

CAPÍTULO CUARTO

MARCO JURÍDICO DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

I. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Conforme al derecho internacional vigente, todas las personas son titulares de derechos humanos, cuya plena vigencia y respeto son elementos fundamentales para la consolidación de la paz y seguridad a nivel internacional, regional y local, así como para construir sociedades en las que se respete el Estado de derecho. Como afirma Villán Durán, “los derechos humanos se configuran como el motor imprescindible de unas relaciones internacionales más justas y armoniosas, así como el instrumento de humanización y criterio legitimador de la conducta de los Estados en sus relaciones”.²¹⁹ Las normas de derecho internacional que protegen a la persona son resultado del esfuerzo de la sociedad internacional por establecer un conjunto de reglas mínimas de protección y desarrollo para los seres humanos. Los derechos reconocidos en estas normas representan valores universales mínimos que los Estados se comprometen a promover, proteger y garantizar. De este modo, los niños migrantes no acompañados se encuentran amparados por todas las normas del derecho internacional de los derechos humanos, las cuales se basan en el principio de igualdad y no discriminación, y están redactadas en un lenguaje inclusivo. Estas normas les reconocen la totalidad de derechos, sin importar su condición migratoria. La irregularidad, en caso de que ésta sea su condición migratoria, no los excluye de los derechos humanos. Por el contrario,

²¹⁹ Ortega Velázquez, *Elisa, Estudios sobre el cumplimiento e impacto de las recomendaciones generales, informes especiales y pronunciamientos de la CNDH (2001-2017)*, t. VIII: *Discriminación*, México, CNDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 35, disponible en: <https://www.academia.edu/40797692/DISCRIMINACION%20C3%93N> (03 de agosto de 2022).

toda vez que son, al menos, tres veces vulnerables, al ser niños, migrantes y no estar acompañados, requieren una atención especial y diferenciada que los proteja.

De este modo, el derecho internacional de los derechos humanos lo encontramos regulado en dos ámbitos o sistemas delimitados geográficamente: el universal, en la Organización de las Naciones Unidas, y el regional, en el caso del continente americano, en la Organización de Estados Americanos; a éstos los llamaremos en adelante sistema universal y sistema regional de derechos humanos, respectivamente.

II. SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: INSTRUMENTOS PROTECTORES DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADAS Y SU IDENTIFICACIÓN

En el ámbito internacional mundial existe un conglomerado estructurado y organizado que ha creado un sistema o conjunto de instrumentos con el fin de proteger los derechos de toda persona donde quiera que se encuentre. Está formado por Estados de la comunidad internacional y se le denominó Organización de las Naciones Unidas, la cual nace al término de la Segunda Guerra Mundial y el resultado de ésta plantea como propósito fundamental, declarar, reconocer y proteger los derechos humanos. Dichos instrumentos, así como las acciones y medidas que derivan de ellos, integran el sistema de normas al que se llama sistema universal de derechos humanos.

1. *Ámbito universal general*

La Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos, así como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, constituyen el bloque general de protección de derechos humanos para, de acuerdo con esta investigación, niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados o no acompañados, pero también para toda persona, ya que son reconocidos universalmente.

En este sentido, las disposiciones aplicables a niñas, niños y adolescentes migrantes se encuentran reguladas en dichos instrumentos como se señala a continuación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 2o. establece el derecho a la no discriminación:

Artículo 2

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona...

En el mismo sentido, se establece el derecho a la no discriminación en el artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos artículos reconocen y tienen por objeto proteger y garantizar el acceso a todos los derechos humanos por las personas sin distinción alguna, los cuales no deberán ser desconocidos, limitados o anulados por los Estados debido a situaciones de índole política, jurídica, religiosa o internacional en perjuicio de las personas que se encuentren en su territorio.

En el artículo 3o. de la Declaración de Derechos Humanos se reconoce el derecho a la vida: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, el cual se encuentra igualmente establecido en el artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que además se agrega la consideración de que este derecho deberá siempre estar protegido por la ley local y que no debe ser limitado en el ámbito público ni en el privado.

Encontramos la protección contra la tortura o maltrato en el artículo 5o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que a la letra dice: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos va más allá al incluir en su artículo 7o. el caso de la coerción para participar o ser objeto de experimentos médicos o científicos, es decir, sin el consentimiento.

También se encuentra establecido en el articulado de la Declaración Universal de Derechos Humanos el derecho a la igualdad en y ante la ley, a no ser detenido arbitrariamente y a las garantías del debido proceso, y así garantizar el acceso a la justicia, lo que se regula en los artículos 7o., 8o., 9o. y 10:

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

La misma Declaración establece en sus artículos 18 y 19 que se reconocen las libertades fundamentales, el deber de dejar hacer-dejar pasar por parte de los Estados a los ciudadanos y habitantes del territorio, como son tanto las de pensamiento, conciencia y religión como las de opinión y expresión. Éstas se encuentran reguladas en los artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión

Es importante en el tema de migrantes, y en particular para el caso de menores no acompañados que sufren de violencia, el derecho de asilo reconocido en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 14. 1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

Por otro lado, en el aspecto relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, podemos señalar el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece el derecho a un nivel de vida adecuado y que se encuentra regulado en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Corresponde también el reconocimiento al derecho a la salud que incluye el acceso no sólo al derecho en estricto sentido, sino también a los servicios que en ejercicio de este derecho se deben prestar, lo que queda establecido tanto en el mismo artículo 25 como en el 22 de la misma Declaración y que para los mismos efectos se señala en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Uno de los derechos que menos se toma en cuenta y que resulta uno de los más importantes es el derecho a la educación, el cual se debe garantizar a cualquier niña, niño y adolescente por un Estado, y que se encuentra establecido en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y se refuerza formalmente en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Por último, e igual de importante, hay que señalar que la protección a la infancia, y en particular a la infancia migrante, acompañada o no acompañada, se desprende de lo establecido en el artículo 25, numeral 2, de la Declaración sobre Derechos Humanos, de lo regulado en el artículo 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como de lo señalado en el artículo 10, numeral 3, del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

El artículo 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala:

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

El artículo 10, numeral 3, del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

Artículo 10

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que:

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.

2. *Ámbito universal especializado*

Se reconoce como ámbito especializado a aquel en donde encontramos convenciones que tratan sobre aspectos específicos de derechos humanos y que protegen contra violaciones concretas resultado de la responsabilidad estatal y que identificaremos a continuación.

*A. Convención contra la Tortura y otros Tratos
o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes*

En el artículo 2o. de la Convención se establecen, *a contrario sensu*, los supuestos de responsabilidad en los que un Estado incurriría en violaciones a los derechos humanos por tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que aplicarían, en cualquier caso, a los migrantes, y en particular con respecto al trato de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.

A lo largo de su articulado, la Convención establece las disposiciones para que los Estados tomen las acciones necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la tortura. En el último artículo de la primera parte se refiere a la consideración y condena a los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

Artículo 2

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.
2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.
3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Encontramos una disposición fundamental en materia de migrantes, y que específicamente se aplica al caso de niñas, niños y adolescentes migrantes, en el artículo 3o. de esta Convención, ya que señala el deber de cualquier Estado de abstenerse de forzar el retorno de ellos cuando exista peligro contra su vida, su integridad y su dignidad:

Artículo 3

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

En relación con las víctimas, en este caso migrantes, con especial referencia a niñas, niños y adolescentes, aplica lo establecido en los artículos 9o., 13 y 14 de la Convención en lo relativo a garantizar el acceso a la justicia y al debido proceso, al señalar el deber de los Estados parte de reconocer estos derechos en favor de la víctima, y la persecución y sanción del delito de tortura:

Artículo 9

1. Los Estados Parte se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a los delitos previstos en el artículo 4, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

2. Los Estados Parte cumplirán las obligaciones que les incumben en virtud del párrafo 1 del presente artículo de conformidad con los tratados de auxilio judicial mutuo que existan entre ellos.

Artículo 13

Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Artículo 14

1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

En el mismo sentido, se establece la obligación de los Estados parte de prevenir, sancionar y erradicar los actos de tortura que, en este caso, es decir, el de los migrantes, y especialmente el de niñas, niños y adolescentes no acompañados, se ejecuten o se puedan ejecutar en su contra:

Artículo 10

1. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas

que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.

Asimismo, se advierte una política de cero tolerancia a este tipo de prácticas de tortura, al disponer la obligación de los Estados parte de mantener una continua revisión de la legislación, ya sean leyes, reglamentos, manuales, lineamientos, etcétera, con el fin de prevenirlas y sancionarlas eficazmente: “Artículo 11. Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura”.

Finalmente, la Convención establece disposición expresa en relación con los actores del Estado, es decir, a los servidores públicos, y su responsabilidad en la práctica de actos semejantes a la tortura:

Artículo 16

1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

B. *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*

En orden a cumplir con los fines de la Declaración Universal de Derechos Humanos y con lo dispuesto en los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos, así como de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estos dos últimos, instrumentos vinculatorios, esta Convención establece las disposiciones tendentes a asegurar que los Estados parte actualicen su legislación en orden a prevenir y sancionar cualquier distinción, restricción o limitación en el reconocimiento, acceso, goce y ejercicio de los derechos humanos como causa de cualquier interpretación asignada al concepto “racial”.

En este sentido, resulta ilustrativa la definición de discriminación racial desarrollada en el artículo 1o. de la Convención, que a la letra dice:

Artículo 1

1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

En relación con la situación de migrantes, y en particular de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, se comienza pronto a decantar el sentido de las disposiciones que pueden aplicar a estos grupos. Es así como en el mismo artículo 1o., en sus numerales 2, 3 y 4, se hace referencia a circunstancias que se reconocen a dichos grupos, como se podrá observar:

Artículo 1

2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos.

3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados Parte sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.

4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

En el sentido de apoyar lo dispuesto en el artículo anterior, concretamente en el numeral 4 del artículo anterior, la Convención establece, en su artículo 2o., entre las obligaciones de los Estados parte, las siguientes:

Artículo 2

1. Los Estados Parte condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política enca-

minada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto:

a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;

b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;

c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;

d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;

e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial.

2. Los Estados Parte tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

Reforzando estas obligaciones, la Convención establece que los Estados parte deben tomar las acciones en su legislación que lleven a prevenir, sancionar y erradicar este tipo de prácticas:

Artículo 4

Los Estados partes condenan toda [práctica]... que pretenda justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán acto punible conforme a la ley... toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas...

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

El artículo 5o. establece el derecho a la igualdad en y ante la ley, lo que aplica a migrantes, niñas, niños y adolescentes, acompañados o no acompañados. Sin embargo, de la enumeración de derechos hecha en ese artículo sólo aplicarán aquellos que no estén sujetos a la ciudadanía y a permiso de residencia, que fundamentalmente son los siguientes:

El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;

El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;

El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país;

El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;

El derecho a la libertad de opinión y de expresión;

El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad y los servicios sociales;

El derecho a la vivienda;

El derecho a la educación;

El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales;

El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

Nuevamente en esta Convención se establece el deber de los Estados parte para garantizar el acceso a la justicia para las víctimas de discriminación racial en cualquiera de sus formas, lo que queda estipulado en el artículo 6o.:

Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

C. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*

En el caso de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ésta aplica en todo para las mujeres migrantes, incluyendo a las niñas y a las adolescentes migrantes no acompañadas. Esto en el sentido de que no sea su condición de mujer lo que sea utilizado como excusa para limitar, anular o impedir el acceso, goce y/o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad con los varones.

