

CAPÍTULO SEGUNDO

CONDICIONES DE VULNERABILIDAD QUE PRODUCEN AL NIÑO SACER

I. VULNERABILIDAD Y NIÑEZ MIGRANTE

1. *Entendiendo la vulnerabilidad*

Se entiende por vulnerabilidad la mayor susceptibilidad de algunos grupos humanos frente a situaciones de riesgo en la sociedad, generada por la concurrencia de ciertas condiciones sociales y económicas que los sitúan en posición de desventaja en determinados aspectos frente al resto de la población.¹ Por ejemplo, se puede señalar que se encuentran en situación de vulnerabilidad los niños, las personas presas o privadas de su libertad, aquellas que tienen alguna discapacidad, los migrantes irregulares, las personas en situación de extrema pobreza, los enfermos graves, las personas de la tercera edad que no se valen por sí mismas, etcétera.

Los supuestos de vulnerabilidad responden a ciertas condiciones de carácter personal (físicas o psíquicas), social (pertenencia circunstancial o permanente a determinados colectivos), económico, jurídico-administrativo, o bien, como la mayoría de las veces ocurre, a la concurrencia de varias de ellas (por ejemplo, niño migrante, trabajadora migrante embarazada). La vulnerabilidad puede responder a razones de hecho (personas que teniendo legalmente reconocido un derecho ven impedido o dificultado su pleno disfrute debido a la concurrencia de circunstancias fácticas), lo que no excluye la existencia de razones de derecho que confluyen con aquéllas incrementando su efecto. Es decir, la propia ley (o resolución judicial) puede prohibir o restringir el ejercicio de derechos a ciertas personas, o exigir para su ejercicio determinados requisitos de los que algunas personas care-

¹ Uribe Arzate, E. y González Chávez, L., “La protección jurídica de las personas vulnerables”, *Revista de Derecho* 27, 2007; véase también Bustelo, Eduardo, *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina*, Bogotá, UNICEF-Fondo de Cultura Económica, 1986.

cen —como un permiso de residencia— conduciéndolas así a situaciones de vulnerabilidad.²

Mariño plantea el concepto de “vulnerabilidad especial” para referirse al hecho de que ciertos grupos de personas, incluyendo aquellas que integran grupos humanos diferenciados, encuentran en muchas sociedades obstáculos sociales y jurídicos graves y específicos que les impiden alcanzar y ostentar un ámbito de titularidad de derechos y una amplitud y profundidad en su goce equivalentes a los que poseen el resto de los ciudadanos, y que, en cualquier caso, sean los adecuados a lo que exige el respeto a la dignidad propia de una persona en su situación.³ Como expresa Carmona: “...es difícil definir de forma exhaustiva cuáles son estas categorías de personas especialmente vulnerables puesto que, dependiendo de las circunstancias de cada país o momento histórico concreto, esas categorías serán distintas”.

Según Alexy,⁴ las normas de derechos humanos son principios y, por tanto, mandatos de optimización destinados a aplicarse con la mayor amplitud que las posibilidades fácticas y jurídicas permitan. Entonces, en una situación de vulnerabilidad estaría presente una merma continuada en las posibilidades fácticas y/o jurídicas de aplicación de los derechos-principios, que conllevaría a dependencia y desprotección. De este modo, en términos jurídicos se puede considerar que una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad cuando padece de una imposibilidad o dificultad agravada para el ejercicio de sus derechos humanos, que le genera vínculos de dependencia y una mayor susceptibilidad a la discriminación. La vulnerabilidad jurídicamente significativa está sometida a una gran dosis de relatividad espacio-temporal, sociocultural y económica. Asimismo, la vulnerabilidad tiene grados, y puede presentarse de forma más o menos intensa, siempre a partir de un mínimo de severidad exigible para considerar que existe.

La vulnerabilidad entraña relaciones de dependencia, que se caracterizan por la necesidad de intervención de un tercero, ya sea un particular o un ente público o privado, que disminuya el déficit de autonomía que la vulnerabilidad conlleva, ya sea ejerciendo los derechos en nombre o a favor

² Alonso Sanz, Lucía, *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Madrid, UCM, 2015, p. 83.

³ Mariño Menéndez, Fernando, “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo”, en Mariño Menéndez, Fernando y Fernández Liesa, Carlos (ed.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 21.

⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 68.

de la persona en condiciones de vulnerabilidad, cuando sea posible, ya sea asistiéndola en el ejercicio de éstos, o bien compensando de diversas formas la mencionada dificultad. Esta alienación que supone la intervención de un tercero para el disfrute de derechos, y la consiguiente subyugación de la persona en condiciones de vulnerabilidad a la voluntad/capacidad de aquél, retroalimenta de forma circular la desprotección o posibilidad de lesión de un derecho humano.⁵

Pueden distinguirse entre situaciones de vulnerabilidad individuales y colectivas. Las primeras se presentan en personas individualmente consideradas, y habrán de determinarse caso por caso. Las segundas se presentan en grupos de personas que poseen un rasgo en común, que si bien está socialmente asociado a la desventaja y desprotección, y en abstracto es susceptible de generar vulnerabilidad, en concreto no necesariamente la genera; por ejemplo, las mujeres gitanas.⁶

La vulnerabilidad se puede presentar de forma generalizada cuando la condición (o condiciones) que la provoca limita el ejercicio de un derecho humano en términos generales, es decir, dificulta el ejercicio de todos o la mayoría de los derechos humanos (por ejemplo, en el caso de los niños muy pequeños), o sectorial, cuando la dificultad agravada de ejercicio afecta a uno o varios derechos fundamentales concretos (por ejemplo, las trabajadoras embarazadas con respecto al derecho al trabajo). Asimismo, la vulnerabilidad se puede presentar de manera estructural y permanente, como son, por ejemplo, los casos graves de discapacidad, o bien de manera transitoria, como es, y sobre todo, ha sido, la condición de mujer en determinados contextos, como el político.⁷

La vulnerabilidad a menudo es consecuencia de la intersección de varios factores, cuya interacción tendrá un efecto exponencial y único, cualitativamente diferente al de la suma o adición de los mismos. La interseccionalidad es un concepto relacionado estrechamente, y puede entenderse como la opresión que deriva de la combinación de varios factores que, juntos, producen algo único y distinto de cualquier forma de discriminación de un solo tipo.⁸ La interseccionalidad tiene su génesis doctrinal en los trabajos de algunas autoras feministas afroamericanas en Estados Unidos en los años ochenta, en los que se defiende que la interacción entre el género

⁵ Cots, Jordi, “Los derechos humanos del niño”, en Marzal, A. (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Barcelona, Bosh, 1999, p. 36.

⁶ Alonso Sanz, Lucía, *El estatuto constitucional...*, cit., pp. 84 y 85.

⁷ *Idem*.

⁸ Rey, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 84, 2008, p. 260.

y la raza produce resultados peculiares de discriminación, diferentes a la suma de los que ambos factores producen por separado.⁹ La categoría ha permeado en el derecho internacional, desde su inclusión en la Declaración de Durban, fruto de la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrada en (Durban) Sudáfrica del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001.

2. *Niñez migrante y vulnerabilidad*

Por su condición de extranjeros, los niños migrantes son construidos socialmente como sujetos subalternos situados en múltiples e interseccionadas posiciones de vulnerabilidad.¹⁰ De hecho, se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada o múltiple, resultante de la intersección de la minoría de edad con la condición de migrante, más una suma de factores que abarcan: la condición migratoria irregular, que algunos viajen no acompañados o hayan sido separados de sus padres, el género, la preferencia sexual, la identidad de género, la etnia, la pobreza, a veces el desconocimiento del idioma o las costumbres de las sociedades de tránsito y acogida, la susceptibilidad de ser cooptados por el crimen organizado y sufrir abusos y violaciones de derechos humanos a manos de agentes del Estado y, muchas veces, el contexto de violencia generalizada del cual proceden, etcétera.¹¹ La suma de estos factores constituyen un cuadro único y peculiar de vulnerabilidad, producto de la combinación de estos rasgos, y hacen que la niñez migrante sea uno de los grupos humanos más expuestos a la violencia y la discriminación.

Cots señala que la verdadera vulnerabilidad en el caso de los niños, más que una inmadurez física y mental, es que tienen que ejercer sus derechos por medio de los demás, de otros, y esos otros a veces no saben, o no pueden, o no quieren satisfacerlos. Por ello, sus derechos son indirectos y condicionales.¹² La historia de la niñez está inmersa en procesos de violencia debido a que los niños se encuentran en una posición social de inferioridad y des-

⁹ Crenshaw, Kimberle, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, 1989.

¹⁰ Dettlaff, A. J. y Johnson, M. A., “Child Maltreatment Dynamics among Immigrant and U.S. Born Latino Children: Findings from the National Survey of Child and Adolescent Well-being (NSCAW)”, *Children and Youth Services Review* 33, 2011.

¹¹ ACNUR, “Arrancados de raíz”, México, ACNUR, 2014, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9828.pdf>.

¹² Carmona, Encarna, “La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el derecho español”, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico* 9, 2011, p. 103.

ventaja en cuanto a la edad y respecto a la distribución del poder.¹³ La edad funciona como una categoría de poder, porque las personas adultas gozan de una posición de autoridad con respecto a los niños.¹⁴

Esta subordinación reconstruye al sujeto infantil en general, no sólo al migrante, como potencial víctima de violencia, victimizable o violentable.¹⁵ Esto sucede porque durante la niñez se desarrollan las competencias físicas, cognitivas y psicológicas de las personas.¹⁶ Así, el cómo se desarrolle un niño se verá reflejado en sus posibilidades de acción social,¹⁷ que es lo que se conoce como el principio de autonomía progresiva, recogido en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁸ Por ello, el análisis de la niñez no se puede limitar a su desarrollo biopsicológico dejando de lado las dimensiones sociales, culturales y políticas, pues es justo en lo social donde ocurrirá el desarrollo.

Los niños migrantes no sólo carecen de plena capacidad de obrar por la edad, sino que, en el caso de los no acompañados, no están respaldados por un adulto responsable. De este modo, se enfrentan a dificultades para ejercer un buen número de sus derechos humanos, las cuales provienen de su ausencia de capacidad jurídica plena para obrar por la edad y de la inexistencia de una representación independiente y efectiva que subsane la ausencia. La carencia de referentes familiares, y el consecuente sometimiento a la tutela de las autoridades de los Estados de destino con las que fácilmente pueden surgir conflictos de intereses, genera situaciones de desprotección. Es decir, la dependencia de los niños migrantes de tales autoridades, en algunos casos, retroalimenta su vulnerabilidad. Esta situación se agrava con la falta de asesoramiento jurídico gratuito.¹⁹ La niñez migrante, especialmente

¹³ DeMause, Lloyd, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

¹⁴ Pavez-Soto, I., “Inmigración y racismo: experiencias de la niñez peruana en Santiago de Chile. Si somos americanos”, *Revista de Estudios Transfronterizos* 12, núm. 1, 2012.

¹⁵ Tolentino, K., *Violencia contra violencia. Política pública de protección a la infancia vulnerada en Chile: la regulación de niñas y niños*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013, p. 53.

¹⁶ Pavez-Soto, I., “Inmigración y racismo...”, *cit.*

¹⁷ Lansdown, G., *La evolución de las facultades del niño*, Florencia, UNICEF-Centro de Investigaciones Innocenti, 2005.

¹⁸ El artículo 5o. de la CDN señala: “Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

¹⁹ Corneal, Devon, “On the Way to Grandmother’s House: Is U.S. Immigration Policy More Dangerous Than the Big Bad Wolf for Unaccompanied Juvenile Aliens?”, *Penn State Law Review* 109, 2004-2005, p. 630.

aquella en situación irregular, se encuentra expuesta a los peligros diversos que se presentan a lo largo de todo su desplazamiento: desde que salen de su lugar de origen, los Estados por los que pasan, el arribo a su país de destino y, si así ocurre, en el camino cuando sean retornados. Así pues, la niñez se enfrenta cotidianamente a realidades que impiden o limitan el ejercicio, goce y ejercicio de sus derechos humanos, en particular del derecho a una vida libre de violencia y a que se resguarde su integridad personal.

