e "ilegalidade" migrante na América Latina e no Caribe. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 22, n. 55, 2020. Disponível em: <http://doi.org/10.1590/15174522-108928>. Acesso em: 03 fev. 2022.

ESIS, Ivette; PALUMA, Thiago; SILVA, Bianca Guimarães. Os parâmetros de proteção das migrações no sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 02, n. 59, p.423-452, 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application no. 16643/09 - Caso Sharifi and others vs. Italy and Greece*, 21 October 2014. Requerida por: Sharifi and others. Contra: Italy and Greece. Julgada por: Işıl Karakaş, president; Guido Raimondi, András Sajó, Linos-Alexandre Sicilianos, Helen Keller, Paul Lemmens, Robert Spano, judges. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-155921%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-155921%22]}). Acesso em: 13 jun. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application no. 17189/11 - Case of M.S vs. Eslovaquia and Ucraina*, 11 June 2020. Requerida por: M.S. Contra: Slovakia and Ukraine. Julgada por: Síoira O'Leary, President; Ganna Yudkivska, Yonko Grozev, Alena Poláčková, Lətif Hüseyinov, Lado Chanturia, Anja Seibert-Fohr, judges. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-202750%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-202750%22]}). Acesso em: 13 jun. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application No. 8687/08 - Case of Rahimi vs. Greece*. Requerida por: Eivas Rahimi. Contra: Greece. Julgada por: Nina Vajić, President; Christos Rozakis, Peer Lorenzen, Khanlar Hajiyev, George Nicolaou, Mirjana Lazarova Trajkovska, Julia Laffranque, judges. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-104366%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-104366%22]}). Acesso em: 03 jun. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court's Public Relations Unit. *The European Convention on Human Rights – A living instrument*. 2021. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_Instrument\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_ENG.pdf). Acesso em: 15 maio 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hudoc user manual*. 2017. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/HUDOC\\_Manual\\_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/HUDOC_Manual_ENG.PDF). Acesso em: 17 jun 2022. p. 6 e 17-19.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Procedimiento simplificado del recorrido de una demanda ante el Tribunal según la formación judicial*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Case\\_processing\\_Court\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_Court_SPA.pdf). Acesso em: 16 jun. 2022.

EUROPEAN UNION. *Document 52017DC0211 - Communication from the commission to the european parliament and the council: The protection of children in migration*. Brussels. 2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52017DC0211>. Acesso em: 20 jan. 2022.

EUROPEAN UNION. European Border And Coast Guard Agency. *Strategic Risk Analysis*. 2020. Disponível em:



[https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk\\_Analysis/Risk\\_Analysis/Strategic\\_Risk\\_Analysis\\_2020.pdf](https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/Strategic_Risk_Analysis_2020.pdf) Acesso em: 7 jun. 2022.

FLAMARIQUE, Lourdes; KROKER, Robert; MUGICA, Fernando. *Georg Simmel: Civilización y diferenciación social (I)*. Pamplona: Eurograf Navarra, S.L, 2003.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1985.

GARBINI, Vanessa; SQUEFF, Tatiana; SANTOS, Thomaz. A vulnerabilidade agravada dos refugiados na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 119, 2018.

GARCÍA, Teresa de Jesús Portador. Derechos humanos de niños, niñas, adolescentes y mujeres migrantes en los instrumentos internacionales. *Agenda Política*, v. 8, n. 3, p. 124–162, 2022.

GATES, Crystal J. Working Toward a Global Discourse on Children's Rights: The Problem of Unaccompanied Children and the International Response to Their Plight. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 7, 1999. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol7/iss1/12>. Acesso em: 07 maio 2022.

GIRARDI FACHIN, Melina. Constitucionalismo multinível: diálogos em direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, 2021.

GLOBAL MIGRATION DATA ANALYSIS CENTRE. Niños y jóvenes migrantes. *Portal de datos sobre migración*, 6 de mayo de 2021. Disponível em: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/ninos-migrantes>. Acesso em: 25 out. 2021.