En este sentido, el artículo 1o. de la Convención señala qué se debe entender por discriminación contra la mujer, cómo afecta y en qué ámbitos:

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Al igual que las anteriores convenciones, establece las obligaciones generales que tienen los Estados parte para garantizar el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las mujeres, independientemente de cualquier condición, incluyendo, y especialmente, la de ser niñas y adolescentes migrantes no acompañadas:

Artículo 2

Los Estados Parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Aplica a este grupo femenino, de igual forma, lo que favorece su integración y convivencia en los Estados, las entidades o lugares en los que se encuentren durante el traslado y a su destino final, la adopción de todas las medidas y políticas públicas que sean necesarias para otorgar seguridad en la protección y acceso a sus derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad:

Artículo 3

Los Estados Parte tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

En el mismo sentido, y considerando que muchas de las formas de discriminación y violencia a las que son sometidas las mujeres están sostenidas en estereotipos, prejuicios y prácticas culturales sobre la idea de relaciones de supra y subordinación, incluyendo necesariamente a las niñas y adolescentes migrantes no acompañadas, resulta fundamental considerar lo siguiente:

Artículo 5

Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Especialmente aplica para las formas de discriminación y violencia a las que más expuestas están, en este caso, las niñas y las adolescentes migrantes no acompañadas, como lo señala el artículo 6o.: “Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

D. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*

Esta Convención también guarda una indefectible relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los pactos internacionales de derechos humanos, que reconocen sin distinción alguna todos los derechos y libertades fundamentales para todos en el mundo, sin que haya lugar a discriminación alguna en su reconocimiento, goce y ejercicio.

En relación con los migrantes, en su preámbulo establece como fundamento de su objetivo y alcances, entre otras, a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. De igual modo, se señala que es importante incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad en las medidas para reconocer los derechos humanos y garantizar su pleno y efectivo goce y ejercicio para todos, incluyendo a niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados o no acompañados, con alguna discapacidad.

En su artículo 1o. establece qué se entiende por discapacidad y qué sujetos integran a este grupo de personas en situación de vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos humanos:

Artículo 1

Propósito

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Los principios que regirán para la eficaz aplicación y cumplimiento de esta Convención, es decir, aquellos elementos indispensables para que las personas con discapacidad accedan a sus derechos humanos en condiciones de justicia, paz, fraternidad e igualdad, y que tienen un valor o consideración particular en la protección especial de niñas, niños y adolescentes, son:

Artículo 3

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) *El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

Resulta de carácter estratégico integrar medidas que, en las políticas públicas y en la normativa en general, y específicamente en lo relativo a los migrantes, con especial referencia a niñas, niños y adolescentes no acompañados, en los programas de atención y asistencia, en los reglamentos y manuales de procedimientos y capacitación del personal competente en la materia, en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales que correspondan, hagan realidad y aplicables los conceptos incorporados en la Convención, así como los objetivos perseguidos al definirlos, ya que ello incidirá esencialmente, como se puede observar en los artículos 2o. y 4o., tanto en las condiciones para el acceso de las personas con discapacidad al ejercicio y goce de los derechos humanos como en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte para el reconocimiento de los mismos:

Artículo 2

A los fines de la presente Convención:

La “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de

fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso;

Por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal;

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;

Por “diseño universal” se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

Con especial referencia a niñas, niños y adolescentes con discapacidad, la Convención establece una disposición concreta, tomando en consideración las medidas de protección especial y los principios que rigen a la Convención sobre los Derechos del Niño:

Artículo 7

Niños y niñas con discapacidad

1. Los Estados Parte tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Parte garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños

y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

En relación con la accesibilidad de los derechos, resaltan de entre todas, para el caso de migrantes, y en especial para los que son niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, las siguientes:

Artículo 9

Accesibilidad

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;

b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

2. Los Estados Parte también adoptarán las medidas pertinentes para:

a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;

b) [...]

c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;

d) [...]

e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;

f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;

g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;

Finalmente, como sucede en el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, se señala como acción necesaria o indispensable, entre otras obligaciones de los Estados parte, proporcionar atención y

seguimiento prioritario en los casos de personas con discapacidad que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad y/o emergencia humanitaria:

Artículo 11

Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias

Los Estados Parte adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

E. *Convención para Reducir los Casos de Apatridia*²²⁰

La apatridia, conocida como aquella condición en que una persona no es reconocida como ciudadano o ciudadana de un país, es un problema que se presenta y debe ser atendido, particularmente en el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.

El supuesto jurídico que contempla la posible regularización de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados que se encuentren en esta situación está contemplado en el artículo 2o. de la Convención, que a la letra dice: “Salvo prueba en contrario, se presume que un expósito que ha sido hallado en el territorio de un Estado contratante ha nacido en ese territorio, de padres que poseen la nacionalidad de dicho Estado”.

Para efectos de aclarar el contenido de esta disposición y de ejemplificar la situación de un Estado en estos casos, haremos referencia, en primer lugar, a la interpretación del Comité de Expertos de la Convención; después, al concepto de “expósito” que hace el Código Civil Federal mexicano y, por último, a la Ley de Migración mexicana.

En este sentido, el Comité, en el resumen de las conclusiones de la Reunión de Expertos para la Interpretación de la Convención sobre la Apatridia de 1961 y la Prevención de la Apatridia en Niños,²²¹ señala que

²²⁰ Naciones Unidas, Convención para Reducir los Casos de Apatridia, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-reduction-statelessness> (08 de abril de 2022).

²²¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Interpretación de la Convención sobre la Apatridia de 1961 y la prevención de la apatridia en los niños*, Reunión de Expertos, convocada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Iniciativa Pro Justicia de la Sociedad Abierta, en Dakar, Senegal, el 23 y 24

43. Los niños encontrados abandonados en el territorio de un Estado contratante, deben tratarse como expósitos y en consecuencia adquirir la nacionalidad del país donde se encuentren. El artículo 2 de la Convención de 1961 no define una edad a la que puede considerarse un niño expósito. La palabra “expósito” usada en cada uno de los cinco textos auténticos de la Convención (inglés, francés, español, ruso y chino), revela algunas diferencias en el sentido corriente de este término, en particular con respecto a la edad de los niños cubiertos por esta disposición. Las prácticas de los Estados revelan una amplia gama de edades en que se aplica esta disposición; varios Estados contratantes limitan la concesión de nacionalidad a los expósitos que son muy jóvenes (12 meses o menos), mientras que la mayoría de los Estados contratantes aplican sus reglas de expósitos a niños mayores, incluyendo en algunos casos hasta la mayoría de edad.

44. Como mínimo, la salvaguardia para que los Estados contratantes concedan la nacionalidad a los expósitos, se debe aplicar a todos los niños pequeños que no pueden comunicar la información precisa relativa a la identidad de sus padres o su lugar de nacimiento. Esto emana del objeto y propósito de la Convención de 1961 y también del derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad. Una interpretación contraria dejaría a algunos niños apátridas.

45. Si un Estado prevé una edad límite para que los expósitos adquieran la nacionalidad, es decisiva la edad del niño en la fecha en que fue encontrado y no la fecha en que llamó la atención de las autoridades.

46. La nacionalidad adquirida por expósitos conforme al artículo 2 de la Convención de 1961, sólo se pierde si se demuestra que el niño en cuestión posee la nacionalidad de otro Estado.

47. Un niño nacido en el territorio de un Estado contratante sin tener un padre, quién es legalmente reconocido como tal (por ejemplo, debido a que el niño nació fuera del matrimonio y la mujer que le dio a luz al niño no es reconocida legalmente como la madre), debe ser tratado como un expósito y debe adquirir de inmediato la nacionalidad del Estado de nacimiento.

Por su parte, por ejemplo, el Código Civil Federal mexicano en el artículo 492 señala que se considerará expósito a todo menor de edad que se encuentra en situación de desamparo y del *que no se pueda establecer el origen, ascendencia o procedencia*. De la misma forma, señala que los menores de edad en circunstancias semejantes, es decir, de desamparo, ya que no se encuentran tampoco acompañados de aquellas personas que ejercen sobre ellos la patria potestad, la custodia o la tutela, *pero de los que sí se pueda establecer el origen, ascendencia o procedencia se considerarán abandonados*.

de mayo de 2011, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8187.pdf> (08 de abril de 2022).

La Ley de Migración contempla en las fracciones III y IV del artículo 133 que se podrá proceder a la regularización de la situación migratoria de aquellos extranjeros que se identifiquen como víctimas o testigos de un delito grave cometido en territorio nacional o que se encuentren en una situación de vulnerabilidad tal que dificulte o haga imposible considerar su retorno asistido.

Consideramos que, atendiendo a la interpretación del Comité aplicada al artículo 492 del Código Civil Federal, tanto niñas, niños y adolescentes expósitos como abandonados entran en el supuesto del artículo 2o. de la Convención y deben ser protegidos y reconocérseles el derecho a acceder a la nacionalidad, en este caso mexicana, considerando además que muchos de ellos caen en los supuestos de las fracciones III y IV del artículo 133 de la Ley de Migración, como se verá más adelante.

3. *Ámbito universal específico*

En este rubro abordaremos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren concretamente a niñas, niños y adolescentes, así como a migrantes, dirigiéndonos a la protección de los no acompañados.

A. Convención sobre los Derechos del Niño de 1990²²²

Como se puede observar, se encuentran protegidos, como su condición lo requiere, en el sentido más amplio y, aún más, por un instrumento especializado y completo, dirigido a la niñez en sus contenidos, que es la Convención sobre los Derechos del Niño, así como por los protocolos facultativos dirigidos a proteger de forma específica de la violencia de la que son víctimas. Esta Convención, desde la visión o perspectiva de la niñez, es el instrumento de derechos humanos más ratificado en el mundo, ya que hay 196 Estados parte de este instrumento.²²³

En su artículo 1o. la Convención reconoce como niño a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que

²²² La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada en 1989 y está disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (27 de septiembre de 2021).

²²³ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Panel Interactivo de Estado de Ratificación: Convención sobre los Derechos del Niño, disponible en: <https://indicators.ohchr.org/> (22 de marzo de 2022).

le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Es así como ésta aplica, entonces, para el caso concreto de la violencia contra niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, lo que se refuerza a través de la Observación General número 6 de 2005. En este sentido, cabe señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño es aplicable plenamente a los niños migrantes; por un lado, porque está redactada en un lenguaje incluyente que no diferencia entre los niños nacionales o extranjeros (regulares o irregulares) en el otorgamiento de los derechos que establece; por otro lado, porque el órgano autorizado para interpretarla lo ha expresado de forma explícita en su Observación General número 6 que a la letra dice:

El disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.²²⁴

Así, en el artículo 2o. de la Convención establece el derecho a no ser discriminado por razón, entre muchas que señala, de su origen nacional, de su condición social y, nosotros agregaríamos, de su calidad migratoria:

1. Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El contenido del artículo 3o. es relevante al tema, porque establece el principio general relativo al interés superior del niño, y porque establece la relación entre el Estado y sus agentes, como actores principales, respecto al reconocimiento, protección y garantía de los derechos de la niñez, en este

²²⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 2005, párr. 12, disponible en: https://documentop.com/observacion-general-n6-trato-de-los-menores-no-acnur_59fa3ada1723ddf0893c7058.html (08 de abril de 2022).

caso migrante, en particular a la no acompañada, imperando la consideración del principio del interés superior del niño para la tutela de los anteriores aspectos, independientemente de cualquier condición, es decir, sin que afecte algún aspecto de discriminación frente a estos objetivos:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Del contenido general de la Convención se pueden identificar los siguientes derechos para niñas, niños y adolescentes migrantes:

- El derecho del niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento.
- El derecho a que toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia sea atendida por los Estados parte de manera positiva, humanitaria y expedita.
- La obligación de los Estados de alentar a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño.
- La obligación del Estado de adoptar todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.
- La obligación de los Estados de tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero.

- El derecho del niño al descanso y al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad, y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
- El deber del Estado de que toda detención, encarcelamiento o la prisión de un niño se lleve a cabo de conformidad con la ley y se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.
- La prohibición para los Estados de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad.
- La facultad de los Estados de adoptar medidas para tratar a los niños que hayan infringido las leyes penales sin recurrir a procedimientos judiciales.