Estas situaciones conllevan a problemas con las autoridades de los países de tránsito o de destino, dificultades de integración en la sociedad e inclusión en el ámbito educativo y el acceso a los servicios de salud, entre otros. Además, la falta de oportunidades, unida a la incertidumbre sobre el futuro, derivada de la precariedad residencial, y a la inestabilidad personal propia de la adolescencia, hacen que frecuentemente la niñez migrante recurra a prácticas ilegales (como tráfico y/o consumo de drogas) que dirigen al colectivo a la marginalidad social. Esto incide también en la imagen que las sociedades de tránsito y de destino tienen de la niñez migrante, y que también retroalimenta su vulnerabilidad. Por tal motivo, los Estados deben garantizar que los niños migrantes tengan salvaguardados todos sus derechos durante su estancia en su territorio, de acuerdo con la lógica de proteger a todos los niños sin discriminación alguna que impera en la Convención sobre los Derechos del Niño. De hecho, el reconocimiento de esta condición de vulnerabilidad permite el surgimiento de políticas de protección para esta población.²⁰

II. ¿QUIÉNES SON LOS NIÑOS MIGRANTES?

Para fines de 2020, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) reportó que a nivel mundial había 280,598 millones de personas migrantes a nivel mundial, de las cuales 35,505 millones eran niños, niñas y jóvenes; esto es, el 12.7% de la población migrante total.²¹ Los niños migrantes constituyen un colectivo grande y diverso, que incluye a niños que llegan al país de destino para reunirse con sus familias, pero que no se inscriben en los esquemas oficiales de reunificación familiar o no consiguen documentación válida a través de estos programas; niños que entran de forma irregular con uno o varios parientes o no acompañados; niños que han escapado de sus familias y se encuentran

²⁰ Jenks, C., *Childhood*, Reino Unido, Routledge, 1996.

²¹ UNICEF, "Migration and Displacement Country Profiles (MDCP)", July 2021, disponible en: <https://data.unicef.org/resources/migration-and-displacement-country-profiles-mdcp/>.

solos, y niños que forman parte de familias cuyas solicitudes de asilo han sido rechazadas.²² Estos niños se pueden agrupar en las siguientes categorías:

1. *Niños migrantes acompañados*

Los niños migrantes acompañados son aquellos que se encuentran acompañados por la persona adulta: *a)* que ejerce su patria potestad, o *b)* que los tiene bajo su guarda y custodia, o *c)* que es su tutor.

2. *Niños migrantes no acompañados*

Los niños migrantes no acompañados son aquellos que no se encuentran acompañados de una persona adulta que *a)* ejerza su patria potestad, *b)* los tenga bajo su guarda y custodia, *c)* sea su tutor, o *d)* los cuide habitualmente por costumbre. Son niños que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.²³ Pueden haber llegado al país de destino para reunirse con sus familias o haber escapado de sus familias y se encuentran solos. El viajar solos suma una condición más a la vulnerabilidad que viven en el día a día por sus condiciones generales de niñez y movilidad, ya que pueden sufrir daño en sus integridades físicas, psicoemocionales y sexuales al quedar a merced de las acciones u omisiones, lícitas o ilícitas, tanto de las autoridades como de las personas que se encuentran en cualquier fase de su ruta migratoria (origen, tránsito, destino o retorno), así como de los agentes no estatales, y que pertenecen al crimen organizado.

Dentro de este colectivo se pueden diferenciar a los *niños separados*, que son aquellos que están separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de niños acompañados por otros miembros adultos de la familia, como abuelos, tíos o primos.²⁴ Y los *niños retornados*, que son aquellos niños nacidos

²² Ortega Velázquez, Elisa, “Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 144, 2015.

²³ 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»”, CRC/GC/2005/6, Ginebra, Comité de los Derechos del Niño, 1o. de septiembre de 2005, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>.

²⁴ *Idem.*

en el país de destino de padres migrantes y que regresan a su país de origen (solos o acompañados) de forma voluntaria o como consecuencia de un procedimiento de deportación o repatriación.

3. Niños nacidos en países de destino

Son aquellos que, en virtud del principio de *ius soli*, adquieren la nacionalidad del país donde nacieron (en la mayoría de los Estados). Este principio es una de las principales formas de obtener la nacionalidad, ya que significa que la persona tiene el derecho de adquirir la nacionalidad del país en donde nace. El principio de *ius sanguinis* brinda el derecho de adquirir la nacionalidad a partir de la nacionalidad de los padres. Algunos países sólo adoptan uno de estos criterios, y otros utilizan los dos.

En principio, estos niños no son migrantes, pero sus padres sí lo son, por lo que, según la condición migratoria de éstos, pueden verse afectados por leyes y políticas migratorias. En algunos países los niños no tienen obligación de disponer de documentación hasta cierta edad, por lo que en estricto sentido su situación no puede considerarse irregular.²⁵ El hecho de vivir con padres o tutores cuya situación no está regularizada implica que los niños también se encuentran en una situación migratoria irregular, porque sufren las consecuencias de las políticas de control de la migración irregular y las barreras en el acceso a los derechos básicos.²⁶

III. VIOLENCIA, NIÑEZ Y MIGRACIÓN: UNA PELIGROSA INTERSECCIÓN

Las niñas, los niños y jóvenes migrantes se ven envueltos en diversas situaciones de violencia que atañen, por un lado, a problemáticas de sus lugares de origen, como desintegración y violencia familiar, violencia sexual, vivencias en el día a día de índole criminal o problemas económicos que afectan su calidad de vida y, por otro lado, a situaciones relacionadas con su condición de movilidad e irregularidad migratoria o características particulares de ellos mismos, como su etnia, su género, su condición de discapacidad o su preferencia sexual o identidad de género. Todas estas situaciones llevan implícito

²⁵ Council of Europe, “Public Register of Authentic identity and Travel Documents Online (PRADO)”, disponible en: <http://prado.consilium.europa.eu/en/searchByIssuingCountry.html>.

²⁶ PICUM, “Niños primero y ante todo”, Bruselas, PICUM, 2013, p. 13.

que experimenten alguno o varios tipos de violencia desde sus lugares de origen y a lo largo de todo su viaje migratorio.²⁷

1. *Violencia cultural*

El sociólogo noruego Johan Galtung señala que la violencia cultural es cualquier aspecto de una cultura que puede ser utilizada para legitimar la violencia en su forma directa o estructural. Comprende todas las formas culturales que justifican las realidades y prácticas de la violencia. Se encuentra arraigada en los usos y las costumbres de los miembros de un grupo social, como el idioma, la ideología o las creencias, la moral o los valores, la religión, los conocimientos y el arte. La cultura es un conjunto de normas e instituciones propias de cada sociedad, que trata de justificar y dar sentido a las actuaciones que las personas llevan a cabo, así como favorecer la integración tanto entre ellas con otros grupos como con las comunidades, así como con el conjunto de la humanidad, la naturaleza y el universo. Sin embargo, la cultura no sólo promueve la acción en un sentido positivo, sino también sirve para disculpar, promocionar y normalizar la violencia. Así, la violencia cultural es todo aquello que legitima y/o promueve la violencia de cualquier origen o signo desde la cultura.²⁸

La violencia cultural se puede asociar con la *ideología* de la violencia como una especie de *superestructura* de los sistemas violentos, como construcciones culturales que conviven, cubren e intentan armonizar y darle coherencia. Actúa en todos los ámbitos de la cultura (ética, religión, moral, leyes, ciencia, filosofía, literatura, arte, etcétera). Por ejemplo, hay discursos sociales y políticos que se convierten en justificadores de formas de explotación o marginación; la propaganda que aliena a las personas; la manipulación de las ideas para el adoctrinamiento generalizado; la información errónea de los medios de comunicación de masas; algunas costumbres, ritos y actos institucionales que contribuyen a difundir directamente la *utilidad* de la violencia; las propuestas que incluyen discriminaciones por razones de creencias, religión, sexo, color de la piel u otras diferencias físicas; las ideas que justifican que el acceso al bienestar no sea igualitario o democrático; las razones que justifican la guerra, la explotación, la marginación, la pobreza, el analfabetismo, la propia marginación cultural, etcétera.²⁹

²⁷ Hernández-Hernández, Óscar Misael, “Cartografías de la violencia hacia menores migrantes en el noreste de México”, *Methadods. Revista de Ciencias Sociales* 7, núm. 2, 2019, p. 215.

²⁸ Galtung, Johan, “Cultural Violence”, *Journal of Peace Research* 27, núm. 3, 1990.

²⁹ *Idem.*

En un mundo globalizado y estructurado en centros y periferias, de acuerdo con la capacidad de acceso a los recursos, la violencia cultural genera visiones que incluyen formulaciones de etnocentrismo, jerarquía, dominación y meritocracia, sin tener en cuenta el respeto de los derechos humanos ni la justicia y la equidad que permitan un desarrollo sostenible y autocentrado. También justifica los intentos de imponer modelos culturales universales que niegan la riqueza y el valor de la interculturalidad.³⁰

El lenguaje tiene una gran importancia tanto en la promoción de una cultura de la paz plural e integradora como en la construcción de la violencia cultural: las palabras, las frases y la lengua se convierten en elementos de primer orden en la creación de relaciones violentas, discriminatorias y estereotipadas. Algunos autores como Bourdieu han prestado especial atención a los símbolos como una pieza central en la construcción del lenguaje, del conocimiento, de las actitudes y de las conductas. Por ello, se podría hablar de la *violencia simbólica* como la elaboración más abstracta de las discriminaciones y marginaciones entre las personas.³¹

2. *Violencia directa*

Galtung afirma que la violencia directa es aquella que se ve, se expresa y se concreta en el mundo material, en las personas y en el tiempo a través de conductas que atentan contra su integridad y/o la vida. Este tipo de violencia da cuenta de los hechos más evidentes, y se refiere a toda acción destructiva contra las personas, colectividades o la naturaleza. Siempre tiene actores claramente implicados e identificados.³² Es una acción que se produce en un momento y lugar determinados,³³ y se diferencia de otros tipos de violencia que se manifiestan de forma repetitiva, constante, y que son difíciles de determinar en sus comienzos.³⁴ La violencia directa se puede clasificar por los daños causados y las conductas de violencia en las personas o colectivos en:³⁵

³⁰ Jiménez Bautista, F. y Muñoz Muñoz, F. A., “Violencia cultural”, en López Martínez, Mario (ed.), *Enciclopedia de Paz y Conflictos*, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2004.

³¹ Bourdieu, Pierre, *Language and Symbolic Power*, Cambridge, Polity Press, 1991.

³² Galtung, Johan, “Cultural Violence”, *cit.*

³³ Galtung, Johan y Høivik, T., “Structural and Direct Violence: A Note on Operationalization”, *Journal of Peace Research* 8, núm. 8, 1971.

³⁴ Leyton Leyton, Ignacio Alfredo Ramón y Toledo Candia, Francisca Inés, *A propósito de la violencia: reflexiones acerca del concepto*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2012, p. 44.

³⁵ Martínez Pacheco, Agustín, “La violencia. Conceptualización y elementos para su estudio”, *Revista Política y Cultura* 46, 2016.

Violencia patrimonial o económica. Afecta la integridad patrimonial de las personas o los colectivos. Se manifiesta a través de limitar los ingresos, negar el acceso a los recursos monetarios básicos, obstaculizar la capacidad para trabajar u otorgar un salario menor por igual trabajo dentro de un mismo centro laboral.³⁶ En el caso de los niños, esta violencia se configura cuando se transforman, sustraen, destruyen o se les retienen objetos o documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades.³⁷ Para los niños migrantes, esto se presenta cuando se sustraen, se ignoran, se pierden o se destruyen documentos de carácter personal, así como bienes y/o valores con los que viajan para su supervivencia. También cuando se les engaña respecto de sus recursos monetarios y/o se les explota laboralmente, limitando su capacidad adquisitiva y justa remuneración.

Violencia sexual. Afecta la integridad sexual de las personas, como es el caso del acoso y la violación. En el caso de los niños, el abuso sexual se tipifica como toda actividad sexual que un adulto les impone. Asimismo, se consideran abuso las actividades sexuales impuestas por un niño a otro si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza la fuerza, las amenazas y otros medios de presión. Las actividades sexuales entre niños no se consideran abuso sexual cuando los niños superan el límite de edad establecido por el Estado para las relaciones consentidas.³⁸ Los niños migrantes pueden sufrir esta violencia en cualquier fase del proceso migratorio (origen, tránsito, destino y retorno).

Violencia psicológica. Afecta la integridad psicológica de las personas, produciendo trastornos de comportamiento y percepción. La niñez migrante no sólo está expuesta a ser víctima de delitos que atentan contra su dignidad e integridad física, sino también psicoemocional. Como señala la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los niños migrantes durante su trayecto “son víctimas de delitos y extorsión por parte de otros migrantes, sus propios guías o las autoridades mexicanas; otros más sufren secuestros, asaltos y agresiones por miembros del crimen organizado, por lo que se les van minando sus sueños y esperanzas, llegando incluso a preferir regresar a sus casas”.³⁹

³⁶ Ruiz Carbonell, Ricardo, *La violencia contra niñas, niños y adolescentes (NNA). Su impacto en la sociedad y las familias*, México, CEAV, 2016, pp. 36 y 37.