GONZÁLEZ, Ana. Crimigración. *El país*, 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: [https://elpais.com/elpais/2019/02/03/3500\\_millones/1549217702\\_138027.html](https://elpais.com/elpais/2019/02/03/3500_millones/1549217702_138027.html). Acesso em: 14 jul. 2021.

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOVY, Bela. Human Rights and Citizenship: The Need for Better Data and What to do about it. In: BHABHA, Jacqueline. *Children Without a State: A Global Human Rights Challenge*. Massachusetts: Mit Press: 2011.

IFANGER, Fernanda; DAL POGGETTO, João Paulo Ghiraldelli. Processos migratórios em tempos de pandemia: acentuação da punição e do controle social. In: BAENINGER, R., VEDOVATO, L. R.; NANDY, S. (coord). *Migrações Internacionais e pandemia de Covid-19*. Campinas: Nepo, 2020.

IILIOVICI, Jean. Children in Migration. *International Social Work*, v. 10, n. 3, 1967.

JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS*, v. 1, 2003. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43487>. Acesso em: 9 dez. 2021.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, p. 24-40, 1999.

LIMA MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a Proteção dos vulneráveis*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LIWSKI, Norberto. *Migraciones De Niñas, Niños Y Adolescentes Bajo El Enfoque De Derechos*. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Haciendo realidad los derechos humanos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 39, 2001.

MÁRMORA, Lelio. Modelos de governabilidade migratoria - La Perspectiva Política en América Del Sur. *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, Brasília, a. XVIII, n. 35, p. 71-92, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4070/407042012004.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria; VITÒRIA, Ana. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual - direito pós moderno?. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, v. 4, p. 333-360, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINE, George. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. *São Paulo em Perspectiva*, v. 19, n. 3, p. 03-22, jul./set. 2005.

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. Crianças desacompanhadas na América Latina: reflexões iniciais sobre a situação na América Central. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 5, n. 1, p. 77-96, 2017.

MARTUSCELLI, Patricia Nabuco. O Paradoxo da globalização e a migração infantil: algumas reflexões. In: VASCONCELOS, Ana Maria Nogales; BOTEGA, Tuíla (orgs.). *Política migratória e o paradoxo da globalização*. Porto Alegre: EDIPUCRS.

MCIVER, John. *The Migrant Other: A Visual and Textual Analysis of Migration in UK Media*. *Anthropology*, University of Victoria, 2017.

MCLEIGH, Jill D. Protecting Children in the Context of International Migration. *Rev. Child Abuse*, v. 7, 2013.

MENDONÇA, José Tolentino de. Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. LXII, 2021.

MERCOSUR. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos. *Derechos Humanos de personas migrantes - Manual Regional*. Brasil: IPPDH, 2017.

MERCOSUR. Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos. *Manual pedagógico sobre el uso del lenguaje inclusivo y no sexista*. 2018. Disponible em: <https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2018/11/IPPDH-MERCOSUR-RAADH-Manual-Lenguaje-no-sexista.pdf>. Acceso en: 30 jan. 2022.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre a política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

NACIONES UNIDAS. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). *El conflicto en Ucrania supone una amenaza inmediata para los niños y niñas*. Llamamiento, 2022. Disponible em: <https://www.unicef.org/es/emergencias/conflicto-ucrania-supone-amenaza-inmediata-para-ninos-y-ninas>. Acceso em: 20 jun. 2022.

NACIONES UNIDAS. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). *Tras una semana de conflicto en Ucrania, medio millón de niños y niñas se han convertido en refugiados*. Comunicado de prensa, 2022. Disponible em: <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/tras-semana-conflicto-ucrania-medio-millon-ninos-ninas-convertidos-refugiados>. Acceso em: 20 jun. 2022.