Sin duda alguna esta Convención es el instrumento internacional de mayor relevancia en materia de niñez. Los Estados parte de la Convención están obligados, en virtud de que el instrumento es vinculante, a garantizar en su legislación y prácticas jurídicas, sociales, educativas, administrativas, de salud, y en general en sus políticas públicas y en sus procedimientos jurisdiccionales, por mencionar los aspectos más importantes, toda la protección e implementación de los estándares establecidos en la misma relacionados con niños, niñas y adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño²²⁵ reconoce que para lograr un armonioso desarrollo social se requiere que todo ser humano crezca y se desarrolle en un ambiente de amor, felicidad y comprensión. También señala que el menor de edad debe ser objeto de cuidado y asistencia especiales por su estado de inmadurez física, mental y emocional, recalcando la responsabilidad de la familia respecto a la protección y asistencia que se debe a los menores. Por otro lado, establece la obligación del Estado de protegerlos mediante la creación y aplicación de medidas legislativas que garanticen el respeto y debida aplicación de los derechos fundamentales de los menores y de las sanciones correspondientes para el caso de que éstos sean incumplidos o violados.

B. *Migración y trabajo infantil*

Los niños migrantes, incluidos los no acompañados, se encuentran protegidos por la Convención Internacional sobre la Protección de los Dere-

²²⁵ Ratificada por México el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

chos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares²²⁶ de 1990, así como por los convenios 138²²⁷ sobre la Edad Mínima (1973) y 182²²⁸ sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999), que tratan específicamente el tema de los derechos de la niñez y su relación con la condición de migrantes o en el mundo del trabajo.

a. Convención Internacional sobre la Protección
de los Derechos de Todos los Trabajadores
Migratorios y de sus Familiares

En materia de migración, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven de 1985²²⁹ establece la protección de la familia en su artículo 5o.: “los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos: b) El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia”.²³⁰

Posteriormente, en el sistema universal de derechos humanos se promovió y aprobó el *Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular*, que entre sus objetivos señala, para el caso de la trata de personas:

Objetivo 9: Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes.

25. Nos comprometemos a intensificar los esfuerzos conjuntos por prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes reforzando la capacidad y aumentando la cooperación internacional para prevenir, investigar, enjuiciar y

²²⁶ Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990; véase la situación de su ratificación y reservas en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en (08 de abril de 2022).

²²⁷ Organización Internacional del Trabajo, entrada en vigor el 19 de junio de 1976, ratificado por México el 10 de junio de 2015, estableciendo como edad mínima la de 15 años, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:10551571258264:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3 (08 de abril de 2022).

²²⁸ Organización Internacional del Trabajo, entrada en vigor el 19 de noviembre de 2000, ratificado por México el 30 de junio de 2000, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:27715455469368:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3 (08 de abril de 2022).

²²⁹ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-human-rights-individuals-who-are-not-nationals> (08 de abril de 2022).

²³⁰ *Ibidem*, p. 5.

castigar el tráfico ilícito de migrantes con miras a poner fin a la impunidad de las redes de traficantes. Nos comprometemos además a velar por que los migrantes no puedan ser enjuiciados penalmente por el hecho de haber sido objeto de tráfico ilícito, sin perjuicio de que puedan ser enjuiciados por otras violaciones del derecho interno. También nos comprometemos a identificar a los migrantes introducidos ilegalmente para proteger sus derechos humanos, teniendo en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los menores, y ayudando en particular a los migrantes que hayan sido objeto de tráfico ilícito en circunstancias agravantes, de conformidad con el derecho internacional.

Objetivo 10: Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional.

26. Nos comprometemos a adoptar medidas legislativas o de otra índole para prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional reforzando la capacidad y aumentando la cooperación internacional para investigar, enjuiciar y castigar la trata de personas, desalentando la demanda que fomenta la explotación conducente a la trata, y poniendo fin a la impunidad de las redes de trata. Nos comprometemos además a mejorar la identificación y protección de los migrantes que han sido víctimas de la trata y prestarles más asistencia, teniendo en cuenta especialmente a las mujeres y los menores.²³¹

En este contexto, como se puede observar, resulta fundamental mejorar, adecuar a las realidades migrantes y actualizar las medidas, acciones, programas tendentes a proteger a niñas, niños y adolescentes migrantes, especialmente para aquellos que se encuentran más expuestos debido a que viajan solos, que realizan viajes muy largos, o bien que se encuentran limitados en su interacción y satisfacción de necesidades debido a sus carencias educativas y económicas.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990²³² identifica y reconoce a un grupo en situación de vulnerabilidad específico, que son los trabajadores migratorios y sus familiares, incluyendo a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, especialmente vulnerable en lo que respecta al ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales; aspecto en el que los Estados parte adquieren obligaciones convencionales de carácter jurídico, entre otras las que exigen la adopción de planes, programas, políticas públicas y toda clase de acciones para alcanzar el efectivo goce y

²³¹ Naciones Unidas, *Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular*, cit., nota 179 (27 de septiembre de 2021).

²³² Naciones Unidas, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, disponible en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en (08 de abril de 2022).

ejercicio de sus derechos humanos. Plantea los cimientos y normas mínimas que los Estados parte han de implementar a fin de que los trabajadores migratorios y a sus familias alcancen un adecuado nivel de vida independientemente de su condición migratoria.

La Convención hace un esfuerzo por reconocer y garantizar de forma particular a este grupo, especialmente tratándose de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, los derechos laborales básicos establecidos en los convenios de la OIT y en las convenciones generales sobre derechos humanos.

De este modo, en su artículo 2.1 protege los derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familias en todas las fases del proceso migratorio: en el país de origen, en el país de tránsito y en el país de recepción, estableciendo las obligaciones correspondientes de los Estados parte de la Convención.

Este instrumento convencional sobre los derechos de las personas migrantes reconoce, en sus artículos 8o. a 35, una diversidad de derechos, en su mayoría contenidos desde 1966, a los trabajadores migrantes y sus familiares, independientemente de su condición migratoria regular o irregular, y que el Estado de acogida debe garantizarles. Si bien la Convención no cuenta con un apartado particular de los niños en el contexto de la migración, contempla como derecho de los trabajadores migrantes la unión familiar en su artículo 44, numeral 2, el cual repercute en los niños migrantes:

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

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

b. Convenios 138 sobre la Edad Mínima (1973)
y 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999)

El trabajo infantil es una violación de los derechos humanos fundamentales, habiéndose comprobado que entorpece el desarrollo de los niños, y

que potencialmente les produce daños físicos y psicológicos para toda la vida. Se ha demostrado que existe un fuerte vínculo entre la pobreza de los hogares y el trabajo infantil, y que el trabajo infantil perpetúa la pobreza durante generaciones, dejando a los hijos de los pobres fuera de la escuela y limitando sus posibilidades de ascender en la escala social. Este reducido capital humano ha sido relacionado con el bajo crecimiento económico y con el escaso desarrollo social.²³³ En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo ha emitido convenios sobre trabajo infantil²³⁴ para luchar contra este problema.

El Convenio 138 sobre la Edad Mínima (1973) establece la edad mínima general para la admisión al trabajo o al empleo, en 15 años (13 para los trabajos ligeros) y la edad mínima para el trabajo peligroso, en 18 años (16 bajo determinadas condiciones estrictas). Brinda la posibilidad de establecer al principio la edad mínima general en 14 años (12 para los trabajos ligeros) cuando la economía y los servicios educativos están insuficientemente desarrollados.

El Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999) requiere de los Estados la erradicación de las peores formas de trabajo infantil, incluidas todas las formas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la prostitución y la pornografía infantiles; la utilización de niños para actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, así como el trabajo que pueda dañar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

De esta manera, la Organización Internacional del Trabajo abordó las problemáticas de explotación laboral de que son víctimas las niñas, niños y adolescentes en el mundo, sobre todo en los casos de aquellos que viven la calidad de migrantes no acompañados. Ante la preocupación por las circunstancias de vulnerabilidad a que quedan expuestos, este órgano de las Naciones Unidas estableció en su Convenio 182²³⁵ lo siguiente:

²³³ OIT, *Manual para inspectores: combatiendo las peores formas de trabajo infantil*, San José, OIT, 2003, disponible en: https://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_IPEC_PUB_2621/lang-es/index.htm (08 de abril de 2022).

²³⁴ Convenio 138 de la OIT sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo de 1973, y Convenio 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1999. Véanse las ratificaciones a estos convenios en: <http://www.ilo.org/ipec/facts/ILOconventionsonchildlabour/lang-es/index.htm> (08 de abril de 2022).

²³⁵ Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, 1999 (182), disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312327 (13 de marzo de 2021).

Artículo 2

A los efectos del presente Convenio, el término “niño” designa a toda persona menor de 18 años.

Artículo 3

A los efectos del presente Convenio, la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Las partes fundamentales que se pueden rescatar del Convenio y que atienden a lograr evitar la explotación laboral infantil y el trabajo infantil son las relativas a las medidas para alcanzar los objetivos del Convenio a nivel mundial y así garantizar sus derechos a la niñez:

Artículo 7

1. Todo Miembro deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole.

2. Todo Miembro deberá adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de:

- a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil;
- b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social;
- c) asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional;
- d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y
- e) tener en cuenta la situación particular de las niñas.

3. Todo Miembro deberá designar la autoridad competente encargada de la aplicación de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio.

Como podemos ver, la Organización Internacional del Trabajo estableció en este Convenio la obligación para todos los Estados parte de reconocer, prevenir, sancionar y erradicar no sólo las formas atroces de explotación en el trabajo de que es víctima la niñez migrante no acompañada, de forma particular, sino también para brindar la asistencia directa y necesaria a los Estados y sus actores para garantizar que la niñez migrante sea librada de las peores formas de trabajo infantil, así como para su rehabilitación e integración social, teniendo un papel fundamental en ello el acceso gratuito a la educación básica y, siempre que sea posible y adecuado, a la formación profesional.

c. Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Edad Mínima (041)²³⁶ y sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (190)²³⁷

Del mismo modo, podemos hacer referencia a dos recomendaciones que protegen a niñas, niños y adolescentes migrantes, especialmente en el caso de los no acompañados, de violencia y explotación relacionadas con el aspecto laboral.

La Recomendación 041 sobre la Edad Mínima, considerada para permitir el trabajo en el caso de niñas, niños y adolescentes, aborda disposiciones que protegen en orden de prioridad el acceso y ejercicio a otros derechos conforme a la etapa del desarrollo y para la formación sociocultural de ellos.

Así, encontramos en un primer grupo a los que denomina “trabajos ligeros”, en el que se abordan los siguientes aspectos:

- Protege el derecho y el acceso a la educación en pos de alcanzar el objetivo de promover y garantizar su desarrollo físico, intelectual y moral; añade que por ello resulta pertinente que en tanto se encuentre en edad escolar básica y media, se reduzca en todo lo posible su empleo en cualquier clase de trabajo.

²³⁶ Organización Internacional del Trabajo, Recomendación sobre la Edad Mínima núm. 041, OIT, 1932, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312379 (23 de octubre de 2022).

²³⁷ Organización Internacional del Trabajo, Recomendación sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil núm. 190, OIT, 1999, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R190 (23 de octubre de 2022).

- En caso de que se ocupen en alguna actividad laboral, sería oportuno considerarlos para empleos como recaderos, repartidores de periódicos, trabajos relacionados con deportes y juegos, recolección y venta de flores o frutos.
- Para evitar la explotación, las autoridades de los Estados deberán exigir a niñas, niños y adolescentes, en edad escolar, el consentimiento de los padres o tutores, certificado médico para trabajar y, si se considera pertinente, un informe de las autoridades escolares sobre el rendimiento y conducta de aquéllos.
- En aras de garantizar el derecho al descanso y al sano esparcimiento de niñas, niños y adolescentes, en los casos en que éstos trabajen, los empleadores siempre deberán respetar y garantizar el derecho al descanso y al sano esparcimiento, considerándolos entre tiempos en horarios de clase y de trabajo.