³⁷ *Ibidem*, p. 38.

³⁸ Save the Children, “Violencia sexual contra los niños y las niñas. Abuso y explotación sexual infantil. Guía de material básico para la formación de profesionales”, Madrid, Save the Children España/Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012, p. 8.

³⁹ CNDH, “Informe sobre la problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y

Violencia física. Daña la integridad corporal de las personas, produciendo golpes, fracturas y hasta la muerte. En el caso de la niñez, esta violencia se ejerce intencionalmente por parte de los padres, cuidadores o de cualquier otra persona, incluyendo sus pares. En el caso de la niñez migrante, esta violencia puede ser ejercida por compañeros migrantes, miembros del crimen organizado o agentes del Estado.

Violencia psicoemocional. Afecta la integridad emocional y la salud mental de quienes la sufren, y es cualquier acto u omisión que dañe su estabilidad psicológica. Puede consistir en negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima, e incluso al suicidio. En la violencia psicológica, la víctima no se da cuenta de que el agresor vulnera sus derechos, ya que este tipo de maltrato es sutil y difícil de detectar.

3. *Violencia indirecta o estructural*

Galtung define a la violencia estructural como “la violencia que se presenta cuando los seres humanos están influenciados de forma tal que su comprensión mental y somática se encuentra por debajo de su comprensión potencial”.⁴⁰ Hernández señala, por otro lado, que “el término violencia estructural es aplicable a aquellas situaciones en las que se produce un daño en la satisfacción de las necesidades humanas básicas (supervivencia, bienestar, identidad o libertad) como resultado de los procesos de estratificación social”.⁴¹

La violencia estructural hace referencia a un conflicto en el que existen elementos de discriminación —prejuicios, estereotipos, desventajas— relacionados con la nacionalidad, el género, la raza, la edad, la educación, la condición económica o social, por mencionar algunos, entre grupos o integrantes de una sociedad donde algunos pueden considerarse marginados o minorías. La intervención del Estado y sus actores es crucial, ya que por medio de sus políticas públicas, de su legislación y de sus prácticas adminis-

con necesidades de protección internacional”, México, CNDH, 2018, p. 13, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/documento/informe-sobre-la-problematica-de-ninas-ninos-y-adolescentes-centro-americanos-en-contexto>.

⁴⁰ Galtung, Johan “La violencia: cultural, estructural y directa”, *Cuadernos de Estrategia*, Madrid, núm. 27. vol. 183, 2016, p. 168.

⁴¹ Hernández-Hernández, Óscar Misael, “Cartografías de la violencia...”, *cit.*, p. 219.

trativas o judiciales se legitiman y justifican las condiciones de desigualdad que les impiden el acceso a la información, a los bienes y servicios, a la participación y administración de justicia, a la seguridad jurídica, a la salud y a la vivienda; en otras palabras, al efectivo goce y ejercicio de derechos humanos y libertades fundamentales, con base en el engranaje de estratificación social establecido formal o informalmente.

La violencia estructural se normaliza y se socializa, se ejerce día a día y se valida a través de la ideología y la cultura, con el fin de legitimar los actos que excluyen, distinguen, restringen y/o establecen preferencias que llevan al desconocimiento y a la violación de los derechos humanos de los grupos en condiciones de vulnerabilidad. En este tipo de violencia no hay culpables directos, ya que toda la sociedad es partícipe. La violencia estructural se relaciona con formas diversas de la violencia directa, como la violencia física, la sexual o la cultural.⁴² A través de este tipo de violencia, las clases dominantes consiguen más beneficios que el resto, pues la estructura violenta tiene como base angular a la explotación. La desigualdad puede llegar al punto que las clases más desfavorecidas vivan en la pobreza y lleguen a morir de hambre o de enfermedades, o sean abandonadas en un estado permanente de miseria, que por lo general incluye malnutrición, un desarrollo intelectual menor, enfermedades y, en consecuencia, una menor esperanza de vida.

La causa generadora de la exposición social puede provenir de factores endógenos y exógenos. Es decir, la causa puede estar en la naturaleza misma de las personas (niños, mujeres, personas de la tercera edad, personas con discapacidades) o, por el contrario, ser proyectada desde el exterior (condición socioeconómica, contexto jurídico). También son conocidas como vulnerabilidad *típica* y vulnerabilidad *atípica*, respectivamente. La vulnerabilidad atípica introduce indebidamente elementos que propician el trato desigual y discriminatorio, desde una perspectiva que debería generar mejores leyes para combatir la vulnerabilidad típica, la cual se deriva de las condiciones socioeconómicas de las personas.⁴³

Galtung sostiene que la violencia estructural deja marcas no sólo en el cuerpo humano, sino también en la mente y en el espíritu, al impedir la formación de la conciencia y la movilización, que son las condiciones para la lucha eficaz contra la dominación y la explotación. Sostiene que la violencia estructural manipula la percepción de las personas, adormeciendo el sen-

⁴² Ortega Velázquez, Elisa, *Niñas, niños y adolescentes víctimas del crimen organizado en México*, México, CNDH, 2019, p. 184.

⁴³ Uribe Arzate, Enrique y Romero Sánchez, Jesús, "Vulnerabilidad y victimización en el Estado mexicano", *Revista Espiral 14*, núm. 42, 2008, pp. 3 y 4.

timiento del reconocimiento personal y el sentido de la dignidad humana, personal y social. Además, se vale de factores externos, sociales, económicos o culturales para desmotivar, limitar o condicionar la libertad personal y colectiva de las personas o grupos que interactúan en la sociedad.⁴⁴

El círculo de la violencia estructural comienza y se reproduce a partir de un elemento fundamental que es el Estado. De hecho, este tipo de violencia también puede ser definida como violencia sistémica o institucional, pues su origen remite al Estado y a sus políticas. Weigert sostiene que la violencia estructural también ha sido llamada “violencia indirecta”, y es de carácter subjetivo, pues va más allá de una manifestación física y psicológica, no queda remitida al plano interpersonal y no existe un causante claro o que sea posible de identificar.⁴⁵ Según Rennie, la violencia estructural está integrada a la estructura de las instituciones sociales y culturales, y a menudo niega a las personas sus derechos humanos básicos.⁴⁶

Los abusos y maltratos de los que son objeto las personas menores de dieciocho años incluyen todos los actos generadores de violencia física o psicológica, abuso sexual, desatención, negligencia, explotación y abuso sexual o de otro tipo que les causen o puedan causar un daño a la salud, al desarrollo, o poner en peligro su supervivencia en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.⁴⁷ Estos actos son ejercidos por personas de su círculo familiar, o ajenas éste, conocidas o desconocidas y, en muchos casos, por los actores del Estado. Las acciones u omisiones del Estado y sus actores (servidores públicos, el orden jurídico y sus políticas públicas) se traducen en la limitación o negación de derechos y libertades, servicios, asistencia, atención y debido cuidado y acompañamiento.

4. *La violencia estructural como generadora de prácticas de discriminación, racismo y violencia en contra de la niñez y de las juventudes migrantes*

En el caso de los niños migrantes, es necesario considerar las condiciones multifactoriales que se pueden presentar como causas de la violencia, así como las diferencias en relación con la nacionalidad, el origen étnico, la

⁴⁴ Galtung, Johan, “La violencia: cultural...”, *cit.*, p.153.

⁴⁵ Weigert, K., “Structural Violence”, en Fink, G. (ed.), *Stress of War, Conflict and Disaster*, San Diego, Academic Press, 2008.

⁴⁶ Rennie, L., “Feminist and Peace Perspectives on Women”, en Kurtz, L. (ed.), *Encyclopedia of Violence, Peace, and Conflict*, San Diego, Academic Press, 1999.

⁴⁷ OMS, “Maltrato infantil”, OMS, 8 de junio de 2020, disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment>.

cultura, la orientación sexual, la preferencia de género, la raza, la educación, la edad, el género, etcétera. La violencia estructural les impide cubrir sus necesidades básicas para poder sobrevivir y vivir una vida digna en sus lugares de origen y para acceder al ejercicio y goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales, como dicta la CDN. Desafortunadamente, la situación de los niños no mejora al migrar: se mueven en ambientes plagados de prácticas y condiciones sociales discriminatorias, violencia criminal, explotación, victimización, pobreza, detenciones migratorias y negación de derechos sociales básicos, como salud, educación y vivienda. Cuando no viajan acompañados, esto se agrava ante la indiferencia de los Estados y la sociedad.

Los niños migrantes se sitúan socialmente en múltiples jerarquías de poder, y pueden llegar a ser víctimas de racismo, que es un tipo de violencia simbólica basada en la ideología de la dominación colonial, de allí que no requiera justificación ni legitimación para existir.⁴⁸ Según Quijano, la ideología de dominación colonial puede observarse en los países de América Latina, en los cuales se observa la *colonialidad del poder*; esto es, la clasificación social de la población sobre la idea de *raza*, una noción que empezó a ser utilizada a partir de la aparición de América.⁴⁹ La formación de relaciones sociales fundadas en la idea de raza produjo identidades históricamente nuevas y redefinió otras. Dichas identidades fueron asociadas a determinadas jerarquías, lugares y roles sociales. Si bien tanto los conquistadores como los conquistados participaron de esta colonialidad del poder, en cada país de América se ha expresado históricamente de modo particular, pero la idea de la clasificación *racial* de las personas aún permanece vigente en tanto matriz cultural.⁵⁰

La ideología colonial puede ser vista como una forma de violencia simbólica. Para Bourdieu, funciona como coerción y adhesión que la persona dominada otorga de manera inevitable al individuo o institución dominante, puesto que se trata de la forma incorporada de la estructura de la relación de dominación, la cual denomina *habitus*.⁵¹ El racismo se forma a través de la ideología colonial como una forma de clasificación racial/jerarquía/

⁴⁸ Peña, J., “There’s no Racism in Canada, but...”, *The Canadian Experience and Labor Integration of the Mexican Creative Class in Toronto*, *Migraciones Internacionales* 8, núm. 3, 2016, véase también Wieviorka, M., “La mutación del racismo”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 49, núm. 200, 2007, pp. 13-23.

⁴⁹ Quijano, A., “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Lander, E. (ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Clacso, 2000, p. 201.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 51.

⁵¹ Bourdieu, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona, Anagrama, 1999.

estratificada entre las personas. Por ejemplo, los niños migrantes son clasificados *racialmente* en términos *jurídicos, fenotípicos y culturales*, puesto que, como todo extranjero, son ajenos al Estado, diferentes, extraños, e incluso desconocidos.⁵² Por ello, se les intenta asimilar a la cultura y sociedad locales, y se les caracteriza como atrasados, subdesarrollados e inferiores.⁵³

La niñez migrante puede llegar a sufrir situaciones de violencia racial, a la par de otros tipos de violencia, como la violencia familiar. Se denomina *polivictimización infantil* cuando los niños padecen múltiples formas de violencia de modo simultáneo y en diferentes ámbitos de sus vidas.⁵⁴ Esta noción abarca cuestiones micro y macrosociales que llevan a la violencia en contra de la niñez migrante.⁵⁵

La niñez migrante también sufre *violencia social o colectiva*, la cual es definida por la Organización Mundial de la Salud como “...el uso de la violencia como instrumento por parte de personas que se identifican a sí mismas como miembros de un grupo —ya sea transitorio o con una identidad más permanente— contra otro grupo o conjunto de individuos, para lograr objetivos políticos, económicos o sociales”.⁵⁶

Los niños migrantes pueden sufrir violencia social por prácticas de discriminación y exclusión en el acceso a derechos sociales básicos. En el ámbito educativo, pueden sufrir de las referidas prácticas de violencia social en las escuelas —cuando tienen acceso a la educación— a cargo de docentes, y sufrir *bullying* de sus pares. En materia de vivienda, cuando los niños migran con su familia, sus padres ven diversos obstáculos para poder encontrar dónde alojarse, ya sea por su condición migratoria, por su falta de medios económicos, por su raza, por su nacionalidad o por prejuicios en contra de las personas migrantes. Aún más, los niños pueden sufrir prácticas violentas hacia ellos y sus familias en los barrios en los que se asientan en las sociedades de destino.⁵⁷

Cuando los niños migran sin compañía, por motivos de su edad, condición de migrantes y la precariedad económica que sufren, se establecen ge-

⁵² Simmel, G., *El extranjero. Sociología del extraño*, Madrid, Sequitur, 2012.