NACIONES UNIDAS. *Carta de las Naciones Unidas: Preámbulo*. 1945. Disponible em: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/preamble>. Acceso em: 6 jun. 2022.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. 1999. Disponible em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/112/85/PDF/G9911285.pdf?OpenElement>. Acceso em: 11 fev. 2022.

NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Globalización y Desarrollo*. 2002. Disponible em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024_es.pdf). Acceso em: 21 jan. 2022.

NACIONES UNIDAS. *Con Somalia, 196 países han ratificado ya la Convención sobre los Derechos del Niño*. Noticias, 2015. Disponible em: <https://news.un.org/es/story/2015/10/1341401>. Acceso em: 07 maio 2021.

NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 1990. Disponible em: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child> Acceso em: 17 jun. 2021.

NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. *Observación General N° 6 - Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. 2005. Disponible em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ffd3eb72>. Acceso em: 21 jan. 2022.

NACIONES UNIDAS. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. *Manual de revisión de datos de los censos de población y vivienda - Revisión 1*. Nueva York: Naciones, 2011. Disponible em: [https://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesF/seriesf\\_82rev1s.pdf](https://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesF/seriesf_82rev1s.pdf). Acceso em: 07 maio 2022.

NACIONES UNIDAS. Fondo de Población de las Naciones Unidas. *Preguntas frecuentes sobre el matrimonio infantil*. 2022. Disponible em: <https://www.unfpa.org/es/resources/preguntas-frecuentes-sobre-el-matrimonio-infantil#%C2%BFEs%20muy%20frecuente%20el%20matrimonio%20infantil?>. Acceso em: 20 jun. 2022.

NACIONES UNIDAS. *La Convención sobre los Derechos del Niño cumple 30 años*. Noticias, 2019. Disponible em: <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462802>. Acceso em: 25 set. 2021.

NACIONES UNIDAS. *Migración Internacional y Desarrollo - Informe del Secretario General*. 2010. Disponible em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9736.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2014/9736>. Acceso em: 21 jan. 2022.

NACIONES UNIDAS. *Objetivos de desarrollo sostenible*. 2015. Disponible em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>. Acceso em: 21 fev. 2021.

NACIONES UNIDAS. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. *Matrimonio infantil*. 2020. Disponible em: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/matrimonio-infantil>. Acceso em: 1 abr. 2022;

NACIONES UNIDAS. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Matrimonio infantil: El matrimonio infantil amenaza las vidas, el bienestar y el futuro de las niñas de todo el mundo*. Disponible em: <https://www.unicef.org/es/protection/matrimonio->



NACIONES UNIDAS. *Resolución 70/1 - Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. 2015. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S). Acesso em: 07 maio 2022.

NACIONES UNIDAS. *Resolución 73/195 - Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*. 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/452/03/PDF/N1845203.pdf?OpenElement>. Acesso em: 15 jan. 2022.

NACIONES UNIDAS. ONU. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. 1981 Disponível em <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>. Acesso em: 10 dez. 2021.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NOWAK, Bruna. *Entre diálogos e monólogos: um estudo sobre as referências da corte internacional de justiça à jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2018.

NUßBERGER, Angelika. *Os direitos humanos: história, filosofia, conflitos*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022. Disponível em: <http://www.fundarfenix.com.br> ISBN 978-65-5460-004-0. DOI <https://doi.org/10.36592/9786554600040>

O'HARE, William. *Data-Based Child Advocacy - Using Statistical Indicators to Improve the Lives of Children*. Baltimore: Springer, 2014.

OBSERVATORIO REGIONAL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA. *El Derecho a vivir en Familia en América*. 2021. Disponível em: <http://observatorioderechoavivirenfamilia.org/wp-content/uploads/2021/04/Informe-Derecho-a-Vivir-en-Familia.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2022.

OLEA RODRIGUEZ, Helena. Derechos Humanos y Migraciones - Un nuevo lente para un viejo fenómeno. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 03, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.5354/adh.v0i3.13482>. Acesso em: 9 out. 2021

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 1969. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm). Acesso em: 16 jun. 2022.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Estados Miembros*. Disponível em: [https://www.oas.org/es/estados\\_miembros/default.asp](https://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp). Acesso em: 07 maio 2022.