En el numeral 5 de la Recomendación se establece lo relativo a niños artistas, señalando este caso como una excepción a la regla de no emplear el trabajo infantil y estableciendo las reglas para evitar cualquier forma de violencia derivada del trabajo y sus características:

(5) El empleo de niños menores de doce años en los espectáculos públicos y en la impresión de cintas cinematográficas como actores o figurantes debería estar, en principio, prohibido. Las excepciones a esta regla deberían reducirse a un mínimo y admitirse únicamente en los casos en que redunde en beneficio del arte, la ciencia o la enseñanza. Los permisos concedidos por las autoridades competentes en ciertos casos individuales deberían otorgarse únicamente cuando la naturaleza o clase especial del empleo puedan justificarlos, cuando sea evidente que el niño posee la aptitud física requerida para dicho empleo, y previo consentimiento de los padres o tutores. Cuando se empleen niños en películas cinematográficas se deberían tomar medidas especiales a fin de que permanezcan bajo la vigilancia de oculistas. Además, conviene cerciorarse de que el niño ha de recibir buenos tratos y ha de poder continuar sus estudios. Cada permiso debería especificar el número de horas en que el niño podrá estar empleado, habida cuenta, especialmente, del trabajo nocturno y del trabajo en domingos y días de fiesta legal. La autorización será expedida para un solo espectáculo determinado o para un período limitado y podrá ser renovada.

El numeral 6 se refiere a los trabajos que se consideran peligrosos, enumerando cuáles quedarían encuadrados en este rubro, y las acciones para la protección y así evitar que sean utilizados en esta clase de labores:

(6) Las autoridades competentes deberían consultar a las principales organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores antes de determinar los trabajos que presentan un carácter peligroso para la vida, salud o moralidad de las personas empleadas en ellos y antes de que la legislación nacional fije edad o edades más elevadas para la admisión a dichos trabajos. Entre los trabajos de esta índole, pudieran incluirse, por ejemplo, ciertos empleos en los espectáculos públicos, tales como los de acróbatas; todo trabajo en los hospitales, clínicas y sanatorios que entrañe un peligro de contagio o infección, y el servicio a los clientes en los establecimientos de bebidas alcohólicas. Las edades mínimas para los diversos empleos deberían fijarse según los peligros particulares de cada empleo, y, en ciertos casos, la edad exigida para la admisión de las muchachas debería ser superior a la exigida para los muchachos.

Finalmente, para proteger a niñas, niños y adolescentes de la explotación y de cualquier otra forma de violencia en el trabajo se condena y prohíbe terminantemente la contratación de sus servicios por determinadas personas, esto es, las establecidas en el numeral 7 de la recomendación: “(7) Para proteger la moral de los niños, debería prohibirse a las personas que hayan sido condenadas por ciertas faltas graves o que se entreguen habitualmente a la bebida el empleo de niños que no sean hijos suyos, incluso cuando estos niños hagan vida en común con dichas personas”.

Por lo que se refiere a la Recomendación 190 de la Organización Internacional del Trabajo, que versa sobre las peores formas de trabajo infantil, podemos señalar que su finalidad es complementar los objetivos y alcances establecidos en el Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil.

En su numeral 2 establece la elaboración y puesta en práctica de los planes y/o programas de acción, tomando en consideración las opiniones de los niños directamente afectados por las peores formas de trabajo infantil, así como de sus familias, los que deberán incluir como piso de protección los siguientes aspectos:

- (a) identificar y denunciar las peores formas de trabajo infantil;
- (b) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil o librarlos de ellas, protegerlos contra las represalias y garantizar su rehabilitación e inserción social con medidas que permitan atender a sus necesidades educativas, físicas y psicológicas;
- (c) prestar especial atención:
 - (i) a los niños más pequeños;
 - (ii) a las niñas;

(iii) al problema del trabajo oculto, en el que las niñas están particularmente expuestas a riesgos, y

(iv) a otros grupos de niños que sean particularmente vulnerables o tengan necesidades específicas;

(d) identificar las comunidades en que haya niños particularmente expuestos a riesgos, y entrar en contacto directo y trabajar con ellas, y

(e) informar, sensibilizar y movilizar a la opinión pública y a los grupos interesados, incluidos los niños y sus familiares.

Relativo a las peores formas de trabajo, particularmente las que se consideran más peligrosas, la Recomendación, en el numeral 3, hace una prelación de los aspectos que se deben tomar en cuenta para identificar los espacios y características de dichas actividades laborales, y, en el numeral 4, las acciones para garantizar la integridad física, psicoemocional, laboral y social de niñas, niños y adolescentes que participen en ellas:

3. Al determinar y localizar dónde se practican los tipos de trabajo a que se refiere el artículo 3, d) del Convenio, debería tomarse en consideración, entre otras cosas:

(a) los trabajos en que el niño queda expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual;

(b) los trabajos que se realizan bajo tierra, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios cerrados;

(c) los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos, o que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas;

(d) los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos, o bien a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud, y

(e) los trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retienen injustificadamente al niño en los locales del empleador.

4. Por lo que respecta a los tipos de trabajo a que se hace referencia en el apartado d) del artículo 3 del Convenio y el párrafo 3 de la presente Recomendación, la legislación nacional o la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, podrán autorizar el empleo o el trabajo a partir de la edad de 16 años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de esos niños, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente.

III. VIOLENCIA Y REGULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADAS EN EL SISTEMA UNIVERSAL: IDENTIFICACIÓN

1. *Convención sobre los Derechos del Niño*²³⁸

Concretamente en los siguientes artículos de la Convención se plantean los derechos de niñas, niños y adolescentes, en este caso, migrantes no acompañados, y las obligaciones de los Estados parte de protegerlos de todas las formas de maltrato, abuso y explotación de que puedan ser objeto por parte de los padres, tutores, representantes legales, otra persona que tenga su custodia o cualquier otra persona u organización, así como del Estado y de las instituciones públicas y privadas.

La Convención sobre los Derechos del Niño, como directriz, reconoce el interés superior (artículo 3o.), el derecho a la vida y a la supervivencia (artículo 6o.), la unión familiar (artículo 9o.), la reunificación familiar (artículo 10), la necesidad de combatir los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (artículo 11), la protección contra la violencia específica (artículo 19), la protección contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso (artículo 32), la protección contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (artículo 34), la prevención del secuestro, la venta o la trata de niños (artículo 35), la protección contra la explotación (artículo 36) y las necesidades de protección en casos de detención de niños (artículo 37, b, c y d).

Artículo 6

1. Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

El artículo aplica en tanto que como víctimas de las diversas formas de violencia que se plantean en la propia Convención, las niñas, niños y adolescentes migrantes tienen derecho a que se les proteja en su vida y supervivencia ante las consecuencias de dichas prácticas y a la atención que ameritan en los diversos aspectos de la salud implícitas. Establece la obligación

²³⁸ Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Provictima/1LEGISLACI%C3%93N/3InstrumentosInternacionales/F/convencion_derechos_nino.pdf (08 de abril de 2022).

del Estado a tomar medidas, ya sea jurídicas, legislativas, administrativas, educativas o de sensibilización, en materia de salud, y todas las que sean necesarias para lograr la supervivencia, la vida con calidad y prevenir la mortalidad infantil como consecuencia de cualquier forma de violencia que se ejerza contra este grupo vulnerable.

Artículo 9

1. Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Parte se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Como se puede observar, se privilegia el derecho de convivencia y la unidad familiar, excepto en el caso de que esto resultara en perjuicio de su vida y sus integridades física, psicoemocional y/o sexual, así como perjudicial para el desarrollo integral y el bienestar general de niñas, niños y adolescentes migrantes acompañados o no acompañados.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Parte a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por

un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Parte garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Parte en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Parte respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por lo presente Convención.

En el mismo sentido, se regula la reunificación familiar en el artículo 10, ya que señala que es obligación del Estado dar trámite rápido y expedito a las solicitudes hechas por niñas, niños y adolescentes o por sus progenitores para salir y entrar de un país para la reunión de la familia, salvo que se compruebe que es perjudicial para ellos.

Artículo 11

1. Los Estados Parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Parte promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

En este artículo se vela por que se tomen las medidas para evitar la sustracción internacional de menores y el secuestro, al establecer como obligación de los Estados parte tomar todas las medidas necesarias en todos los ámbitos: jurídico, legislativo, administrativo y judicial.

Artículo 19

1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Este es el primer artículo que trata específicamente de las formas de violencia contra niñas, niños y adolescentes, condenándolas y haciendo responsable al Estado de prevenirlas, sancionarlas y erradicarlas, así como de proveer todo tipo de atención y asistencia que se requiera para su tratamiento e investigación.

De igual forma, identifica a todos los posibles victimarios y condena todas las formas de abuso y explotación por quienes los tengan a su cargo, sean los padres, familiares o cualquier persona que lo tenga bajo su techo, cuidado, guarda o custodia, incluyendo aquellas adscritas a alguna entidad gubernamental federal o local.

Artículo 32

1. Los Estados Parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Parte, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Este artículo reconoce formas de violencia mediante los trabajos reconocidos como peligrosos, que implican un intercambio económico en perjuicio de los menores de edad y sus derechos, que obligan al Estado a regular en torno a las prácticas de explotación laboral contra niñas, niños y adolescentes, que llevan implícitas tanto su cosificación como, en muchos casos, la privación de su libertad y el traslado a lugares distintos de su hogar y su comunidad, comprometiendo su integridad física, psicológica, moral, su desarrollo integral, con la relativa afectación a la salud. Su máxima ex-

presión se advierte en el trabajo infantil y/o adolescente. En este sentido, resulta indispensable y de gran importancia prevenir y erradicar el trabajo infantil, al igual que la protección del trabajo adolescente, en todas sus formas, conforme al Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo,²³⁹ garantizando, de igual forma, otros derechos afectados y correlacionados, como el de acceso a una vida libre de violencia, a la educación y a la convivencia familiar y comunitaria.

Artículo 34

Los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Este artículo aborda los aspectos tendentes a garantizar la protección, la prevención, la sanción, la asistencia y la atención en relación con los delitos sexuales o abuso sexual de que se hacen víctimas a niñas, niños y adolescentes, con el fin de establecer las mejores prácticas y acciones con fundamento y en aplicación del interés superior del niño, lo que se debe traducir en una actividad prioritaria del Estado, atendiendo a la división de poderes, en favor de la niñez, a través de acciones que garanticen la eficacia de la intervención de las entidades competentes del Poder Ejecutivo en la promulgación, reforma o adición de legislación pertinente, así como en la efectiva procuración e impartición de justicia, atajando así todos aquellos aspectos que los sitúan en condiciones de vulnerabilidad y que impliquen la violación a sus derechos humanos.

Artículo 35

Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Parte protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

²³⁹ Convenio 182, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 17 de junio de 1999, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312327 (13 de marzo de 2021).

Estos artículos se circunscriben a la protección que se debe proveer a niñas, niños y adolescentes en contra de las actividades ilícitas en materia de explotación comercial, es decir, la venta y la trata, ya sea en su vertiente laboral, sexual, o ambas, que redundan en lo que ahora llamamos formas de esclavitud análogas y que se enmarcan en el contexto de lo que la Organización Internacional del Trabajo señala como las peores formas de trabajo infantil, y que también están señaladas en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, de Naciones Unidas, en cuyo artículo 3o. se indica qué actividades quedan incluidas en el término “explotación”.²⁴⁰

Artículo 39

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Finalmente, este artículo sobre temas de recuperación y reinserción tiene aplicación específica en el campo de la atención a víctimas del delito y del abuso de poder. Se refiere a aquellas acciones que deben ser previstas e implementadas por el Estado para garantizar la protección integral de la niñez; es decir, las que deben dirigirse a restaurar las consecuencias de las conductas ilícitas o cualquier forma de tratos crueles, inhumanos o degradantes, violatorios de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en todas las esferas de su desarrollo y de su dignidad humana.