⁵³ Peña, J., “There’s no Racism in Canada, but...”, *cit.*

⁵⁴ Finkelhor, D. *et al.*, “Polyvictimization in Developmental Context”, *Journal of Child and Adolescent Trauma* 4, núm. 4, 2011. Véase Pereda, N. *et al.*, “Victimization and Polyvictimization of Spanish Children and Youth: Results from a Community Sample”, *Child Abuse and Neglect* 38, núm. 4, 2014.

⁵⁵ Pereda, N. y Tamarit, J., *Victimología teórica y aplicada*, Barcelona, Huygens, 2013.

⁵⁶ OMS, “Informe mundial sobre la violencia y la salud”, Washington, D. C., OMS, 2003, p. 235.

⁵⁷ Pavez-Soto, I., “Inmigración y racismo...”, *cit.*

neralmente en calles, cuartos, vecindades o casas que se ubican en espacios de pobreza y/o pobreza extrema, en donde viven con hacinamiento e inseguridad, caen en la indigencia y en riesgo de ser cooptados por el crimen organizado.⁵⁸ El abandono de espacios públicos fomenta la organización de barrios cerrados, situación que promueve tanto el desplazamiento de los niños como de las comunidades irregulares que sufren de las diversas formas de violencia ante la falta de garantía de sus derechos humanos.⁵⁹

La niñez migrante también sufre violencia en los espacios públicos, especialmente en los casos de indigencia, debido a los conflictos de aceptación, prejuicio, discriminación y exposición con los vecinos y otros grupos sociales, como los delincuentes, lo cual los limita o anula en el goce y ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Como sostiene Pavez-Soto:

...la violencia permea en los procesos de convivencia diaria por lo que puede presentarse en distintos entornos: hogares, escuelas, comunidades, lugares que frecuentan o en la calle. Además, existen todavía situaciones en donde niñas y niños se ven afectados por actos de discriminación, peleas o agresiones que ponen en riesgo su integridad física e incluso su vida.⁶⁰

De este modo, la niñez migrante enfrenta diversos problemas para el uso y disfrute de los espacios públicos en las sociedades de destino, y cuenta con pocos espacios públicos seguros que respondan a sus necesidades y les permita la sana convivencia. De hecho, en algunos casos la niñez enfrenta presiones y acoso, que propician ámbitos de violencia que atentan contra su dignidad y salud psicoemocional. Pinheiro sostiene que los niños migrantes sufren de prácticas discriminatorias violentas por su condición de movilidad, aunado a las violencias que previamente han sufrido en sus países de origen o en el tránsito.⁶¹

Las prácticas anteriores se ven agravadas por otras formas de violencia colectiva a la que la niñez migrante está expuesta en todas las fases del proceso migratorio, y que puede ser originada en el crimen organizado, que intenta sumarlos a sus filas o los hace sujetos pasivos de los delitos, de los

⁵⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina”, Nueva York, PNUD, 2013, p. 97.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Pinheiro, Paulo Sérgio, “Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas”, Madrid, UNICEF-España, 2010, p. 299.

conflictos locales o comunitarios, de las guerras, del terrorismo, de los conflictos políticos en sus países de origen. Además, se encuentran las violencias ejecutadas por el Estado en su contra, como detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, tortura y violaciones sistemáticas a derechos humanos. Así pues, la niñez migrante se mueve en un contexto de violencia originado por altos niveles de desigualdad social, impunidad y presencia extendida del crimen organizado, lo cual afecta su desarrollo como niños y jóvenes y el acceso y goce de sus derechos humanos.

5. *El crimen organizado como sujeto activo de la violencia directa en contra de la niñez y de las juventudes migrantes: el caso de las pandillas*

El crimen organizado es una actividad ejecutada, estructurada y planificada por más de dos individuos que hacen de la actividad delictiva su forma de vida para obtener ganancias o poder con propósitos ulteriores al lucro.⁶² Comprende todas las actividades ilícitas llevadas a cabo por organizaciones criminales y bandas territoriales, incluidas las actividades que tienen como consecuencia el recurso a la violencia armada.⁶³ En 1993, el Consejo Europeo elaboró una lista de características del crimen organizado: la colaboración de más de dos personas (cada una con tareas establecidas) por un tiempo prolongado y definido, que empleen algún tipo de disciplina y control, que operen internacionalmente, que empleen estructuras comerciales o que parezcan de negocios, que estén determinados por la búsqueda de ganancias y/o el poder.⁶⁴ El crimen organizado se caracteriza por afectar de modo simultáneo, directa o indirectamente, diversos bienes jurídicos: colectivos como la salud pública, el medio ambiente, los derechos de los trabajadores, etcétera, pero también bienes jurídicos individuales.⁶⁵

⁶² Cruz Ochoa, Ramón de la, *Crimen organizado. Delitos más frecuentes. Aspectos criminológicos y penales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 56.

⁶³ Comité Internacional de la Cruz Roja, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja”, Ginebra, Cruz Roja Internacional, 2011, p. 10.

⁶⁴ Luczak, Anna y Kinzig, Jörg, “El manejo del crimen organizado en la Unión Europea y Alemania. Comprensión y respuesta a una presunta amenaza”, en Macedo de la Concha, R. (ed.), *Delincuencia organizada*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, p. 159.

⁶⁵ Anarte Borrallo, Enrique, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada en delincuencia organizada. Aspectos penales procesales y criminológicos”, en Ferré Olivé, Juan Carlos (ed.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva Publicaciones, 1999.

A nivel internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁶⁶ adoptó las siguientes definiciones clave en su artículo 2o. para atender su objeto:

- a) “Grupo delictivo organizado”, conformado por 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.
- b) Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.
- c) Por “grupo estructurado”, un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, y en el que no necesariamente se hayan asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

De este modo, el tratado criminaliza el acuerdo para cometer un delito grave o la actividad de uno de los miembros. Los delitos graves que se deben cubrir en esa definición incluyen el blanqueo de capitales, la corrupción y obstrucción de la justicia, además de cualquier delito que lleve una pena de privación de libertad de al menos cuatro años.

El crimen organizado no sólo incluye el tráfico de drogas de cualquier tipo, sino también el robo de automóviles, materias primas, piratería y tráfico de personas. De acuerdo con el artículo 3o. del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,⁶⁷ se entiende por trata de personas 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 concepción o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.⁶⁸

⁶⁶ Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000.

⁶⁷ El Protocolo fue adoptado el 15 de noviembre de 2000 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de abril de 2003.

⁶⁸ Protocolo de Palermo: Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

Los grupos delictivos han ensanchado el ámbito de sus operaciones, tanto por lo que se refiere a las zonas geográficas como a los sectores que actúan; es decir, el crimen organizado no es meramente transnacional especializado, sino transcontinental y diversificado.⁶⁹ Han aprovechado el creciente número de viajes internacionales, la migración, la reducción de controles transfronterizos, la expansión del comercio internacional y la insuficiente reglamentación de las redes financieras.⁷⁰

Aunado a lo anterior, y debido a la globalización, el acceso a diferentes países en los que es posible invertir los fondos de origen delictivo ha contribuido al aumento de la criminalidad, la cual necesita mayor mano de obra que coadyuve con el crimen organizado para incrementar sus ganancias y, por lo tanto, se vean las personas atraídas a ese tipo de actividad, aunque no todas lo hagan por los mismos motivos; por ejemplo, algunas lo hacen por la presión de las bandas y se sumergen en la prostitución y en el tráfico de migrantes, tanto adultos como niños.

El crimen organizado y las bandas criminales reclutan a diversas personas por medio de la fuerza para lograr los fines que tiene el grupo delictivo. Asimismo, suelen usar a niñas, niños y jóvenes porque son más manejables y obedientes: no cuestionan las órdenes y son más fáciles de manipular y coaccionar que los adultos. También se les usa en el campo de la guerra o dentro de una organización criminal para la fabricación de pequeñas y ligeras municiones y armas que son fáciles de transportar y de utilizar por ellos.⁷¹ Además, pueden desempeñar funciones de apoyo, como ser cocineros, cargadores, mensajeros, espías, o incluso combatientes.⁷²

El crimen organizado se relaciona de manera estrecha con las pandillas, las cuales se asocian con la precariedad, la exclusión social, la violencia y las drogas.⁷³ Se forman como respuesta a las condiciones sociales que generan una estratificación social extrema y a la violencia social y estatal. El surgimiento y la formación de pandillas es más proclive en zonas de alta marginación y vulnerabilidad:⁷⁴ la falta de acceso a servicios básicos, las

⁶⁹ Cruz Ochoa, Ramón de la, *Crimen organizado. Delitos más frecuentes...*, cit., p. 6.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁷¹ Cohn, Ilene y Goodwin, Guy, *Los niños soldados: un estudio para el Instituto Henry Dunant*, Ginebra, Suiza-Madrid, Cruz Roja Juventud, 2007, p. 33.

⁷² AG ONU, “Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños. Promoción y protección de los derechos de los niños”, A/51/306, Ginebra, ONU, agosto de 1996, p. 17.

⁷³ Jütersonke, O. et al., “Gangs, Urban Violence, and Security Interventions in Central America”, *Security Dialogue* 40, núm. 4-5, 2009.

⁷⁴ Sánchez-Jankowski, M., “Gangs and Social Change”, *Theoretical Criminology* 7, núm. 2, 2003.

condiciones de pobreza y pobreza extrema, la desigualdad y la falta de acceso a condiciones dignas de vida y oportunidades propician respuestas antisociales de rebeldía, inconformidad, enojo y frustración. Hagedorn señala que las pandillas llenan el vacío en las comunidades con pocos recursos que han sido abandonadas por el Estado y se convierten en los principales empleadores de jóvenes sin oportunidades.⁷⁵ El Estado tiene un papel crucial en la formación de pandillas por su falta de asistencia, abandono y exposición a condiciones de abuso y explotación a las juventudes. De hecho, en las pandillas tiene cabida esta población olvidada que no encaja socialmente en los cánones prescritos por el sistema.⁷⁶

Los motivos de los jóvenes para ingresar en las pandillas son muy variados, y dependen de factores internos y externos. Grekul y LaBoucane señalan que aquéllos ingresan motivados por la discriminación, el racismo, la desigualdad estructural y la falta de oportunidades, para buscar un sentido de identidad y propósito en su entorno de socialización.⁷⁷ Algunas veces por la necesidad de “pertenencia”, sentimiento frecuentemente presente en la juventud; otras veces por amenazas de parte de esos grupos para que se integren a ellos.

Las pandillas formadas para cometer ciertos actos delictivos pueden ser consideradas como el escalón inicial para acceder al crimen organizado. Se forman por grupos pequeños de jóvenes, aunque en ocasiones también reclutan a niños que por lo general tienen baja autoestima, son inmaduros y solitarios, han sufrido maltrato emocional y tienen dificultad para manejar sus impulsos y emociones (ira, ansiedad), etcétera. Estos factores hacen que algunos individuos quieran llegar a “dominar” y tener poder y control sobre otros.⁷⁸ Una vez dentro de las pandillas, se empiezan a familiarizar con las drogas y el alcohol, reflejan la personalidad agresiva de sus líderes y hacen de ese comportamiento un hábito y un rasgo de identidad (“proceso de socialización”).⁷⁹

⁷⁵ Hagedorn, J. M., “The Global Impact of Gangs”, *Journal of Contemporary Criminal Justice* 21, núm. 2 2005.

⁷⁶ Caravaca Morera, Jaime Alonso, “De *Homo Sacer*, nudas vitas y abandonos: el caso de la transexualidad en la teoría tanatopolítica”, *Enfermería. Cuidados Humanizados* 8, núm. 2, 2019, p. 3.

⁷⁷ Grekul, J. y LaBoucane-Benson, P., “Aboriginal Gangs and their (Dis)Placement: Contextualizing Recruitment, Membership, and Status”, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* 50, núm. 1, 2008.

⁷⁸ Barrón, M., *Violencia. Serie adolescencia: educación y salud*, Buenos Aires, Editorial Brujas, 2015, p. 124.

⁷⁹ Simkin, H. y Becerra, G., “El proceso de socialización. Apuntes para su exploración en el campo psicosocial”, *Ciencia, Docencia y Tecnología XXIV*, núm. 47, 2013; Marin, Antonio

En algunos países, especialmente del tercer mundo, las organizaciones criminales se han convertido en estructuras sociales, políticas y económicas paralelas que cubren vacíos o sustituyen al Estado en varios ámbitos, como en la prestación de servicios básicos, por lo cual sus dirigentes son vistos como líderes en sus comunidades.⁸⁰ En ese sentido, la incorporación de los niños y jóvenes a estos grupos delictivos tiene dos caras: por un lado, hace posible que puedan destacar como “líderes”, y, por otro, los expone a quedar atrapados en ese contexto de criminalidad, lo que hace que sus vidas se encuentren en un constante círculo de violencia.