PASSOS, Rute; SANTOS, Letícia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalternidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, 2020.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais. *Dossiê Migração*, v. 20, 2006.

PELLETIER QUIÑONES, Paola. La "discriminación estructural" en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, v. 60, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, 2012.

POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; RIVERA, Luis Guillermo Solís; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; TUM, Rigoberta Menchú. *Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inauguración del Año Judicial Interamericano 2018*. San José, C.R.: Corte IDH: AGIC, 2018.

PUNCH, Samantha. Migration Projects: Children on the Move for Work and Education. *Workshop on Independent Child Migrants: Policy Debates and Dilemmas*. London: 2007. Disponível em: [http://www.sussex.ac.uk/Units/SCMR/drc/news/reports/icm/Punch\\_migration\\_paper.pdf](http://www.sussex.ac.uk/Units/SCMR/drc/news/reports/icm/Punch_migration_paper.pdf). Acesso em: 07 maio 2022.

QUINTEROS, D. ¿Nueva 'crimigración' o la vieja economía política del castigo? dos aproximaciones criminológicas para entender el control punitivo de la migración en Chile. *Astrolabio*, n. 17, 2016, p. 81. Disponível em: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/astrolabio/article/view/16176>. Acesso em: 20 maio 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. The counter-majoritarian essence of the international human rights processes: how to achieve the dialogue among courts?. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Arraes Editores. a. 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017.

RESUMEN de las noticias de la guerra Ucrania-Rusia. *CNN*, 06 de março de 2022. Disponível em: <https://cnnespanol.cnn.com/2022/03/06/guerra-rusia-ucrania-hoy-ultima-hora-noticias-orix-8/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

RUSEISHVILI, Svetlana. Quatro Lições da Pandemia Sobre a Mobilidade no Mundo Contemporâneo. In: BAENINGER, R., VEDOVATO, L. R.; NANDY, S. (coord). *Migrações Internacionais e pandemia de Covid-19*. Campinas: Nepo, 2020.

SABA, Roberto. Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?. *Siglo XXI ed. Colección derecho y política*, 2016.

SAMPIERI, Roberto; COLLADO, Carlos; LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. 6. ed. México: Mcgraw-Hill / Interamericana Editores, 2014.

SANZ, Rafael; FOLLONI, André. El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

SASKIA, Sassen. *Sociologia da Globalização*. 1. ed. Porto. Alegre: Artmed, 2010.

SAYAD, Abdelmalek. *Imigração ou os paradoxos da alteridade*. São Paulo: Edusp, 1998.

SCIURBA, Alessandra; VENETO, Redazione. Come muore un bambino a Venezia. Melting Pot Europa. *Melting Pot Europa*, 11 dez. 2008. Disponível em: <https://www.meltingpot.org/2008/12/come-muore-un-bambino-a-venezia/#.VEaXZfnkdcQ>. Acesso em: 10 jun. 2022.

SILVA, Bianca Guimarães. *América para os americanos ou para a humanidade?* estudo crítico dos diálogos transjudiciais na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos sobre migrações internacionais. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade de Brasília-UnB, Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2022.

SIMMEL, Georg. *Sociologia: Estudos sobre as formas de sociação*. Tradução de: Raúl Enrique Rojo. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994.

SQUEFF, T. A. F. R. CARDOSO. "Cross-fertilization" as a neocolonial tool? Impressions deriving from the Artavia Murilo vs. Costa Rica case before the Interamerican Court of Human Rights. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 35, 2019. Disponível em:



<https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/33>. Acesso em: 07 maio 2022.

SQUEFF, Tatiana Cardoso. Overcoming the “Coloniality of Doing” in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 2, maio/ago. 2021.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; SILVA, Bianca Guimarães. O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigma para a construção de parâmetros migratórios latino-americanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2., 2021.