Así, podemos observar que la Convención sobre los Derechos del Niño contempla una estructura y contenidos que enmarcan todos los derechos humanos, y enfáticamente en relación con el relativo al acceso a una vida libre de violencia, con particular referencia a la protección de niñas, niños y adolescentes: primero, como sujetos de derechos; segundo, en atención a que tienen derecho a cuidados y asistencia especiales en razón de su falta de madurez física y mental; tercero, para garantizar el apropiado desarrollo integral y de su personalidad, y, por último, para generar condiciones que les permitan conocer, comprender y asumir responsablemente tanto sus derechos como sus deberes en su mejor interés.

²⁴⁰ Naciones Unidas, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños que Complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCbook-s.pdf>, p. 45 (10 de marzo de 2021).

Como indicamos antes, todo lo anterior es aplicable a la niñez migrante no acompañada, en atención al artículo 2o. de la misma Convención que condena cualquier distinción, restricción y exclusión al reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en virtud de cualquier condición atribuida a niñas, niños y adolescentes o a sus padres o representantes legales, como sería la calidad o condición de migrante irregular, refugiado o de solicitante de asilo.

Por el lado de la responsabilidad estatal, en términos de la Convención, es obligación de los Estados parte implementar todas las medidas necesarias en todos los ámbitos, tanto público como privado, ya sean medidas legislativas, administrativas, sociales, educativas y de investigación, para proteger contra toda forma de violencia, abuso y explotación, así como para reconocer, garantizar y hacer efectivos los derechos humanos de la infancia dentro de su territorio, independientemente de si se trata de nacionales o extranjeros.

En el mismo sentido, en los casos de niñez migrante irregular, acompañada a no acompañada, refugiada o solicitante de asilo, los Estados parte, como se ha podido observar, deben actuar en total apego y cumplimiento de los principios rectores, como el del interés superior y el de prioridad; en el caso de este grupo vulnerable, por la violencia cultural, directa y estructural que sufren, el de no discriminación y el de supervivencia, y, por supuesto, el de expresar su opinión y ser escuchado ante y por las autoridades competentes en virtud de su calidad de migrante no acompañado, refugiado o de solicitante de asilo.

Como se puede observar, la niñez constituye uno de los grupos por el que existe un interés inaplazable por proteger en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales, trabajando de forma especializada y particular sobre aquellos aspectos que se consideran más apremiantes ante las situaciones de vulnerabilidad a las que están expuestos, especialmente niñas y niños migrantes no acompañados, frente a la explotación sexual comercial, laboral, la pornografía y la prostitución, es decir, ante los fenómenos de la trata de personas.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos que nacen como respuestas en diferentes momentos, desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que contienen disposiciones para dar respuesta y atención a las necesidades de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en contextos de violencia, los veremos a continuación.

2. *Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños*²⁴¹

El Congreso se celebró teniendo como eje central prevenir y atender el problema de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes. Como resultado de los trabajos realizados durante el Congreso por los Estados participantes, todos parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, se expusieron las principales preocupaciones y aristas del problema y se lograron identificar los siguientes puntos de prioridad:

- Conceder una alta prioridad a la acción contra la ESCNNA y asignar los recursos adecuados para este fin;
- Promover una cooperación más sólida entre los Estados y todos los sectores sociales para prevenir la participación de los niños en el comercio sexual y reforzar el papel de la familia en la protección de los niños contra la Explotación Sexual Comercial;
- Promulgar el carácter delictivo de la ESCNNA, así como otras formas de explotación sexual, y condenar y castigar a todos los delincuentes implicados, ya sean locales o extranjeros, a la vez que se garantiza que las víctimas infantiles de estas prácticas quedan exoneradas de toda culpa;
- Examinar y revisar allí donde sea oportuno, la legislación, las políticas, los programas y las prácticas vigentes con el fin de eliminar la ESCNNA.
- Aplicar la legislación, las políticas y los programas para proteger a los niños frente a la Explotación Sexual Comercial y reforzar la comunicación y cooperación entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley;
- Promover la adopción, implementación, y disseminación de leyes, políticas y programas con el apoyo de los mecanismos pertinentes a nivel local, nacional y regional contra la ESCNNA.
- Desarrollar e Implementar planes y programas integrales, que incluyan las diferencias de género, para prevenir la ESCNNA y proteger y asistir a las víctimas infantiles con el fin de facilitar su recuperación y reintegración dentro de la sociedad;
- Crear un clima adecuado mediante la educación, la movilización social y las actividades de desarrollo para garantizar que los progenitores y otras personas legalmente responsables puedan cumplir sus derechos, obligaciones y responsabilidades para proteger a los niños frente a la explotación sexual y comercial;
- Movilizar a los políticos y otros aliados relevantes, las comunidades nacionales e internacionales, incluyendo las Organizaciones Intergubernamen-

²⁴¹ Celebrado en Estocolmo, Suecia, el 24 de agosto de 1996, disponible en: https://catedra.unescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Biblioteca/Perspectiva_genero_equidad/13..pdf (21 de octubre de 2022).

tales y No Gubernamentales, para ayudar a los países en la eliminación de la explotación sexual comercial de los niños; y

- Resaltar el papel de la participación popular, incluyendo a los propios niños, niñas y adolescentes, en la prevención y eliminación de la ESCNNA.

Desde entonces, junto a los tres Congresos Mundiales Celebrados, se han desarrollado un importante número de actuaciones de carácter internacional y regional con la intención de fortalecer los vínculos entre las redes dedicadas a la lucha contra la ESCNNA.²⁴²

Como resultado de los trabajos del Congreso se elaboraron dos documentos que no por no ser vinculatorios dejan de ser fundamentales para la protección de niñas, niños y adolescentes, especialmente de los migrantes no acompañados:

- 1) La Declaración de Estocolmo de 1996, que en su texto revela los retos y aspiraciones que se buscan con la aprobación de este documento:

Retos

Cada día que pasa, un número creciente de niños de todo el mundo son objeto de explotación y abusos sexuales. Es preciso poner fin a este fenómeno mediante una acción concertada a todos los niveles, local, nacional e internacional.

Todo niño o niña tiene derecho a una plena protección contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Esto está reafirmado en la Convención sobre los Derechos del Niño, un instrumento jurídico internacional de alcance universal (de la que son Estados Parte 191). La Convención exige a los Estados proteger a los niños frente a la explotación y los abusos sexuales y promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las víctimas infantiles.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, todas las acciones relacionadas con la infancia deberán tener como consideración prioritaria el interés superior del niño, y sus derechos deben garantizarse sin discriminación de ningún tipo. En todas las cuestiones concernientes a los niños, se concederá la debida ponderación al punto de vista del niño, de acuerdo con su edad y nivel de madurez.

La explotación sexual comercial de los niños es una violación fundamental de los derechos del niño. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la

²⁴² Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil (FAPMI): I Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños (ESCNNA), disponible en: <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=&subs=&cod=349&page=&v=2> (21 de octubre de 2022).

remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud.

La pobreza no puede ser esgrimida como excusa para la explotación sexual comercial de los niños, aunque de hecho ésta contribuya a la generación de un entorno que puede conducir a tal explotación. Entre la gama de otros factores contribuyentes más complejos se encuentran las disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas injustas, la desintegración familiar, la carencia de educación, el creciente consumismo, la migración rural-urbana, la discriminación de género, la conducta sexual masculina irresponsable y las prácticas tradicionales nocivas y el tráfico de niños. Todos estos factores exacerban la vulnerabilidad de niñas y niños frente aquellos que buscan utilizarlos con fines de explotación sexual comercial.

Los delincuentes y las redes delictivas intervienen en la búsqueda y canalización de los niños vulnerables hacia la explotación sexual comercial y la perpetuación de dicha explotación. Estos elementos criminales satisfacen la demanda del mercado del sexo creada por los clientes, especialmente hombres, que buscan la gratificación sexual ilegal con los niños. La corrupción y colusión, la ausencia de y/o legislación inadecuada, la laxitud en el cumplimiento de la ley y la limitada sensibilidad del personal encargado de la aplicación de la ley en relación con los efectos nocivos sobre los niños, constituyen un grupo de factores adicionales que conducen, directa o indirectamente a la explotación sexual comercial de los niños. Esta puede implicar acciones de personas individuales, o la organización en pequeña escala (familia y conocidos) o en gran escala (redes criminales).

La explotación sexual de los niños es practicada por una amplia gama de individuos y grupos a todos los niveles de la sociedad. Entre estos se encuentran intermediarios, familiares, el sector de negocios, proveedores de servicios, clientes, líderes comunitarios y funcionarios del gobierno, todos los cuales pueden contribuir a la explotación mediante la indiferencia, la ignorancia de las consecuencias nocivas sufridas por los niños o la perpetuación de actitudes y valores que consideran a los niños como mercancías económicas.

La explotación sexual comercial de los niños puede tener consecuencias graves, duraderas de por vida, e incluso mortales, para el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral y social de los niños, comprendida la amenaza de embarazo precoz, mortalidad materna, lesiones, retraso del desarrollo, discapacidades físicas y enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el VIH/SIDA. El derecho de todos los niños a disfrutar de su infancia y a llevar una vida productiva, gratificante y digna se ve seriamente comprometida.

Además de la existencia de leyes, políticas y programas para hacer frente a la explotación sexual comercial de los niños, se necesita una mayor voluntad

política, medidas de implementación más efectivas y una asignación adecuada de recursos para lograr la plena eficacia del espíritu y la letra de estas leyes, políticas y programas.

La tarea primordial de combatir la explotación sexual comercial de los niños es una responsabilidad de los Estados y la familia. La sociedad civil desempeña también un papel esencial en la prevención y la protección de los niños frente a la explotación sexual comercial. Por esta razón resulta imperativo la construcción de una sólida asociación entre los gobiernos, las organizaciones internacionales y todos los sectores sociales para contrarrestar tal explotación.

Compromisos

El Congreso Mundial, teniendo en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño, reitera su compromiso en favor de los derechos del niño y hace un llamamiento a todos los Estados en cooperación con las organizaciones nacionales e internacionales y la sociedad civil para cumplir con la Convención.²⁴³

2) El Programa de Acción del I Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños:

El Programa de Acción se propone destacar los compromisos internacionales existentes, identificar las prioridades para la acción y ayudar en la aplicación de los instrumentos internacionales pertinentes (véase Anexo I). A este respecto, hace un llamamiento para la acción de los Estados, todos los sectores sociales, y las organizaciones nacionales, regionales e internacionales contra la explotación sexual comercial de los niños.²⁴⁴

3. *Observación General número 6 y la protección contra la violencia*²⁴⁵

El Comité de los Derechos del Niño, responsable de la vigilancia y seguimiento de la Convención, en respuesta a los informes de los Estados parte, a los objetivos no alcanzados y a las preocupaciones que esto le ocasiona,

²⁴³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Cultura y la Ciencia, Declaración de la reunión realizada en Estocolmo con motivo del Congreso Mundial contra Explotación Sexual Comercial de los Niños, “Retos”, Estocolmo, 1996, disponible en: https://catedraunesco.dh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Biblioteca/Perspectiva_genero_equidad/13..pdf (21 de octubre de 2022).

²⁴⁴ *Ibidem*, numeral 1.

²⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, cit. nota 224 (13 de marzo de 2021).

se ha dado a la tarea de elaborar observaciones generales, las cuales cumplen con el fin de impulsar el cumplimiento y aplicación de la Convención por los Estados parte. Uno de los aspectos más preocupantes es el relativo a las formas de violencia que sufren niñas, niños y adolescentes, en nuestro caso los migrantes no acompañados, por lo que fue elaborada la Observación General número 6.