Las personas menores de dieciocho años que participan en las tareas del crimen organizado se ven envueltas en diversos tipos de violencia para “quedar bien” con el jefe o, en su caso, evitar que se haga daño a su familia. Los tipos de violencia que sufren aquéllas van de abusos físicos a violencia psicológica, que los afectan en su integridad personal de por vida. Las violencias ejercidas dentro de esos grupos criminales han provocado que niños y jóvenes sean víctimas de explotación sexual, laboral y tráfico de migrantes o de órganos, lo que hace que sus derechos no sean garantizados y sean vulnerados constantemente. Hay una ausencia de políticas públicas para combatir a las pandillas y a los grupos criminales y para proteger y prevenir el acceso de la niñez y las juventudes desde la familia, la escuela y la comunidad.⁸¹

Los lugares donde viven los niños migrantes, tanto en sus comunidades de origen como en las de destino, son zonas o barrios con infraestructura precaria, y que carecen de servicios públicos o tienen limitado el acceso a estos, como agua, saneamiento, alumbrado público, educación y servicios de salud.⁸² Por ello, es fácil que se vean envueltos en pandillas, voluntariamente o no. De hecho, la existencia de pandillas en sus comunidades de origen y la amenaza de reclutamiento forzado es una de las razones que tienen para migrar. Sin embargo, esta amenaza no sólo prevalece en sus lugares de origen, sino también en los de tránsito y destino.

Lucas, “El proceso de socialización. Un enfoque sociológico”, *Revista Española de Pedagogía* 173, 1986.

⁸⁰ CIDH, “Violencia, niñez y crimen organizado”, *OEA/Ser.L/V/II.Doc. 40/15*, Washington, D. C., OEA, 2015, p. 34.

⁸¹ Por ejemplo, escuelas para padres, apertura de espacios donde los niños, las niñas y los adolescentes se desarrollen y eviten el camino más fácil a la captura de dinero o integración a un grupo que les traiga consecuencias personales, familiares y de conflicto con la ley. CIDH, “Violencia, niñez y crimen organizado”, p. 41.

⁸² UNICEF, “Estado mundial de la infancia 2012. Niñas y niños en un mundo urbano”, Ginebra, UNICEF, 2012, p. 44.

La niñez migrante vive en el desamparo tras una cortina formal de normas que simulan protegerla, pero que son ineficaces en su aplicación y en la protección y garantía de sus derechos humanos. Por ello, son un grupo que con facilidad puede ser sumado a las pandillas (voluntariamente o no).⁸³ Unas veces se unen a estos grupos delictivos para evitar el acoso y hostigamiento de los miembros de la comunidad o integrantes de las mismas pandillas, así como de las autoridades por su situación migratoria irregular. Otras veces se integran para superar una situación de indigencia, o para tratar de encontrar alguna salida ante las condiciones de vida que resultan de la migración forzada, la desigualdad y la falta de oportunidades.

La situación de niñas, niños y jóvenes no acompañados en las pandillas se complica aún más ante particularidades que hoy asume la delincuencia: más grave y violenta. Se observa que pueden llegar a jugar un doble rol atendiendo a la forma en cómo fueron enrolados en ellas: como víctimas del reclutamiento no voluntario vía la amenaza real y contundente, y como partícipes, voluntarios o no, en las órdenes o en las actividades ilícitas que se les indique ejecutar.⁸⁴ Las pandillas pueden tener dos fines tratándose de niñez y juventudes migrantes:

- A) La *inclusión* de la niñez y las juventudes en condiciones de movilidad, al tener como objetivo la defensa colectiva contra actos de violencia a los que se enfrentan los migrantes en su recorrido, estancia migratoria irregular o situación de indigencia. Las condiciones culturales, sociales y económicas a las que se enfrentan y que, en primer lugar, los llevaron a migrar son las que les permiten identificarse como miembros del grupo. Se trata de pandillas de mínima peligrosidad o actividad delictuosa que tienen como fin primario protegerse entre ellos —migrantes— de actos de violencia y discriminación, y no la comisión de actividades ilícitas, aunque pueden caer en ellas para tratar de mantener una mínima calidad de vida.⁸⁵ Así, la pandilla, como elemento integrador, ofrece al niño/joven migrante:

— Encontrar la identidad que no encuentra en otros entornos (familia, escuela).

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Aguilar, Jeannette y Carranza, Marlon, “Las maras y pandillas como actores ilegales de la región”, *Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible*, San José, Costa Rica, PEN, 2008, p. 22.

⁸⁵ UNICEF Unión Interparlamentaria, “Cómo eliminar la violencia contra los niños”, París, Unión Interparlamentaria/UNICEF, 2007, p. 67.

- Encontrar protección, un sentido de familia, compañerismo y seguridad, aunque, paradójicamente, para ingresar tenga que soportar maltratos violentos y ritos de admisión peligrosos, relacionados con la exigencia de prácticas culturales características, y
- Ser fuente de reconocimiento social, así sea mediante actividades criminales respecto de las cuales no hay plena consciencia del peligro implicado.⁸⁶

B) La *exclusión* de la niñez y las juventudes migrantes, ya que se trata de grupos delictivos que desprecian y repudian su vida, su integridad y su dignidad humana, y los tratan como sujetos desechables o monedas de cambio. En virtud de su situación de vulnerabilidad, los hacen sujetos pasivos y víctimas de conductas delictivas, como trata y tráfico de personas, robo, extorsión, secuestros, violaciones, asesinatos, etcétera.⁸⁷ Muchas de estas pandillas se ubican en comunidades cercanas a las fronteras y tienen entre sus integrantes a migrantes (niños y jóvenes incluidos) en tránsito o estancados en las fronteras que comparten elementos en común: malos tratos, pobreza, baja escolarización, trabajo infantil y una infancia repleta de dificultades, riesgos, amenazas y precariedad que caracterizaron su socialización.⁸⁸

IV. TRATA DE PERSONAS Y TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

1. *Trata de personas*

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 es el principal instrumento en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.⁸⁹ La Convención se complementa con

⁸⁶ Ballesteros Valderrama, Blanca Patricia *et al.*, “La pandilla juvenil: breve revisión y análisis funcional de un caso”, *Revista Internacional de Psicología Clínica y de la Salud*, núm. 2, 2002.

⁸⁷ Armijo Canto, Natalia, “Frontera sur de México: los retos múltiples de la diversidad”, en Armijo Canto, Natalia (ed.), *Migración y seguridad: nuevo desafío*, México, Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia A. C. (Casede), 2011, p. 46.

⁸⁸ Martínez Reyes, Alberto y Navarro Pérez, José Javier, “¿Atracción o reclutamiento? causas que motivan el ingreso en las pandillas de los/as adolescentes salvadoreños/as”, *Revista Prisma Social* 23, 2018, p. 20.

⁸⁹ La Convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003.

tres protocolos en áreas y manifestaciones específicas de la delincuencia organizada: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. Los países deben ser partes en la Convención antes de poder ser parte en cualquiera de los protocolos.

El consenso internacional sobre qué constituye *trata de personas* es muy reciente.⁹⁰ De hecho, no fue sino hasta finales de 1990 cuando algunos Estados comenzaron con la tarea de separar la trata de personas de otras prácticas con las que ésta se asociaba comúnmente, como la migración irregular. La primera definición acordada de trata de personas se incorporó al Protocolo contra la Trata de Personas, el cual es considerado “un importante acuerdo internacional contra la trata de seres humanos”,⁹¹ y el “principal instrumento mundial jurídicamente vinculante para combatir la trata de personas”.⁹² Esta definición ha sido incorporada a muchos otros instrumentos legales y políticos, así como a leyes nacionales. La intención detrás de esta definición es facilitar la convergencia en los enfoques nacionales con respecto al establecimiento de delitos penales en el fuero interno que respalden eficientemente la cooperación en la investigación y persecución de casos de trata de personas.⁹³ Un objetivo adicional del Protocolo es la protección y asistencia de las víctimas de trata de personas con pleno respeto de sus derechos humanos.⁹⁴

La definición legal de “trata de personas” del artículo 3(a) del Protocolo es:

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

⁹⁰ UNODC, “The International Legal Definition of Trafficking in Persons: Consolidation of Research Findings and Reflection on Issues Raised”, Vienna, UNODC, 2018.

⁹¹ Inicialmente, el Protocolo de Trata estaba destinado a la trata de mujeres y niños. Sin embargo, posteriormente se amplió su alcance para incluir a todas las personas. La mayoría de los Estados están de acuerdo en que se debe prestar especial atención a la protección de las mujeres y niños. Gallagher, Anne Ver, “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, *Human Rights Quarterly* 23, 2001.

⁹² UNODC, “Report of the Conference of Parties to the United Nations Convention on Transnational Organized Crime on its Fourth Session, Held in Vienna from 8 to 17 October 2008”, *CTOC/COP/2008/19*, decision 4/4, Vienna, UNODC, 2008.

⁹³ UNODC, “The International Legal Definition of Trafficking in Persons: Consolidation of Research Findings and Reflection on Issues Raised”, p. 2.

⁹⁴ Artículo 2o. del Protocolo.

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.

Esto es, la trata de personas comprende tres elementos:

- i) una “acción”, que consiste en el reclutamiento, transporte, traslado, refugio o la recepción de personas;
- ii) un “medio”, por el cual se logra esa acción: amenazas o uso de la fuerza u otras formas de coerción, secuestro, fraude, engaño, abuso de poder o una posición de vulnerabilidad, y la entrega o recepción de pagos o beneficios a lograr el consentimiento de una persona que tiene control sobre otra persona; y
- iii) un “propósito”, que es la explotación que incluye, como mínimo, la explotación de la prostitución de terceros u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la eliminación de órganos.

Los tres elementos deben estar presentes para configurar el delito de “trata de personas”. Por lo tanto, si una persona —o un grupo de personas— comete uno o más de los actos enumerados con el propósito de explotar a alguien, pero no lo hace utilizando al menos uno de los medios descritos, está violando los derechos de la víctima y cometiendo un delito; sin embargo, ese delito no es trata de personas bajo el Protocolo de Trata. Sólo hay una excepción a esto, es decir, a que no estén presentes todos los elementos que se requieren para configurar el delito de trata de personas. Según el artículo 3o., subpárrafo (c), del Protocolo de Trata, el uso de la amenaza, de la fuerza y de otras formas de coerción no es aplicable si las víctimas son niños, niñas o jóvenes (definidos como personas menores de dieciocho años),⁹⁵ si el acto y el propósito aún se aplican. Por ejemplo, si los padres hacen arreglos para que un niño sea transportado a una situación de trabajo forzado, esto puede ser reconocido como trata aun cuando se tenga el consentimiento del niño.

⁹⁵ Artículo 3o., subpárrafo (d), del Protocolo.

2. *Tráfico ilícito de migrantes*

La definición internacionalmente aceptada de *tráfico ilícito de migrantes* se establece en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, que trata el creciente problema de los grupos delictivos que trafican con personas migrantes, usualmente con un gran riesgo para éstas y con grandes beneficios para los delincuentes. El objetivo del Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados parte, al tiempo de proteger los derechos de los migrantes que son objeto de tráfico ilícito y prevenir las peores formas de su explotación.⁹⁶

El artículo 3(a) del Protocolo establece la definición legal de “tráfico ilícito de migrantes”:

Tráfico ilícito de migrantes se entenderá como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

A los Estados que ratifican el Protocolo se les pide que tipifiquen como delito la conducta de tráfico ilícito de migrantes, tal como se define anteriormente, y que penalicen que se produzcan, obtengan o proporcionen documentos de viaje o identidad fraudulentos con el fin de permitir el tráfico ilícito de migrantes.⁹⁷ Por lo tanto, el Protocolo cubre los delitos relacionados con la facilitación de la entrada y estancia ilegales de extranjeros o personas que no son residentes permanentes cuando esto se hace para obtener un beneficio financiero o de otro tipo. La criminalización del tráfico ilícito de migrantes promovido por el Protocolo no tiene como fin criminalizar a los migrantes. La intención declarada es criminalizar y procesar a aquellos que trafican a otros para obtener ganancias, y no a los propios migrantes. De hecho, el artículo 5o. establece explícitamente que “los migrantes no serán responsables de un proceso penal” por haber sido objeto de tráfico ilícito.

3. *Trata y tráfico: una línea borrosa*

Si bien la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son delitos que suelen ser confusos por la similitud que presentan en algunos aspectos,

⁹⁶ Artículo 2o. del Protocolo.