STOECKLIN, Daniel; BONVIN, Jean-Michel (eds.). *Children's Rights and the Capability Approach: Challenges and Prospects* (Children's Well-Being: Indicators and Research, 8). Dordrecht: Springer, 2014.

STUMPF, Juliet P. Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste. *UCLA Law Review*, v. 58, n. 6, 2011, p. 1708.

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro. Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, n. 28, 2011.

UNITED NATION. United Nations Children's Fund. *Child Marriage And The Law: Legislative Reform Initiative Paper Series*. 2007. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/child-marriage-and-the-law-legislative-reform-initiative-paper-series/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

UNITED NATIONS. Global Migration Group. *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf> Acesso em: 07 maio 2022.

UNITED NATIONS. International Labour Office (ILO), International Organization for Migration (IOM), Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR). *International Migration, Racism, Discrimination and Xenophobia*. 2001. Disponível em: [https://publications.iom.int/system/files/pdf/international\\_migration\\_racism.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/international_migration_racism.pdf). Acesso em: 25 out. 2021.

UNITED NATIONS. International Organization for Migration. Missing Migrants Project. *Deaths during migration recorded since 2014, by region of incident*. 2022. Disponível em: <https://missingmigrants.iom.int/data>. Acesso em: 20 jun. 2022.

UNITED NATIONS. International Organization for Migration. *Unaccompanied Children on the Move*. Geneva: UN, 2011. Disponível em:

<https://publications.iom.int/es/books/unaccompanied-children-move>. Acesso em: 30 jan. 2022.

UNITED NATIONS. The United Nations Children's Fund. *Child migration*. 2021. Disponível em: <https://data.unicef.org/topic/child-migration-and-displacement/migration/>. Acesso em: 25 out. 2021.

UNITED NATIONS. The United Nations Children's Fund. *Los niños refugiados y migrantes no acompañados necesitan protección urgente*. Disponível em: <https://www.unicef.es/prensa/los-ninos-refugiados-y-migrantes-no-acompanados-necesitan-proteccion-urgente>. Acesso em: 25 out. 2021.

UNITED NATIONS. United Nations Children's Fund. *A world fit for children*. Geneva: United Nations, 2002. Disponível em: <http://www.unicef.org/specialsession/documentation/documents/A-S27-19-Rev1E-annex.pdf>. Acesso em: 07 maio 2022.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. *An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*. Vienna: United Nations, 2008. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An\\_Introduction\\_to\\_Human\\_Trafficking\\_-\\_Background\\_Paper.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf). Acesso em: 07 maio 2022.

VEGA, Luis de; AGUDO, Alejandra. La guerra en Ucrania cuando se tienen 10 años. *El país*, 06 de março de 2022. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2022-03-06/la-guerra-en-ucrania-cuando-se-tienen-10-anos.html>. Acesso em: 20 jun. 2022.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador. *Rev. Derecho Estado*, Bogotá, n. 34, p. 3-50, 2015.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos Direitos da Mulher*. Tradução de: Celina Vergara. 1. ed. São Paulo: Lafonte, 2020.

WRAY, Benedict S. Citizenship & Migration: The Problem of Who Should Regulate. *European Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 2, 2011, p. 1-3.

YUNI, José; URBANO, Claudio. *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de un proyecto de investigación*. 2. ed. Córdoba: Brujas. 2006. p. 80.; SAMPIERI, Roberto; COLLADO, Carlos; LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. 6. ed. México: Mcgraw-Hill / Interamericana Editores, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZEPEDA, Jesús Rodríguez. Un marco teórico para la discriminación. *Colección Estudios*, n. 2, 2006.