Este instrumento fue creado con la intención de proteger y garantizar los derechos y libertades fundamentales de las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, refugiados o solicitantes de asilo, en consideración a la situación de vulnerabilidad a que se enfrentan, con especial referencia al derecho a una vida libre de violencia en cualquiera de sus formas, las cuales veremos más adelante:

1. El objetivo de la presente observación general es poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de su familia, exponer la multiplicidad de problemas que experimentan los Estados y otros actores para conseguir que esos menores tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de los mismos, así como proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de los referidos menores a la luz de todo el contexto jurídico que representa la Convención de los Derechos del Niño (la “Convención”), con particular referencia a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y...²⁴⁶

2. La presente observación general responde también a la identificación por el Comité de una serie de lagunas en lo que concierne a la protección de estos menores, entre las que se citan mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y a la privación de libertad. También sufren con frecuencia discriminación y no tienen acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación. En cuanto a las menores no acompañadas y separadas de sus familias, están particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica...²⁴⁷

El derecho a la vida y a la supervivencia guardan una estrecha relación; el primero consiste no sólo en el nacimiento y el respeto, como hecho biológico y jurídico generador de derechos, sino en el acceso, de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, a las condiciones para vivir, expresar y disfrutar su infancia en un ambiente de felicidad, amor y com-

²⁴⁶ *Ibidem*, “Objetivos de la observación general”, p. 5.

²⁴⁷ *Idem*.

prensión, en congruencia con las etapas de desarrollo que correspondan a sus edades hasta antes de los 18 años, de conformidad con el artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño; el segundo, el derecho a la supervivencia y al desarrollo, es muy importante para que se logre materializar en el día a día el derecho a la vida. Consiste en la implementación de todas las medidas y acciones que promuevan y garanticen el cuidado de este grupo en situación de vulnerabilidad, en ambientes, sociedades y Estados en los que la dignidad humana, la aceptación, la tolerancia, la solidaridad, el respeto y la igualdad constituyan los valores o principios sobre los que descansen tanto su protección como su desarrollo integral, los cuales les permitirán crecer, convivir armónicamente y madurar hasta su etapa adulta, con arreglo al reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales en términos de la Convención.

En este orden de ideas, tanto el derecho a la vida como el de supervivencia y desarrollo se encuentran estrechamente vinculados y condicionados al relativo acceso y garantía a una vida libre de violencia en cualquiera de sus formas: “50. Los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la explotación y los malos tratos. Las niñas corren peligro mayor de ser objeto de trata, en especial para la explotación sexual”.²⁴⁸

Es así como los primeros se hacen accesibles, en este caso, para niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, separados de sus familias, solicitantes de refugio y/o de asilo, al implementarse acciones de protección, como las de prevenir, sancionar y erradicar cualquier forma de violencia, por ejemplo el abuso y/o la explotación sexual, laboral, o de ambas, así como los malos tratos:

d) El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6)

23. La obligación del Estado Parte en virtud del artículo 6 incluye la protección máxima posible contra la violencia y la explotación, que pondría en peligro el derecho del menor a la vida, la supervivencia y el desarrollo. Los menores separados y no acompañados están expuestos a diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte. Así pues, el artículo 6 exige la vigilancia de los Estados Parte a este respecto, especialmente en presencia del crimen organizado. Aunque la cuestión de la trata de menores queda fuera de la presente observación general, el

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 15.

Comité observa que existe a menudo una relación entre la trata y la situación de menor separado y no acompañado de familia.

24. El Comité considera que deben adoptarse disposiciones prácticas a todos los niveles para proteger a los menores contra los peligros descritos. Entre dichas disposiciones podrían incluirse la institución de procedimientos prioritarios aplicables a las menores víctimas de trata, el nombramiento sin demora de tutores, informar a los menores de los peligros que corren y la articulación de medidas para la observación de los menores particularmente expuestos. Estas medidas deben evaluarse periódicamente en términos de eficacia.²⁴⁹

V. RESPUESTA A NECESIDADES DE PROTECCIÓN GENERALES Y CONCRETAS

g) Prevención de la trata y de la explotación sexual y de otra naturaleza, así como de los malos tratos y de la violencia (artículos 34, 35 y 36).

4. *Observación General Conjunta número 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y número 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*²⁵⁰

La Observación General Conjunta número 3 tiene como uno de sus referentes la permanente preocupación de ambos comités por el problema de la violencia y de la explotación sexual infantil. Trata sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Para la elaboración de esta Observación los comités realizaron consultas entre los Estados miembros de la comunidad internacional, lo cual permite identificar la dirección que finalmente se dio al documento y que fijó el objetivo y alcance del mismo. Desarrollaremos los aspectos más significativos:

Objetivo y alcance de la observación general conjunta

7. El objetivo de la presente observación general conjunta es proporcionar una orientación autorizada sobre las medidas legislativas y de políticas y otras

²⁴⁹ *Ibidem*, “Principios aplicables”, p. 9.

²⁵⁰ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, Observación General Conjunta núm. 3, Naciones Unidas, 2017, disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrMuIHhdD50s6dX7ewCBgofxxT0l9nDrP0z0mv2jWNaojC%2BVTjKXbM%2BLBK73cdvwxz3H1GfjdfL8QT6uU8jBdI4XsyYjHHB%2FUA7Zup2j3%2BDxD> (21 de octubre de 2022).

medidas apropiadas que deben adoptarse para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de las Convenciones a fin de proteger plenamente los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional.

8. Los Comités reconocen que el fenómeno de la migración internacional afecta a todas las regiones del mundo y a todas las sociedades y, cada vez más, a millones de niños. Aunque la migración puede ser positiva para personas, familias y comunidades más amplias de los países de origen, tránsito, destino y retorno, las causas de la migración, en particular la migración en condiciones no seguras o irregular, a menudo están directamente relacionadas con violaciones de los derechos humanos, incluidos los derechos del niño reconocidos en varios tratados de derechos humanos, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño.

9. La presente observación general conjunta trata de los derechos humanos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, ya sea que hayan migrado con sus padres o cuidadores habituales, no vayan acompañados o estén separados, hayan regresado a su país de origen, hayan nacido de padres migrantes en los países de tránsito o de destino, o permanezcan en su país de origen mientras que uno o ambos padres han migrado a otro país, y con independencia de su situación o la de sus padres en materia de migración o residencia (situación de residencia). El principio de no discriminación de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados partes a respetar y garantizar los derechos enunciados en la Convención a todos los niños, ya sean considerados, entre otras cosas, migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas o víctimas de la trata, inclusive en situaciones de devolución o expulsión al país de origen, y con independencia de la nacionalidad, la situación de residencia o la apatridia del niño o de sus padres o tutores.

10. La presente observación general conjunta debe leerse en conjunción con otras observaciones generales en la materia publicadas por los Comités; partiendo de esas observaciones generales y la evolución de los problemas a que se enfrentan los niños en el contexto de la migración internacional, debe leerse también como una orientación autorizada de los Comités en cuanto a los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional.²⁵¹

La Observación se guía por un conjunto de principios relativos a la protección y garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, que aplican especialmente para los no acompañados y que se refieren a la obligación de reconocer y aplicar eficazmente los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Especialmente en relación con

²⁵¹ *Ibidem*, apartado B, pp. 3 y 4.

el interés superior del niño, obliga a los Estados, tanto en lo público como en lo privado, a que a través de sus actores, tales como los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, garanticen el goce, ejercicio y justiciabilidad de sus derechos, empezando por determinar efectivamente el interés superior del niño y que se tome éste como consideración primordial en todas las acciones, resoluciones y/o medidas que afecten a los niños. Creemos que debe considerarse esto con especial importancia en los casos de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados por su condición de vulnerabilidad.

Respecto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, se enfatiza sobre las obligaciones que tienen los Estados y sus actores de priorizar la protección y el cuidado de niñas, niños y adolescentes migrantes, en especial tratándose de los no acompañados, en los aspectos físicos, mentales, morales, espirituales y sociales de su vida durante su tránsito y proceso migratorios:

Los niños no acompañados y separados pueden enfrentarse a mayores vulnerabilidades y pueden estar más expuestos a riesgos, como formas de violencia por motivo de género, violencia sexual y otras formas de violencia y trata con fines de explotación sexual o laboral. Los niños que viajan con sus familias a menudo también son testigos de actos de violencia y los sufren. Aunque la migración puede ofrecer oportunidades de mejorar las condiciones de vida y escapar de los abusos, los procesos de migración pueden plantear riesgos, como el daño físico, el trauma psicológico, la marginación, la discriminación, la xenofobia y la explotación sexual y económica, la separación de la familia, las redadas contra la inmigración y la detención. Al mismo tiempo, los obstáculos a que pueden enfrentarse los niños para acceder a la educación, a una vivienda adecuada, a alimentos y agua aptos para el consumo suficientes o a los servicios de salud pueden afectar negativamente al desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños migrantes y los niños que son hijos de migrantes.²⁵²

La no discriminación se considera un elemento esencial para garantizar un nivel y condiciones de vida adecuadas, sobre todo lo relacionado a niñas, niños y adolescentes migrantes. Debe prevenirse, sancionarse y erradicarse cualquier práctica, tanto en lo público como en lo privado, cualquier exclusión, limitación o distinción que limite el goce y ejercicio de sus derechos por razón de su edad, género, identidad de género u orientación sexual, origen étnico o nacional, discapacidad, religión, situación económica, situaciones como la migratoria irregular o la apatridia;

²⁵² *Ibidem*, numeral III, párr. 40, p. 12.

por razón de raza, color, estado civil o situación familiar, estado de salud u otras condiciones sociales, actividades, opiniones o creencias. Por ello, los Estados están igualmente obligados a tomar todas las medidas para garantizar lo anterior:

El principio de no discriminación será el centro de todas las políticas y procedimientos de migración, incluidas las medidas de control de fronteras, e independientemente de la situación de residencia de los niños o de sus padres. Toda diferencia de trato que se aplique a los migrantes será conforme a derecho y proporcionada, en busca de un fin legítimo y ajustada al interés superior del niño y las normas y estándares internacionales de derechos humanos. Del mismo modo, los Estados Parte deben velar por que los niños migrantes y sus familias se integren en las sociedades de acogida mediante la observancia efectiva de sus derechos humanos y el acceso a los servicios en igualdad de condiciones con los nacionales.²⁵³

El derecho que tienen a ser escuchados y tomar en cuenta su opinión en los asuntos que les afecten es una obligación del Estado y sus actores, así como la de tomar todas las medidas para garantizar y hacer justiciable este derecho:

35. El Comité de los Derechos del Niño, en su observación general núm. 12, subraya que, en el contexto de la migración internacional, deben aplicarse medidas adecuadas para garantizar el derecho del niño a ser escuchado, ya que los niños que llegan a un país pueden encontrarse en una situación especialmente vulnerable y desfavorecida. Por ese motivo, es fundamental aplicar medidas para hacer plenamente efectivo su derecho a expresar sus opiniones sobre todos los aspectos que afectan a sus vidas, especialmente como parte esencial de los procedimientos de inmigración y asilo, y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta. Los niños pueden tener sus propios proyectos de migración y factores que los impulsan a migrar, y las políticas y decisiones no pueden ser eficaces ni adecuadas sin su participación. El Comité también pone de relieve que se debe proporcionar a esos niños toda la información pertinente, entre otras cosas, sobre sus derechos, los servicios disponibles, los medios de comunicación, los mecanismos de denuncia, los procesos de inmigración y asilo y sus resultados. La información debe proporcionarse en el propio idioma del niño en tiempo oportuno, de una manera adaptada a él y apropiada a su edad, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos.

²⁵³ *Ibidem*, numeral III, párr. 22, p. 6.

36. Los Estados Parte deben designar a un representante legal cualificado para todos los niños, incluidos los que están bajo cuidado parental, y un tutor capacitado para los niños no acompañados y separados, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito. Deben garantizarse mecanismos de denuncia accesibles para los niños. A lo largo de todo el proceso, debe ofrecerse a los niños la posibilidad de contar con un traductor para que puedan expresarse plenamente en su idioma materno o recibir apoyo de una persona familiarizada con el origen étnico y el contexto religioso y cultural del niño.²⁵⁴

Por último, el principio relativo a la no devolución, por el riesgo para la vida, la integridad y la supervivencia que ello implica, especialmente cuando no están acompañados por un adulto responsable de su guarda y custodia:

45. Los Estados Parte deben respetar las obligaciones de no devolución resultantes del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho de los refugiados y el derecho internacional consuetudinario. Los Comités resaltan que el principio de no devolución ha sido interpretado por órganos internacionales de derechos humanos, tribunales regionales de derechos humanos y tribunales nacionales como una garantía implícita derivada de las obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. Prohíbe a los Estados expulsar de su jurisdicción a las personas, con independencia de su situación de residencia o en materia de nacionalidad, asilo u otra condición, cuando correrían el riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar, como persecución, tortura, violaciones graves de los derechos humanos u otro daño irreparable.