⁹⁷ Artículo 6o. del Protocolo.

legalmente son delitos diferentes. Las principales diferencias corresponden al consentimiento, el propósito de la explotación, la transnacionalidad, la fuente de ganancias criminales y el objeto del delito:⁹⁸

- i) *Consentimiento*: en el tráfico, los migrantes suelen estar dispuestos a migrar y usualmente están de acuerdo con el contrabandista de que se les proporcionará un servicio por un precio determinado. En la trata, el consentimiento de las víctimas es irrelevante si se ha utilizado la amenaza, el uso de una posición de vulnerabilidad o cualquier otro de los medios mencionados en el Protocolo de Trata. En el caso de las víctimas infantiles, el consentimiento siempre es irrelevante.
- ii) *Propósito del crimen*: el propósito del tráfico ilícito de migrantes es facilitar la entrada o estancia irregular de una persona a un país en donde no es ciudadano o residente permanente para obtener un beneficio material o económico. El propósito de la trata de personas es la explotación de la víctima.
- iii) *Transnacionalidad*: el tráfico ilícito de migrantes siempre es transnacional, ya que implica un movimiento irregular entre (al menos) dos países diferentes. La trata de personas puede ser o no transnacional; una gran parte de los casos de trata ocurren dentro de las fronteras de un país.⁹⁹
- iv) *Fuente de ganancias criminales*: en el tráfico ilícito de migrantes, las ganancias para los criminales provienen de su capacidad para facilitar la entrada o permanencia ilegal en un país donde la persona objeto de tráfico no es un ciudadano o residente permanente. En la trata las ganancias suelen generarse mediante la explotación de las víctimas; por ejemplo, mediante el trabajo forzado, la explotación sexual o la extracción de órganos.
- v) *Crimen contra qué o quién*: el tráfico ilícito de migrantes afecta la soberanía de los Estados sobre sus fronteras. Como tal, no involucra a las personas como víctimas, aunque los migrantes pueden ser víctimas de otros crímenes durante el proceso de tráfico. La trata es un delito contra una persona: la víctima de la trata.

Con la separación de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en los Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada¹⁰⁰ ambos delitos pueden ser considerados como separados. Sin embargo, en la vida real es difícil hacer distinciones claras entre tráfico y trata, lo que lleva a

⁹⁸ UNODC, “Global Study on Smuggling of Migrants 2018”, Vienna, UNODC, 2018, p. 19.

⁹⁹ En 2014, 43% de los casos detectados de trata fueron casos domésticos. UNODC, “Global Report on Trafficking in Persons 2016”, Vienna, UNODC, 2017, p. 41.

¹⁰⁰ Véase la idea de Protocolos separados en Gallagher, Anne Ver, “Human Rights and the New...”, *cit.*, p. 981.

que no se identifique a algunos migrantes como víctimas de trata y, en consecuencia, no se les proporcione protección. Por ejemplo, los migrantes que creen ser objetos de tráfico pueden ser engañados o forzados a situaciones de explotación en algún momento de su movimiento, lo que puede cambiar la naturaleza del delito de tráfico a trata o dar lugar a que se cometan ambos delitos al mismo tiempo. O tal vez son transportados o explotados, pero no creen que hayan sido coaccionados. Deben haber experimentado los tres elementos para ser contados como migrantes traficados. Las personas en estas situaciones a menudo son llamadas personas “traficadas” o “irregulares” y deportadas. A pesar de que alguien pudo haber experimentado algún suceso cercano a la trata, se dice que los abusos contra ellos han sido aceptables, y se les considera culpables por violar las leyes de inmigración.¹⁰¹

A pesar de que legalmente son delitos distintos, existen varios vínculos entre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes:

- i) Ambos delitos pueden implicar la migración irregular. Las personas objeto de trata a menudo pasan de contrabando a través de las fronteras, y los migrantes traficados son particularmente vulnerables a ser objeto de trata debido a su situación precaria;
- ii) Ambos delitos son a menudo, aunque no siempre, conducidos por grupos criminales organizados;
- iii) Ambos delitos involucran seres humanos y, por lo tanto, cualquier respuesta debe centrarse en garantizar la protección de las víctimas de la trata y los derechos de los migrantes objeto de tráfico;
- iv) Los esfuerzos por prevenir y combatir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes requieren de un enfoque multifacético e integral que tenga en cuenta los factores de expulsión y atracción de la migración, la sensibilización y la prevención, las respuestas de la justicia penal dirigidas a los autores de los delitos y la protección de la seguridad y los derechos humanos de los migrantes y las víctimas de trata.¹⁰²

4. *Los delitos de trata y tráfico de personas ante la migración forzada*

La trata es una forma de esclavitud moderna que explota a niños, mujeres y hombres cada año. Implica la violación grave de sus derechos hu-

¹⁰¹ Global Alliance Against Traffic in Women (GAATW), “Smuggling and Trafficking: Rights and intersections”, *GAATW Working Papers Series*, Bangkok, Thailand, GAATW, 2011, p. 36.

¹⁰² UNODC, “UNODC’s Comprehensive Strategy to Combat Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants”, Vienna, UNODC, 2012.

manos básicos a la vida, a la libertad y a la seguridad personales. Constituye un crimen mundial vinculado a la globalización y a la migración irregular, al tráfico de personas y al crimen transnacional. Los crecientes niveles de desigualdad, tanto a nivel mundial como interno, alientan a millones de personas desfavorecidas a migrar internacional e internamente de manera forzada. Así, la trata y el tráfico son prácticas generalizadas que, en buena medida, son producto de las políticas migratorias cada vez más restrictivas de los países ricos y la externalización de sus controles migratorios en los países de tránsito.¹⁰³ Las personas con opciones limitadas para migrar buscan medios irregulares para hacerlo, y, por consiguiente, se ponen en riesgo de ser víctimas de trata,¹⁰⁴ que es una de las formas más graves y frecuentes de violencia de la que son objeto niñas, niños y jóvenes migrantes no acompañados.¹⁰⁵

De este modo, la migración forzada es un ambiente que propicia la comisión de los delitos de trata y tráfico de personas, porque involucra a personas que se han visto obligadas a huir de sus hogares y buscar un hogar en otro país, a menudo sin los documentos legales apropiados, y utilizando una variedad de intermediarios, comúnmente llamados “contrabandistas” o “polleros”. Los migrantes traficados son transportados ilegalmente con fines de lucro,¹⁰⁶ pero la mayor parte de las ganancias no proviene de su transportación, sino de la venta de servicios sexuales o del trabajo de la persona traficada en el país de destino o de tránsito, o incluso de la extracción de sus órganos.¹⁰⁷

¹⁰³ Menjívar, Cecilia, “Immigration Law Beyond Borders: Externalizing and Internalizing Border Controls in an Era of Securitization”, *Annual Review of Law and Social Science* 10, núm. 1, 2014.

¹⁰⁴ Liu, Yanchuan, “The Commodification of Human Life: Human Trafficking in the Age of Globalization”, *Macalester International* 25, 2010.

¹⁰⁵ Azaola, Elena, *Infancia robada. Niños y niñas víctimas de explotación sexual en México*, México, DIF/UNICEF, 2000, p. 38.

¹⁰⁶ Las ganancias de los contrabandistas provienen de las tarifas que cobran a los migrantes por sus servicios. Las tarifas están determinadas en gran medida por la distancia de la trayectoria del contrabando, el número de cruces fronterizos, las condiciones geográficas, los medios de transporte, el uso de documentos de identidad o de viaje fraudulentos, el riesgo de detección y otros. Las tarifas no son fijas y pueden cambiar de acuerdo con los perfiles de los migrantes y su riqueza percibida. UNODC, “Global Study on Smuggling...”, *cit.*, p. 5.

¹⁰⁷ Los traficantes controlan a las víctimas y las obligan a entregar todo o una parte significativa de sus ganancias. También utilizan otros métodos, como imponer grandes “deudas” cuando las víctimas viajaron a su lugar de explotación, obteniendo “multas” por una serie de conductas inapropiadas insignificantes o inventadas, y/o obligando a las mujeres a tener relaciones sexuales comerciales en las calles, pagar una tarifa diaria por el “derecho” de ocupar un lugar particular. UNODC, “Global Report...”, *cit.*, Vienna, UNODC, 2019, p. 39.

Los migrantes forzados son extremadamente vulnerables a la explotación y a la trata de personas a manos de traficantes, delincuentes y autoridades corruptas, que aprovechan la vulnerabilidad de aquéllos a los abusos y a la explotación.¹⁰⁸ Sin embargo, no todos los delitos cometidos contra los migrantes, como la extorsión, el secuestro para obtener un rescate y la explotación laboral, o la práctica del tráfico ilícito de migrantes en sí mismo, constituyen trata de personas. La trata a veces está relacionada con estos otros delitos, y ocurre a lo largo de las rutas de migración.¹⁰⁹

La complejidad de la trata en el proceso migratorio plantea desafíos para los organismos encargados de hacer cumplir la ley al identificar a las víctimas. Considerar la trata como un problema de seguridad (en comparación con una cuestión de derechos humanos) ignora estas complejidades, lo que resulta en el arresto, la detención y la deportación de migrantes irregulares que han sido víctimas de trata. Estas personas, debido a que carecen de un estatus migratorio legal, son encarceladas por violar las políticas de inmigración.¹¹⁰ Y si son “rescatadas”, generalmente son deportadas, lo que a menudo las devuelve a las manos de los traficantes y a las condiciones de las que huyeron en primer lugar, y, por lo tanto, no sólo son víctimas de los traficantes, sino también de las políticas securitarias del gobierno anfitrión.¹¹¹

Aún más, como las condiciones en el hogar siguen siendo las mismas, los migrantes retornados hacen nuevos intentos por migrar, lo que resulta en una vulnerabilidad al tráfico, a la servidumbre por deudas, a la violación, al engaño y a la coerción, y también a la violencia tanto de empleadores como de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y funcionarios de

¹⁰⁸ Shetty, Salil, “Most Dangerous Journey: What Central American Migrants Face when they try to Cross the Border”, Nueva York, Amnesty International, 20 de febrero de 2014, disponible en: <https://www.amnestyusa.org/most-dangerous-journey-what-central-american-migrants-face-when-they-try-to-cross-the-border/>.

¹⁰⁹ Correa-Cabrera, Guadalupe y Bryson Clark, Jennifer, “Re-Victimizing Trafficked Migrant Women: The Southern Border Plan and Mexico’s Anti-trafficking Legislation”, *Eurasia Border Review* 8, núm. 1, 2017, p. 56.

¹¹⁰ Brysk, Alison y Choi-Fitzpatrick, Austin, *From Human Trafficking to Human Rights: Reframing Contemporary Slavery*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2012.

Chang, Grace y Kim, Kathleen, “Reconceptualizing Approaches to Human Trafficking: New Directions and Perspectives from the Field(s)”, *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties* 3, núm. p. 2.

Kempadoo, Kamala et al., *Trafficking and Prostitution Reconsidered: New Perspectives on Migration, Sex Work, and Human Rights*, Boulder, Paradigm, 2005.

¹¹¹ Correa-Cabrera, Guadalupe y Bryson Clark, Jennifer, “Re-Victimizing Trafficked Migrant Women...”, *cit.*, p. 58.

migración. Esto mientras que los migrantes que son objeto de trata —siempre que cooperen con los organismos encargados de hacer cumplir la ley— son percibidos como “víctimas”. Sin embargo, a menudo se les trata como delincuentes comunes y como una amenaza para la seguridad nacional. De este modo, un enfoque de seguridad no reconoce las complejidades de la trata y el respeto y protección a los derechos humanos de los migrantes irregulares que son víctimas de trata.¹¹²

La trata de personas incrementa la mano de obra barata y explotable y las estrictas leyes de migración, y está íntimamente relacionada con la violencia de género, la pobreza y las disparidades en las oportunidades económicas. Bajo el enfoque de seguridad para combatir la trata de personas, el estatus irregular de los migrantes, especialmente de mujeres y niños, conduce a una mayor marginación en las rutas migratorias y de explotación, trata y revictimización.¹¹³

V. TRATA INFANTIL

La “trata infantil” se puede definir como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación. La captación, o cualquiera de los otros actos con fines de explotación, es realizada por terceras personas o grupos que la organizan, haciendo uso de la fuerza o no. Tiene que haber cierto desplazamiento al interior de un país, o a través de una frontera (por mínimo que sea) para diferenciar la trata de las otras formas de esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud enumeradas en el artículo 3o., inciso a, del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y garantizar que las víctimas de trata obtengan la debida asistencia.¹¹⁴

La amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, o el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad en cualquier momento de la captación y traslado, no son indispensables en el caso de los niños (a diferencia de los adultos), aunque de cualquier manera constituyen indicaciones evidentes de trata infantil. Un tratante de niños es cualquier persona que contribuye a un elemento del proceso de trata

¹¹² Jordan, Ann, “The Annotated Guide to the Complete U.N. Trafficking Protocol”, Washington, D. C., International Human Rights Law Group, 2002.