## APÊNDICE A - Resultado de la búsqueda de en la CEDH

Tabla de casos juzgados entre 2008-2020

Palabras o término de búsqueda:	Resultado :	Total Case	Key
"unaccompanied migrant children"	3*	0	
"unaccompanied alien children"	0	0	
"unaccompanied migrant minor"	0	0	
"unaccompanied alien minor"	0	0	
unaccompanied children NEAR migrant	21**	4	
"unaccompanied minor" NEAR migrant	2	1	
"migrant children"	13**	1	

\* Fueron arrojados 5 resultados pero se excluyeron aquellos que responden al mismo N. de aplicación y se repetían por razones de traducciones oficiales

\*\* Fueron arrojados 23 resultados pero se excluyeron aquellos que responden al mismo N. de aplicación y se repetían por razones de traducciones oficiales

\*\*\* Fueron arrojados 17 resultados pero se excluyeron aquellos que responden al mismo N. de aplicación y se repetían por razones de traducciones oficiales

Tabla de casos encontrados con el término "unaccompanied migrant children"

Nº de aplicación	Nombre del caso:	Fecha del juzgamiento:	Composición del tribunal:	Favorable/No favorable
17189/11	M.S. v. Slovakia and ukraine	11/06/2020	Court (Fifth Section)	Favorable
16643/09	Sharifi and others v. italy and greece	21/10/2014	Court (Second Section)	Favorable
8687/08	Rahimi v. Greece	05/04/2011	Court (First Section)	Favorable

**Tabla de casos encontrados con el término "migrant children"**

Los casos son listados conforme la "importancia" asignada por el propio tribunal. Los que poseen negrita fueron señalados como *key cases*.

<b>Nº de aplicación</b>	<b>Nombre del caso:</b>	<b>Fecha del juzgamiento:</b>	<b>Composición del tribunal:</b>	<b>Favorable/No favorable</b>
16643/09	SHARIFI AND OTHERS v. ITALY AND GREECE	21/10/2014	Court (Second Section)	Favorable
22689/07	DE SOUZA RIBEIRO v. FRANCE	13/12/2012	Court (Grand Chamber)	Favorable
22457/16	X AND OTHERS v. BULGARIA	02/02/2021	Court (Grand Chamber)	No favorable
4633/15	G.B. AND OTHERS v. TURKEY	17/10/2019	Court (Second Section)	Favorable
15670/18 43115/18	M.H. AND OTHERS v. CROATIA	18/11/2021	Court (First Section)	Favorable
36037/17	R.R. AND OTHERS v. HUNGARY	02/03/2021	Court (Fourth Section)	Favorable
75157/14	BISTIEVA AND OTHERS v. POLAND	10/04/2018	Court (Fourth Section)	Favorable

17189/11	M.S. v. SLOVAKIA AND UKRAINE	11/06/2020	Court (Fifth Section)	Favorable
25794/13 28151/13	ABDULLAHI ELM I AND AWEYS ABUBAKAR v. MALTA	22/11/2016	Court (Fourth Section)	Favorable
2314/10 18324/10 7851/10 51377/10	HUSSEIN DIIRSHI AND OTHERS v. THE NETHERLANDS AND ITALY	10/09/2013	Court (Third Section)	Inadmissible
8727/79	J., B. and 361 parents v. SWITZERLAND and ITALY	08/07/1980	Commission (Plenary)	Inadmissible
39472/07 39474/07	Popov v. France	19/01/2012	[Section V]	favorable
8687/08	Rahimi v. Greece	05/04/2011	[Section I]	favorable



**Tabla de casos encontrados con el término “unaccompanied children NEAR migrant”**

Los casos son listados conforme la “importancia” asignada por el propio tribunal. Los que poseen negrita fueron señalados como *key cases*.