46. Preocupa a los Comités el hecho de que algunos Estados Parte deciden reconocer una definición restrictiva del principio de no devolución. Los Comités ya han apuntado que los Estados no rechazarán a un niño en una frontera ni lo trasladarán a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable, por ejemplo, pero no solo, del tipo de los contemplados en los artículos 6, párrafo 1, y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser trasladado ulteriormente. Las obligaciones antedichas de no devolución son aplicables con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción de los Estados parte.

47. Los Comités recuerdan que artículo 22, párrafo 1, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores

²⁵⁴ *Ibidem*, numeral III, apartado C, p. 11.

Migratorios y de sus Familiares y otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos prohíben las expulsiones colectivas.²⁵⁵

En general, en todos los aspectos desarrollados en la Observación General número 3 es un imperativo tomar todas las medidas necesarias para proteger todos los derechos y la seguridad personal de niñas, niños y adolescentes migrantes, de forma preponderante en relación con los que no están acompañados en todo el camino y proceso migratorio:

Los Estados deben adoptar medidas, incluidos instrumentos legislativos y otros instrumentos de políticas, a fin de garantizar que esos principios se respeten en la práctica y se incorporen en todas las políticas que afectan a los niños en el contexto de la migración internacional, y en la interpretación y el análisis de las obligaciones específicas que se aclaran en la observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.²⁵⁶

Por cuanto a la cooperación internacional, es un aspecto relevante en tanto repercute en los acuerdos bilaterales y/o regionales, así como en las políticas públicas, especialmente las fronterizas de los Estados:

Los Comités destacan que una interpretación global de las Convenciones debe conducir a los Estados parte a impulsar la cooperación bilateral, regional y mundial a fin de garantizar los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, teniendo en cuenta la orientación establecida en la presente observación general conjunta.

49. Los Comités reconocen la importancia de que se coordinen las labores entre los países de origen, tránsito, destino y retorno, y sus funciones y responsabilidades para satisfacer las necesidades de los niños en el contexto de la migración internacional y salvaguardar sus derechos, siendo una consideración primordial el interés superior del niño.

50. Los Comités reafirman que, en todos los acuerdos de cooperación internacionales, regionales o bilaterales sobre gestión de fronteras y gobernanza de la migración, deben tomarse en consideración debidamente los efectos de esas iniciativas sobre los derechos de los niños y deben hacerse las adaptaciones que sean necesarias para promover los derechos del niño.²⁵⁷

²⁵⁵ *Ibidem*, numeral III, apartado E, p. 14.

²⁵⁶ *Ibidem*, numeral III, párr. 19, p. 6.

²⁵⁷ *Ibidem*, numeral IV, pp. 14 y 15.

5. *Observación General Conjunta número 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y número 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*²⁵⁸

En este caso, se trata de un instrumento no convencional, mas considerando el principio de buena fe que rige en el derecho internacional y en aras de cumplir con lo dispuesto en las convenciones ratificadas por los Estados parte, resulta fundamental en la protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados o no acompañados:

Las observaciones generales de los distintos órganos creados en virtud de los tratados, emitidas hasta el momento, abordan ciertas temáticas relevantes sobre alguna materia que protege el tratado o se dirige hacia alguna de sus disposiciones específicas, con la finalidad de prestar asistencia a los Estados Parte en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del respectivo tratado.²⁵⁹

De la lectura del preámbulo de la Observación General número 4 se observa claramente que resulta fundamental el trabajo conjunto de los dos comités con el fin de sistematizar y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes y de atender las condiciones de vulnerabilidad que los aquejan, regulando así las obligaciones jurídicas de los Estados parte para protegerlos:

1. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos del Niño contienen obligaciones jurídicamente vinculantes que se refieren en general y en términos específicos a la protección de los derechos

²⁵⁸ Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, Observación General Conjunta núm. 4, Naciones Unidas, 2017, disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPpRiCAqhKb7yhsrMuIHhdD50s6dX7ewCBgoc3aRFSDe0ukyIghiffFs8NFJpDIcsdGEr4T%2BmbDO7iNYXSWVe%2BjSITphZ5jYuK5qGvc0TKLZHxGpZKNXFx3USA> (24 de marzo de 2022).

²⁵⁹ Castañeda, Mireya, *Compilación de tratados y observaciones generales del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas. Estudio preliminar*, Colección CNDH, México, 2015, p. 20, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4804/1.pdf> (24 de marzo de 2022).

humanos de los niños y los migrantes. Ambas Convenciones contienen varias disposiciones que estipulan obligaciones concretas relacionadas con los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.²⁶⁰

En su párrafo F, relativo a las formas de violencia de las que son víctimas las niñas, niños y adolescentes, como la trata de personas y la explotación en cualquiera de sus formas, la Observación señala las obligaciones de los Estados parte para proteger a la niñez migrante, incluyendo a los no acompañados, así como a los que pertenecen a los grupos LGTBIQ+ por ser más vulnerables a este tipo de violencia y prácticas:

39. Los niños en el contexto de la migración internacional, en particular los indocumentados, apátridas, no acompañados o separados de sus familias, son especialmente vulnerables, durante todo el proceso migratorio, a diferentes formas de violencia...

40. [...] la falta de suficientes canales de migración seguros, ordenados, accesibles y asequibles o la ausencia de sistemas adecuados de protección de la infancia, hacen que los niños migrantes y solicitantes de asilo, incluidos los no acompañados o separados de sus familias, sean especialmente vulnerables a los actos de violencia y malos tratos durante su migración y en los países de destino.

41. Es esencial que los Estados adopten todas las medidas necesarias para prevenir... las peores formas de trabajo infantil, incluidas todas las formas de trata, explotación sexual comercial, utilización de niños en actividades ilícitas como la mendicidad, y trabajos peligrosos, y protegerlos de la violencia y la explotación económica... Deben tomarse medidas adicionales para hacer frente a la especial vulnerabilidad de las niñas y los niños, incluidos los que puedan tener una discapacidad, así como los niños y niñas que son lesbianas, gais, bisexuales, transgénero o intersexuales, y que pueden ser objeto de trata con fines de explotación y abusos sexuales.

Hace un especial énfasis en las políticas migratorias abusivas y perjudiciales sobre el interés superior del niño y la protección de la niñez migrante, señalando la obligación de los Estados parte de tomar las medidas que sean necesarias para revertir este tipo de prácticas por parte de los Estados, que ponen en riesgo la integridad y la vida de niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados o no acompañados:

²⁶⁰ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, *cit.*, p. 1.

42. [...] los hace más vulnerables a la violencia y a la explotación laboral y otros tipos de explotación y abuso, y puede ser el resultado de políticas que dan prioridad a la detección de migrantes en situación irregular en vez de a su protección frente a la violencia, el maltrato y la explotación, lo que hace a los niños más vulnerables a las experiencias de violencia y puede convertirlos en testigos de actos de violencia contra algún familiar. Entre otras medidas, debe asegurarse la existencia de separaciones efectivas entre los servicios de protección de la infancia y las autoridades de inmigración.

Establece una relación puntual de cuáles son las medidas y acciones que deben tomar los Estados parte para garantizar una vida libre de violencia y el derecho a la vida, entendiendo que éste se actualiza al garantizar y proteger a niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados o no acompañados, “...a no ser objeto de acciones u omisiones que causen o puedan causar una muerte no natural o prematura y a disfrutar de una vida digna”.²⁶¹

43. Respecto de los niños migrantes sobre los que hay indicios de trata, venta u otras formas de explotación sexual o que pueden correr riesgo de sufrir tales actos o ser objeto de un matrimonio infantil, los Estados deben adoptar las medidas siguientes:

Establecer rápidas medidas de identificación para detectar a las víctimas de la venta, la trata y el abuso, así como mecanismos de remisión, y a este respecto impartir formación obligatoria a los trabajadores sociales, la policía de fronteras, los abogados, los médicos y todos los demás funcionarios que estén en contacto con niños.

Cuando existan diferentes estatutos migratorios, aplicar el más protector (es decir, el asilo o la residencia por razones humanitarias) y la concesión de dicho estatuto debe determinarse caso por caso de conformidad con el interés superior del niño.

Asegurarse de que la concesión del permiso de residencia o de la asistencia a los niños migrantes víctimas de la venta, la trata u otras formas de explotación sexual no dependa del inicio de ningún procedimiento penal ni de su cooperación con las autoridades encargadas de aplicar la ley.

²⁶¹ Comité de Derechos Civiles y Políticos, Observación General núm. 36, 2019, numeral 3, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/261/18/PDF/G1926118.pdf?OpenElement> (24 de marzo de 2022). Del mismo modo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que “...existe transgresión al derecho a la vida por parte del Estado... cuando éste no adopta las medidas razonables y necesarias tendientes a preservarla, a minimizar el riesgo de que se pierda en manos del Estado...”; véase “DERECHO A LA VIDA. SUPUESTOS EN QUE SE ACTUALIZA SU TRANSGRESIÓN POR PARTE DEL ESTADO”, Tesis 163169. P. LXI/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XXXIII, enero de 2011, p. 24, disponible en: <https://www.catalogoderechoshumanos.com/163169-2/> (24 de marzo de 2022).

44. Además, los Estados deben tomar las medidas siguientes para garantizar la protección plena y efectiva de los niños migrantes contra todas las formas de violencia y maltrato:

Adoptar medidas efectivas para que estén protegidos frente a cualquier forma de esclavitud y explotación sexual comercial y a su utilización para actividades ilícitas o en cualquier trabajo que ponga en peligro su salud, seguridad o moral, entre otras formas suscribiendo los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo.

Adoptar medidas efectivas para protegerlos frente a todas las formas de violencia y maltrato, independientemente de su situación migratoria.

Reconocer y abordar las situaciones de vulnerabilidad por razones de género de las niñas y los niños y los menores con discapacidad que son víctimas potenciales de la trata con fines de explotación sexual, laboral y de otros tipos.

Garantizar la protección global, los servicios de apoyo y el acceso a mecanismos efectivos de reparación, incluida la asistencia psicosocial y la información acerca de estos recursos, para los niños migrantes y sus familias que denuncien casos de violencia, abuso o explotación a la policía u otras autoridades pertinentes, cualquiera que sea su situación migratoria; los niños y los padres deben poder presentar denuncias de manera segura a la policía u otras autoridades en su condición de víctimas o testigos sin ningún riesgo de que por ello se les apliquen las normas sobre inmigración. Reconocer el papel importante que pueden desempeñar los servicios sociales y las organizaciones de la sociedad civil en la protección de los niños migrantes.

Formular políticas integrales encaminadas a abordar las causas profundas de todas las formas de violencia, explotación y maltrato contra niños migrantes, asignando recursos suficientes para su aplicación apropiada.

De todo lo anterior se rescata la importancia de la protección que se debe a niños, niñas y adolescentes migrantes, acompañados o no acompañados, identificando que ésta se debe entender en relación con dos situaciones claras y precisas de vulnerabilidad: debido a la edad, relacionada con la condición de madurez, y por su calidad de migrantes.

6. *Trata de personas – condición de venta, prostitución y pornografía*

Los instrumentos internacionales de derechos humanos que nacen como respuestas en diferentes momentos, desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, para la atención de estas problemáticas son: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los

Niños en la Pornografía; el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, estableciendo definiciones, medidas que garanticen la seguridad jurídica en la protección contra estas prácticas ilícitas y nocivas ejercidas contra la niñez, y, finalmente, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

La trata de personas se encuentra entre los delitos calificados como del crimen organizado,²⁶² y tiene como un elemento fundamental que se obtiene un beneficio económico.