¹¹³ Chaung, Janie, “Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 13, núm. 1, 2006.

¹¹⁴ OIT, *Trata infantil. Nociones esenciales*, Ginebra, OIT, 2010, p. 1, disponible en: <https://www.ilo.org/ipec/areas/Traffickingofchildren/lang-es/index.htm>.

con la intención de explotar a un niño. Entre los tratantes de niños figuran aquellos que participan únicamente en una parte de todo el proceso, como captadores, intermediarios, proveedores de documentación, transportistas, funcionarios corruptos, proveedores de servicios y empleadores inescrupulosos. Las niñas, que se ven afectadas de manera desproporcionada, son objeto de trata en especial con fines de explotación sexual comercial y trabajo infantil doméstico; por su parte, los niños caen en la trata en particular para trabajar en la agricultura, así como en plantaciones, en la minería y en conflictos armados.¹¹⁵

La pobreza por sí sola no implica que los niños acabarán siendo víctimas de trata; lo que suele propiciar su vulnerabilidad a este delito es el hecho de que se sumen uno o varios otros factores de riesgo. Estos factores pueden ser de índole individual, doméstica, comunitaria o institucional. Entre algunas de las causas comunes de la vulnerabilidad figuran la ausencia de registro de nacimiento, la discriminación, la orfandad, la enfermedad en la familia, el abuso familiar, los conflictos o catástrofes naturales, el hecho de viajar solo o recurrir a una agencia de migración laboral no registrada o a un traficante de migrantes, la incapacidad para hablar el idioma, la falta de reglamentación de la economía informal, la deficiencia del marco jurídico y de la aplicación de la ley, la corrupción, y una gran población juvenil con un bajo nivel de absorción en el mercado laboral. La vulnerabilidad no es un problema estático, sino que cambia a lo largo del tiempo, y se observan distintos factores de riesgo en los diferentes contextos.¹¹⁶

El Informe Mundial sobre Trata de Personas de 2021 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) señala que el 34% de las víctimas de trata a nivel mundial son personas menores de edad: niñas (19%) y niños (15%). De hecho, la niñez es el segundo grupo de personas más proclive a ser víctima de este delito, después de las mujeres.¹¹⁷ De este modo, una de cada tres víctimas de trata detectadas en el mundo es menor de edad. Las características del tráfico de niños y sus impulsores subyacentes parecen diferir según los contextos geográficos y sociales. Los niños víctimas de trata que son detectados en países de ingresos bajos tienen más probabilidades de ser explotados en trabajos forzados. Por el contrario, los niños víctimas de trata que son detectados en países de ingresos altos son víctimas de explotación sexual.¹¹⁸

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 2.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ UNODC, “Global Report...”, *cit.*, 31.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 81.

1. *Factores de riesgo*

Los niños que son víctimas de trata cuentan con muchas condiciones de vulnerabilidad que se entrecruzan. Los riesgos relacionados con la edad se ven agravados por dimensiones socioeconómicas, así como por otros factores particularmente relevantes para los niños, como la falta de cuidado de los padres y/o las familias disfuncionales. Algunos estudios en Centroamérica, por ejemplo, sugieren que la violencia doméstica y otras formas de violencia contra las mujeres y los niños, así como la discriminación contra las minorías étnicas, aumentan potencialmente el riesgo de que las niñas se conviertan en víctimas de trata.¹¹⁹

Una víctima infantil de trata a menudo está conectada con sus antecedentes familiares. En comunidades extremadamente pobres, el contexto socioeconómico y las normas culturales parecen jugar un papel importante. Sin embargo, también en los países de ingresos altos los niños son vulnerables a la trata. Esto es particularmente visible entre los niños que experimentan una crianza disfuncional o sin cuidado de los padres, así como entre los que viven en comunidades más pobres.

La ausencia de una familia es frecuente en los casos de trata de niños con fines de explotación sexual; pero también se informa en los casos de trata para la mendicidad y actividades delictivas forzadas. La ausencia de una familia también tiene una connotación económica, ya que estos niños han encontrado la manera de sobrevivir por sí mismos. Los niños sin hogar están presentes en muchas áreas urbanas del mundo luchando en las calles, a veces en una situación similar a la trata. Los tratantes pueden seleccionar a los niños de la calle para la explotación sexual o la actividad delictiva forzada a cambio de alimentos, ropa, vivienda u otras necesidades básicas de supervivencia.¹²⁰

Los niños migrantes enfrentan riesgos importantes de ser víctimas de trata a lo largo de la ruta migratoria y al llegar a los países de tránsito y de destino.¹²¹ De hecho, la Observación General 6 del Comité de los Derechos del Niño hace énfasis en la condición de vulnerabilidad de niños y

¹¹⁹ UNICEF, “Human Trafficking for Sexual Exploitation Purposes in Guatemala”, Guatemala, UNICEF, 2016.

¹²⁰ UNODC, “Global Report...”, p. 90.

¹²¹ GA UN, “Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material; and trafficking in persons, especially women and children”, *A/72/164*, UN, 18 July 2017.

niñas migrantes frente a estos delitos,¹²² especialmente aquellos que viajan no acompañados.¹²³ Además, los contextos de violencia familiar, pobreza y precariedad de los que proceden facilitan que sean blanco de los traficantes y tratantes.¹²⁴

2. Trata infantil con fines de trabajo forzado

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el continente africano registra la mayor prevalencia de trabajo infantil (entre cinco y diecisiete años).¹²⁵ La aceptación cultural de la participación de los niños en el mercado laboral es un terreno fértil para los tratantes que buscan niños para explotarlos en actividades laborales. Es más fácil explotar a los niños en áreas donde las comunidades están acostumbradas a enviar niños a trabajar que en comunidades donde el trabajo infantil no es una práctica aceptable. En algunos contextos socioeconómicos, la trata de niños puede ocurrir a escala comunitaria, a menudo involucrando a miembros de la familia. Las familias en extrema necesidad pueden alentar a sus hijos a trabajar, y los niños pueden sentir la presión de contribuir económicamente a la familia, dejándolos vulnerables a las prácticas de explotación.¹²⁶

En África subsahariana se han documentado casos de trata de niños para trabajar en plantaciones, en minas, en canteras y en granjas, y también para vender diferentes productos en mercados y calles o para dedicarse al trabajo doméstico. En el sur de Asia se ha observado que los niños son objeto de trata tanto para labores forzadas en el trabajo doméstico como en los hornos de ladrillos, en pequeños hoteles, en la industria textil o en la agricultura. También se han encontrado casos de trata de niños en plantaciones sudamericanas. No existen estadísticas precisas sobre el rango de edad de los niños tratados laboralmente, pero los estudios sobre niños que

¹²² Comité de los Derechos del Niño, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, Observación General No. 6, CRC/GC/2005/6, Ginebra, ONU, 1o. de septiembre de 2005, pp. 52 y 53, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>.

¹²³ UNICEF/OIM, “Una terrible travesía: los niños y jóvenes en tránsito a través del Mediterráneo están en peligro de ser víctimas de la trata y la explotación”, Nueva York, Ginebra, UNICEF/OIM, 2017, p. 5.

¹²⁴ UNODC, “Global Report...”, *cit.*, p. 9.

¹²⁵ ILO, “Global Estimates of Child Labour. Results and trends, 2012-2016”, Geneve, ILO, 2017.

¹²⁶ UNODC, “Global Report...”, *cit.*, p. 83.

trabajan en la agricultura en el sur de Asia indican que una cuarta parte de ellos comienzan a trabajar entre los seis y los nueve años.¹²⁷

3. *Trata infantil con fines de explotación sexual*

Los niños víctimas de la trata con fines de explotación sexual (principalmente niñas) se identifican en todas partes del mundo, pero se concentran en gran medida en América central y el Caribe y en Asia oriental. Los países con un producto interno bruto (PIB) per cápita más bajo suelen detectar más niños que adultos entre las víctimas de explotación sexual en comparación con los países que registran un PIB per cápita más alto. Esto se confirma incluso entre países de la misma subregión. El perfil etario de las víctimas de trata con fines de explotación sexual cambia según el ingreso nacional. Las niñas de entre catorce y diecisiete años parecen ser un objetivo particular. Este patrón de edad parece ser parte de patrones más amplios de violencia sexual y de género, que hace que las jóvenes también sean víctimas de otros delitos, desde el acoso hasta la violencia sexual y el asesinato. El riesgo de muerte de las niñas como resultado de la violencia aumenta desde el principio hasta el final de la adolescencia, y el primer incidente de violencia sexual ocurre con mayor frecuencia entre los quince y los diecinueve años.¹²⁸

VI. TRABAJO INFANTIL

El “trabajo infantil” suele referirse a todo trabajo que priva a los niños de su niñez, de su potencial y de su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. Se trata de un trabajo que es peligroso y perjudicial para su bienestar físico, mental o moral; y/o interfiere con su escolarización, puesto que los priva de la posibilidad de asistir a clases; los obliga a abandonar la escuela de forma prematura, o les exige combinar el estudio con un trabajo pesado, y que insume mucho tiempo.¹²⁹ Abarca:

- A) Todo tipo de *trabajo realizado por niños menores de doce años* que laboran en cualquier actividad económica;

¹²⁷ *Ibidem*, p. 84.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 84 y 85.

¹²⁹ UNICEF ILO, “Global Estimates 2020, Trends and the Road Forward”, Nueva York, ILO, UNICEF, 2021.

- B) Los *trabajos pesados o peligrosos que realizan niños entre doce y catorce años*, y que no están comprendidos dentro del “trabajo ligero”, permitido para niños dentro de ese rango de edad, y
- C) Las *peores formas de trabajo infantil* que, de acuerdo con el artículo 3o. del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se refieren a la explotación de niños, niñas y jóvenes por parte de adultos en actividades económicas, que ocasionan daño a su desarrollo físico, psicológico y moral; en suma, que ponen en riesgo su salud, su integridad física, psicoemocional y el acceso a la educación.¹³⁰ Entre estas actividades se encuentran:
- 1) Todas las formas de esclavitud o cualquier práctica análoga a la esclavitud, que se puede entender como cualquier acto de captura, enganche, adquisición o cesión que tenga por objeto venta, y/o trueque de un niño con el fin de venderlo, cambiarlo, transportarlo o realizar actos de los cuales se obtiene un beneficio económico a través de su explotación, y que implican la violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales y el no acceso a una vida de calidad que propicie su desarrollo y cuidado integral. En esta categoría se incluyen:
 - La *trata laboral* de personas, que incluye el trabajo doméstico, el empleo en fábricas, maquiladoras, así como en espacios agrícolas o de la construcción, minas, entre los más comunes.
 - La *mendicidad ajena*, que es una actividad mediante la cual una persona se aprovecha y abusa de un niño para obtener un beneficio económico de éste al usarlo y controlarlo para actividades de mendicidad.
 - La *servidumbre*, que es cuando los niños son tomados como trabajadores de limpieza; por ejemplo, de cocina, restaurantes, negocios, locales, o en casas como trabajadores domésticos. Los niños son sometidos a esta forma de actividad a cambio de obtener un lugar para dormir o vivir, pagar alimentos y subsistir. También se incluyen aquí el uso de niñas y jóvenes para negocios de maternidad subrogada, o de adopciones o venta de niños.
 - El *matrimonio forzado o servil*, que es una simulación jurídica a través de la cual se entrega una niña en matrimonio a un tercero con fines económicos, como pagar deudas, acrecentar o aumentar un patrimonio, la compra de ganado, etcétera.

¹³⁰ Le Goff, Hélène y Lothar Weiss, Thomas, *La trata de personas en México. Diagnóstico sobre la asistencia a víctimas en México*, México, OIM, 2011, pp. 25 y 26.

- 2) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para su explotación en la prostitución, la producción de pornografía o las actuaciones pornográficas.
- 3) La utilización, el reclutamiento, la oferta de niños para actividades ilegales, como el narcotráfico y el tráfico de órganos.
- 4) El trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se lleva a cabo podría dañar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

La Convención sobre los Derechos del Niño no utiliza el concepto de “peores formas de trabajo infantil”; no obstante, en su artículo 32 señala 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”, debiendo cada uno de los Estados parte establecer la edad mínima, los horarios, las condiciones de trabajo y las sanciones. Asimismo, refiere que se deberán adoptar medidas para “impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de sustancias” (artículo 33). Y que los Estados protegerán a los niños, niñas y jóvenes contra “la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos” (artículo 34).