<b>Nº de aplicación</b>	<b>Nombre del caso:</b>	<b>Fecha del juzgamiento:</b>	<b>Composición del tribunal:</b>	<b>Favorable/No favorable</b>
16643/09	SHARIFI AND OTHERS v. ITALY AND GREECE -	21/10/2014	Court (Second Section)	Favorable
4633/15	G.B. AND OTHERS v. TURKEY	17/10/2019	Court (Second Section)	Favorable
22457/16	CASE OF X AND OTHERS v. BULGARIA	02/02/2021	Court (Grand Chamber)	Favorable
6697/18	CASE OF M.A. v. DENMARK	09/07/2021	Court (Grand Chamber)	Favorable
16483/12	KHLAIFIA AND OTHERS v. ITALY	15/12/2016	Court (Grand Chamber)	Favorable
22689/07 I	DE SOUZA RIBEIRO v. FRANCE	13/12/2012	Court (Grand Chamber)	Favorable
29217/12	CASE OF TARAKHEL v. SWITZERLAND	04/11/2014	Court (Grand Chamber)	Favorable

27765/09	HIRSI JAMAA AND OTHERS v. ITALY	23/02/2012	Court (Grand Chamber)	Favorable
12267/16	KHAN v. FRANCE	28/02/2019	Court (Fifth Section)	Favorable
15670/18 43115/18	M.H. AND OTHERS v. CROATIA	18/11/2021	Court (First Section)	Favorable
36037/17	R.R. AND OTHERS v. HUNGARY	02/03/2021	Court (Fourth Section)	Favorable
59793/17	M.A. AND OTHERS v. LITHUANIA	11/12/2018	Court (Fourth Section)	Favorable
25794/13 28151/13	ABDULLAHI ELMI AND AWEYS ABUBAKAR v. MALTA	22/11/2016	Court (Fourth Section)	Favorable
75157/14	BISTIEVA AND OTHERS v. POLAND	10/04/2018	Court (Fourth Section)	Favorable
17189/11	M.S. v. SLOVAKIA AND UKRAINE	11/06/2020	Court (Fifth Section)	Favorable
2314/10 18324/10 47851/10 51377/10	HUSSEIN DIIRSHI AND OTHERS v. THE NETHERLANDS AND ITALY	10/09/2013	Court (Third Section)	Inadmissible

64724/10	OJEI v. THE NETHERLANDS	14/03/2017	Court (Third Section)	Inadmissible
68883/13	MAHAMUD AHMED v. MALTA	28/08/2014	communicated case	Communicated
25794/13 28151/13	ABDULLAHI ELMI v. MALTA and 1 other application	28/08/2014	Communicated Case	Communicated
17189/11	M.S. v. SLOVAKIA AND UKRAINE	15/01/2016	Communicated Case	Communicated
8687/08	Rahimi v. Greece	05/04/2011	Court (First section)	Favorable



## SOBRE LA AUTORA



Laila Roxina Moliterno Abi Cheble nació en San Miguel de Tucumán (1993) en el seno de una familia migrante. Se graduó como procuradora y abogada en la Universidad Nacional de Tucumán (UNT, Argentina). Es especialista en Derecho del Consumidor por la Universidad de Coimbra (Portugal) y en Derechos Humanos, Responsabilidad Social y Ciudadanía Global por la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul (PUC-RS, Brasil). Es Magister en Derecho *summa cum laude*, en el área de Fundamentos de la Integración Jurídica, por la UFRGS vinculada al Centro de Estudios Europeos y Alemanes (CDEA).

Es miembro del grupo de investigación CNPq *Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização* dirigido por la Prof. Dra. Dr. h. c. Claudia Lima Marques (UFRGS). Ex-alumna del Curso de Derecho Internacional (OEA) y realizó un período de adscripción académica en el Instituto Interamericano del Niño (INN-OEA, Uruguay).

Ha recibido becas y premios de instituciones públicas como Consejo Interuniversitario Argentino (CIN), Asociación de Universidades del Grupo Montevideo (AUGM), *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior* (CAPES), *Deutsche Akademische Austauschdienst* (DAAD), Centro de Estudios Europeos y Alemanes (CDEA) y fundaciones privadas como *Maronites in the World*.

E-mail: [lailamoliternoa@gmail.com](mailto:lailamoliternoa@gmail.com)

LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/laila-moliterno/>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1823469579121064>