*A. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*²⁶³

Este protocolo condena terminantemente la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantiles y define cada una de estas actividades:

Artículo 2. A los efectos del presente Protocolo:

a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;

²⁶² El crimen organizado se explica como aquel que es realizado por grupos de personas que realizan conductas ilícitas punibles con el fin de obtener un beneficio económico; así, en el artículo 2o. de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (UNTOC) se define al grupo criminal organizado en el mismo sentido que lo define la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en su artículo 2o., fracción III, que a la letra dice: “Artículo 2. Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”: III. Tráfico de indocumentados; V. Corrupción de menores de 18 años; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad; tráfico de menores, y VI. Delitos en materia de trata de personas, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Crimen organizado transnacional”, disponible en: <https://www.unodc.org/ropan/es/organized-crime.html> (06 de agosto de 2021).

²⁶³ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/263, 25 de mayo de 2000, disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/571/file/CDN.pdf> (13 de marzo de 2021).

- b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

De igual forma, establece la obligación de los Estados parte de generar condiciones de seguridad para la infancia, constriñendo a éstos a todas las medidas y acciones necesarias para identificar, prevenir, sancionar y erradicar este tipo de prácticas ilícitas, y hace énfasis para este efecto en lo que denominaríamos un marco conceptual que no deja lagunas jurídicas en cuanto a los aspectos a regular y proteger, para garantizar el ejercicio y goce de sus derechos, en este caso, a niñas y niños migrantes no acompañados:

Artículo 3

1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

- a) [...] con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:
 - i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:
 - a) Explotación sexual del niño;
 - b) Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;
 - c) Trabajo forzoso del niño;
 - ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;
 - b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;
 - c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.
2. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Parte, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.

La persecución de estos delitos va más allá del ámbito local de los Estados, ya que se prevé la posibilidad de promover tratados y acciones de extradición para investigar y sancionar los ilícitos, para lo cual deberán prestarse asistencia:

Artículo 5

1. Los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Parte, y se incluirán como delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro, de conformidad con las condiciones establecidas en esos tratados.

Artículo 6

1. Los Estados Parte se prestarán toda la asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3, en particular asistencia para la obtención de todas las pruebas necesarias para esos procedimientos que obren en su poder.

*B. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños*²⁶⁴

Este Protocolo contiene disposiciones que permiten establecer un marco que garantice seguridad jurídica tanto para las víctimas como para la prevención, sanción y erradicación de los ilícitos de trata, el cual resulta fundamental en el caso de niñas y niños migrantes no acompañados en lo particular.

En primer lugar, este Protocolo dispone las bases para su interpretación y su relación con la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en virtud de los alcances jurídicos y territoriales de estos ilícitos, señalando que para efectos de este Protocolo los delitos tipificados en él se considerarán igualmente tipificados de acuerdo con lo establecido en la Convención, para efectos de la transaccionalidad:

Artículo 1

1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará conjuntamente con la Convención.

2. [...]

3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

²⁶⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 15 de noviembre de 2000, disponible en: https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf (13 de marzo de 2021).

El Protocolo señala que tiene como fin apoyar y asistir a la prevención, sanción y erradicación de la trata de mujeres, niñas y niños en el mundo, para lo cual implementará las acciones prioritarias que sean necesarias, entre las que se encuentran la de asistir a las víctimas de trata para garantizar el reconocimiento, ejercicio y goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales:

Artículo 2. Los fines del presente Protocolo son:

- (a) Prevenir y combatir la trata de personas, con especial atención a las mujeres y los niños;
- (b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y
- (c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

Proporciona un marco de definiciones que permiten crear seguridad jurídica ante el reconocimiento y tipificación de las conductas ilícitas que integran los ilícitos de trata:

Artículo 3

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.

En cuanto a qué se debe entender por “grupo delictivo”, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional señala que, de conformidad con el artículo 2o.,

a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

c) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.²⁶⁵

Finalmente, el Protocolo establece en su artículo 5o. cuándo y en qué circunstancias será punible la participación de individuos en los grupos delictivos organizados:

Artículo 5

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

Las razones por las que niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados se constituyen en víctimas de estos grupos criminales en la modalidad del delito de trata de personas son, como siempre, aquellas que por las tratan de superar las condiciones que no ofrecen oportunidades ni calidad para una vida con desarrollo, paz, dignidad humana; en general, para una vida libre de violencia.

En este sentido, el artículo 6o. señala las medidas a adoptarse para proteger y proveer asistencia a las víctimas de trata, como son niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, y al efecto indica:

²⁶⁵ Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Viena, ONU, 2004, pp. 13 y 14, disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> (13 de marzo de 2021).

1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.

2. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda: a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes; b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:

a) Alojamiento adecuado;

b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;

c) Asistencia médica, psicológica y material; y

d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación

4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.

5. Cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.

6. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.

Finalmente, mencionaremos aquellas acciones a considerar por los Estados parte para regularizar la situación migratoria y, en su caso, repatriación de las víctimas de trata de personas; en nuestro caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados:

Artículo 7

1. Además de adoptar las medidas previstas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda.

2. Al aplicar la disposición contenida en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte dará la debida consideración a factores humanitarios y personales.

Artículo 8

1. El Estado Parte del que sea nacional una víctima de la trata de personas o en el que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor facilitará y aceptará, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad.

2. Cuando un Estado Parte disponga la repatriación de una víctima de la trata de personas a un Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor, velará por que dicha repatriación se realice teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona es una víctima de la trata, y preferentemente de forma voluntaria.

3. Cuando lo solicite un Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si la víctima de la trata de personas es uno de sus nacionales o tenía derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor.

4. A fin de facilitar la repatriación de toda víctima de la trata de personas que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.

5. El presente artículo no afectará a los derechos reconocidos a las víctimas de la trata de personas con arreglo al derecho interno del Estado Parte receptor.

6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier acuerdo o arreglo bilateral o multilateral aplicable que rija, total o parcialmente, la repatriación de las víctimas de la trata de personas.

Como se puede observar de lo anterior, al igual que como también se expresa en la Declaración y Programa de Acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niños,²⁶⁶ la trata de personas, en su modalidad de trata

²⁶⁶ *Declaración y Programa de Acción de la reunión realizada en Estocolmo con motivo del Congreso Mundial contra Explotación Sexual Comercial de los Niños*, Estocolmo, 24 de agosto de 1996, disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/documentos-t/322-otros-documentos/3264-declaracion->

de niñas, niños y adolescentes, incluye aquellas prácticas que se han dado en llamar “explotación sexual comercial” y que consisten en:

- 1) La utilización de niños y niñas en actividades sexuales remuneradas, en efectivo o en especie, (conocida comúnmente como prostitución infantil) en las calles o en el interior de establecimientos, en lugares como burdeles, discotecas, salones de masaje, bares, hoteles y restaurantes, entre otros;
- 2) La trata de niños, niñas y adolescentes con fines de explotación sexual;
- 3) El turismo sexual infantil;
- 4) La producción, promoción y distribución de pornografía que involucra niños, niñas y adolescentes, y
- 5) El uso de niños en espectáculos sexuales (públicos o privados).²⁶⁷

Los Estados parte, en la lucha contra esta clase de ilícitos, acuerdan tomar medidas y se obligan a implementarlas formalmente, al quedar señaladas de forma precisa y desarrolladas en el articulado del Protocolo; entre otras podemos señalar aquellas para la prevención de la trata, en cualquiera de sus modalidades; el intercambio de información y la capacitación; las medidas fronterizas; la seguridad y control de los documentos; la legitimidad y validez de los documentos, y la solución de controversias.

*C. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*²⁶⁸

El tráfico ilícito de migrantes, en este caso de niñas, niños y adolescentes, especialmente de los no acompañados, constituye una de las perores formas de violaciones a los derechos humanos y libertades fundamentales en el mundo actual, independientemente de cuál sea el fin que se persiga con él, ya que se vulneran sus derechos, y es deber del Estado garantizar la protección a la vida, a la integridad física, mental o moral, así como a la

y-programa-de-accion-de-estocolmo-primer-congreso-mundial-contra-la-explotacion-sexual-comercial-de-los-ninos-1996 (27 de septiembre de 2021), y en https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Biblioteca/Perspectiva_genero_equidad/13..pdf (27 de septiembre de 2021).

²⁶⁷ Organización Internacional del Trabajo, “Explotación sexual comercial infantil”, *cit.*, nota 180 (18 de agosto de 2021).

²⁶⁸ Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2004 pp. 43-54, disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> (09 de abril de 2022).

libertad y a una vida libre de violencia, por las características y las consecuencias que implican los traslados de los migrantes. El tráfico ilícito de migrantes se encuentra estrechamente vinculado a otras actividades delictivas, como la trata y la explotación, que se encuentran reconocidas o tipificadas en este Protocolo: “El traslado de personas de un país a otro o su importación a un país por vías que evaden deliberadamente las leyes migratorias, generalmente con fines de lucro o con el objetivo de obtener algún otro beneficio material”.²⁶⁹

La creación del Protocolo persigue fortalecer la cooperación entre los Estados de la comunidad internacional para prevenir, sancionar y erradicar el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, tanto en el ámbito internacional como en el regional y el nacional. Del mismo modo, pretende proteger los derechos humanos de los migrantes y asegurar un trato humano para ellos, y complementar el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En el artículo 1o. nos provee los criterios de aplicación de este instrumento internacional de derechos humanos, destacando el numeral 3, que se refiere a la tipificación de los delitos objeto del Protocolo:

Artículo 1. Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada.

1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.

2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán *mutatis mutandis* al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.

3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Además, establece los conceptos y elementos esenciales que permitirán la articulación y aplicación del Protocolo, identificando los diferentes mecanismos que en la práctica son usados para el traslado ilícito de migrantes, fundamentalmente por tierra, mar y aire:

Artículo 3

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea na-

²⁶⁹ *Diccionario jurídico y social*, disponible en: <https://diccionario.leyderecho.org/trafico-de-personas/> (09 de abril de 2022).

cional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;

b) Por “entrada ilegal” se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor;

c) Por “documento de identidad o de viaje falso” se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad:

i) Elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; o

ii) Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o

iii) Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo;

e) Por “buque” se entenderá cualquier tipo de embarcación, con inclusión de las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, que se utilice o pueda utilizarse como medio de transporte sobre el agua, excluidos los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por éste y que en ese momento se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales.

Igualmente, establece las circunstancias de tiempo, modo y lugar para indicar el ámbito de aplicación del Protocolo e identificar tanto a los delitos que serán objeto de éste como a las víctimas de dichos delitos:

Artículo 4

A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos.

En orden a reconocer las diferentes causas que llevan a los migrantes a encontrarse en situaciones de traslado ilícito transnacional, en el Protocolo se establece que no habrá responsabilidad penal imputable a éstos en los casos en que en dichos traslados sean detenidos y se encuentren en los supuestos tipificados por el Protocolo: “Artículo 5. Los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo”.

Hace una prelación clara y precisa de aquellas conductas que son ilícitas y que se tipifican con arreglo a este Protocolo, con el objeto de perseguir-

las, investigarlas y sancionarlas, para, por un lado, prevenir y erradicar estas prácticas y, por otro, reivindicar los derechos humanos de los migrantes y los daños causados:

Artículo 6

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

- a) El tráfico ilícito de migrantes;
- b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:
 - i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;
 - ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento;
- c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del presente artículo;

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que:

a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o

b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.

Las demás disposiciones del Protocolo se refieren a la regulación de las medidas y cláusulas de protección que deben tomar los Estados parte en el caso específico del tráfico ilícito de migrantes por mar, y de las medidas de prevención, cooperación y otras aplicables en todos los casos y modalidades de tráfico ilícito de migrantes; por ejemplo, el intercambio de información, medidas fronterizas, seguridad y control de los documentos, legitimidad y validez de los documentos, capacitación y cooperación técnica, medidas de protección y asistencia, así como las relativas a la repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito.