VII. EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL INFANTIL

El comercio de niños, niñas y jóvenes para fines de explotación sexual u otra está previsto en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: “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”. De otro lado, el 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, del 25 de mayo de 2000, la define como “la utilización de un niño, niña o adolescente menor de 18 años en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Y enuncia los actos que, al menos, los Estados deben tipificar y sancionar, entre ellos: la explotación sexual del niño, la oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, la producción, distribución, divulgación,

importación, exportación, oferta, venta o posesión de pornografía infantil y el trabajo forzoso.

El First World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children de 1996 definió a la explotación sexual comercial infantil y adolescente (ESCIA) como “el abuso sexual cometido por un adulto que implica una remuneración en dinero o de otro tipo para el niño, niña o adolescente o para terceras personas”. Y el World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children, como “el abuso sexual por parte del adulto y remuneración en efectivo o en especie al niño o tercer persona o personas”.¹³¹ De este modo, la ESCIA es un delito en el que una persona adulta contrata con un tercero los servicios de un niño, una niña o un joven para mantener relaciones sexuales con él/ella, contra su voluntad o de manera consensuada, y conlleva una remuneración —en dinero o en especie— para el niño/a o una tercera persona.¹³² Así, los niños no sólo son utilizados como un objeto sexual, sino también como un objeto comercial, configurándose en una forma contemporánea de esclavitud.¹³³

La explotación sexual comercial infantil y adolescente (ESCIA) puede incluir violaciones a la libertad personal o el libre tránsito en los casos en que se acompaña de la sustracción o retención. Además, supone la derogación de los derechos básicos de dignidad, autonomía, salud física y mental del niño explotado. Se trata de una violación fundamental de los derechos de la niñez, que suele tener graves consecuencias en el desarrollo integral de los niños para el resto de sus vidas.¹³⁴

La ESCIA es una forma de victimización y un grave problema de salud pública.¹³⁵ Se trata de un fenómeno universal que engloba diferentes formas de victimización contra la infancia y las juventudes, que van desde los malos tratos físicos, a múltiples tipos de violencia sexual. Tradicionalmente, esta

¹³¹ World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children, “The Stockholm Declaration and Agenda for Action”, 1997, p. 5, disponible en: <https://archive.unescwa.org/declaration-and-agenda-action-world-congress-against-commercial-sexual-exploitation-children>.

¹³² Camacho Ordóñez, Leidy Bibiana y Trujillo González, María Angélica, “La explotación sexual comercial infantil: una ganancia subjetiva”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 7, 2009.

¹³³ Beddoe, C., “World Congress Against the Sexual Exploitation of Children and Adolescents”, en Bolin, A. y Whelehan, P. (eds.), *The International Encyclopedia of Human Sexuality*, London, Wiley-Blackwell, 2015.

¹³⁴ Save the Children, “Rompe las cadenas de la esclavitud infantil. Informe de *Save The Children*”, Madrid, Save the Children España, 2000, disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/rompamos_las_cadenas_esclavitud.pdf.

¹³⁵ Greenbaum, J., “A Public Health Approach to Global Child Sex Trafficking”, *Annual Review of Public Health* 41, 2020.

forma de explotación se ha percibido como un fenómeno oculto, vinculado al crimen organizado, que ocurre en países en vías de desarrollo e involucra a niños y jóvenes vulnerables, que son explotados dentro de su propio país y/o transportados a países desarrollados. Sin embargo, este enfoque ha sido superado por la investigación contemporánea, la cual ya ha comenzado a reconocer y abordar este fenómeno desde una perspectiva multinivel. Por ello, actualmente se reconoce que la explotación sexual infantil puede tener lugar dentro o a través de cualquier región o país con diferentes niveles de organización.¹³⁶

La explotación sexual comercial comprende las siguientes conductas: *a)* explotación de niños en la prostitución; *b)* trata de niños con fines de explotación sexual; *c)* explotación sexual de niños en viajes y turismo; *d)* pornografía infantil, y *e)* uso de niños en espectáculos sexuales (públicos o privados).¹³⁷ Aunque estas prácticas pueden implicar la afectación a muchos derechos al mismo tiempo, una de éstas es a la integridad física y psíquica de la víctima, incluso si no existen medios de coacción que puedan implicar una violación al derecho a la libertad personal.

Las formas en que los niños son abordados por los explotadores están determinadas por el grado de madurez o necesidad en los niños. Como señala Azaola:

Existen sitios donde los niños son reclutados con mayor frecuencia, como son las terminales de autobuses, en donde los enganchadores ubican especialmente a las adolescentes que llegan solas a las ciudades y que tienen una gran urgencia de conseguir un empleo. En otras ocasiones acuden a parques en los que suelen pasear las empleadas domésticas durante sus días de descanso, en donde les ofrecen un empleo mejor remunerado o bien las seducen, contraen matrimonio, y luego las convencen de que deben apoyarlos trabajando sólo por un periodo corto en la prostitución debido a cualquier situación que les hacen creer como urgente o extraordinaria. A los niños los ubican en los parques o locales donde hay juegos electrónicos y, a los que viven en la calle, los encuentran en parques o plazas donde se sitúan aquellos que están dispuestos a irse con un cliente a cambio de comida, ropa, juguetes o un lugar donde puedan asearse o pasar la noche.¹³⁸

¹³⁶ Greenbaum, J., “Child Sex Trafficking and Commercial Sexual Exploitation”, *Advances in Pediatrics* 65, núm. 1, 2018.

¹³⁷ OIT, *Explotación sexual comercial infantil*, Ginebra, OIT, 2021, disponible en: <https://www.ilo.org/ipsec/areas/CSEC/lang-es/index.htm>.

¹³⁸ Azaola, Elena, “La explotación sexual comercial de niños y niñas en México”, *Defensor. CDHDF* 4, 2009.

Algunos criterios que se han establecido para identificar cuándo se está ante un caso de explotación sexual comercial son los siguientes:¹³⁹

- a) Uso y manejo de dinero sin especificar de dónde proviene.
- b) Relaciones con adultos poco claras.
- c) Frecuentar a personas que se sabe son proxenetas o están ligadas al ambiente delictual y de drogas.
- d) Frecuentar locales nocturnos.
- e) Experiencias de calle.
- f) Independencia.
- g) El embarazo adolescente.
- h) Abandono escolar.
- i) Enfermedades de transmisión sexual.
- j) Abuso de drogas y/o alcohol.
- k) Antecedentes de abuso sexual y/o maltrato físico.
- l) Niños y jóvenes que vienen de fuera, y no dan informaciones claras acerca de su lugar de origen o estadía.

La UNICEF afirma que aproximadamente 1.8 millones de niños en todo el mundo han sido víctimas de explotación sexual comercial, especialmente para actividades de prostitución y pornografía. Igualmente, la OIT¹⁴⁰ afirma que se calcula que la explotación sexual afecta anualmente a un millón de niños en el mundo. Sin embargo, se presupone que esta cifra es mucho más elevada dado el carácter secreto, delictivo y marginal del fenómeno. Es muy difícil, si no imposible, establecer de forma precisa el número de víctimas de ESCIA, ya que la mayoría de ellas son “invisibles” para la sociedad, por estar inmersas en contextos inaccesibles para la mayor parte de la población.¹⁴¹

Desde el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en 1996 en Estocolmo, se reconoció que cada día aumenta el número de niños que son objeto de explotación y abusos sexuales; que la pobreza no puede ser esgrimida como excusa para la explotación sexual comercial de los niños; que la explotación sexual de niños es practicada

¹³⁹ Fernanda, M. et al., *Explotación sexual comercial en niños, niñas y adolescentes parte II*, Santiago de Chile, Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.

¹⁴⁰ OIT, “ILO Global Estimate of Forced Labour 2012: Results and methodology”, Geneva, ILO, 1o. June 2012, disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_182004/lang-en/index.htm.

¹⁴¹ Miller-Perrin, C. y Wurtele, S. K., “Sex Trafficking and the Commercial Sexual Exploitation of Children”, *Women & Therapy* 40, núm. 1-2, 20170.

por diversos grupos en la sociedad (familiares, maestros, intermediarios, el sector empresarial, prestadores de servicios, clientes o servidores públicos); que la existencia de leyes para hacer frente a la explotación sexual comercial de niños no es suficiente si no va aparejada del presupuesto y la voluntad política correspondientes que permitan la creación, modificación, adición y eficacia de las mismas leyes, así como la debida protección de este grupo de personas en condiciones de vulnerabilidad.

La explotación sexual contra niñas, niños y jóvenes migrantes no acompañados es un problema que se visibiliza y crece día a día y conlleva de manera implícita otras formas de violencia, que pueden abarcar el trabajo forzoso y otras formas contemporáneas de esclavitud.¹⁴² La explotación sexual contra niños migrantes no acompañados está mediada en buena parte por los espacios de invisibilidad en que estos niños se mueven dada su condición migratoria irregular, su edad y la falta de compañía de un familiar. Algunas de las modalidades de la explotación comercial contra estos niños abarca a:

- 1) Niños que viven en la calle y/o ofrecen sus servicios preponderantemente en la vía pública.
- 2) Niños que prestan sus servicios en lugares donde se prestan servicios sexuales de manera más o menos reconocida, como hoteles, bares, centros nocturnos o casas de prostitución, y
- 3) Niños que prestan servicios sexuales de manera encubierta en sitios que tienen otros fines reconocidos, como loncherías, cervecerías, casas de masaje, estéticas, agencias de modelaje, agencias de acompañantes, etcétera.¹⁴³

El Comité de los Derechos del Niño, en su observación general 13, de 2011, ha resaltado la necesidad de la cooperación transfronteriza, regional e internacional, para la protección de los niños en contextos de movilidad en contra las formas de explotación sexual comercial:

...[es necesario] abordar cuestiones relativas a la protección de los niños que trascienden las fronteras nacionales, como las siguientes: los desplazamientos transfronterizos de niños —no acompañados o con su familia—voluntarios

¹⁴² ECPAT, “Trata y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en la frontera de México con Belice”, México, ECPAT, 2011, disponible en: https://qroo.gob.mx/sites/default/files/unisitio2021/03/11TrataExplotacionSexualComercialNinosNinasAdolescentesFronteraMexico-Belice_0.pdf.

¹⁴³ Azaola, Elena, “La explotación sexual...”, *cit.*

o forzosos (por ejemplo a consecuencia de un conflicto, una hambruna, desastres nacionales o epidemias) que pueden exponer a los niños al riesgo de sufrir daños; *la trata transfronteriza de niños con fines de explotación laboral o sexual*, adopción, extirpación de órganos u otros fines; los conflictos que trascienden las fronteras nacionales y pueden comprometer la seguridad del niño y su acceso a sistemas de protección, aunque permanezca en su país de origen, y los desastres que afectan a varios países al mismo tiempo. Podrían tener que aprobarse leyes y de ser necesario aprobar legislación, políticas, programas y asociaciones específicas para proteger a los niños afectados por problemas transfronterizos que atañen a su protección (por ejemplo la *ciberdelincuencia y la persecución extraterritorial de quienes abusan sexualmente de niños cuando viajan o hacen turismo, y las personas dedicadas a la trata de familias y niños*), tanto si esos niños reciben cuidados tradicionales como si se encuentran al cuidado *de facto* del Estado, por ejemplo los niños no acompañados.¹⁴⁴

Los niños migrantes no acompañados son un blanco fácil de los explotadores, y aún más en los países donde no hay una acción estatal que asegure la aplicación del principio del interés superior de la niñez tanto en las políticas como en los procedimientos y programas migratorios, lo cual implicaría que el Estado otorgue de manera decidida protección internacional a los niños migrantes que la necesiten (acompañados o no). De hecho, los países con mayor consumo de pornografía infantil en todo el mundo —Suiza, Alemania, Estados Unidos, México, Rusia, Reino Unido, Italia, Canadá, Francia, Japón, España y Países Bajos— son regiones que también tienen una intensa actividad migratoria, ya sea como países de origen, de tránsito o de destino de migrantes.¹⁴⁵ Las modalidades de explotación sexual comercial más visibilizadas e identificadas suelen ser las redes de prostitución, turismo sexual y pornografía, de las cuales la niñez migrante no acompañada suele ser víctima frecuente, a veces inclusive desde sus lugares de origen.

Al respecto, la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía ha puesto de manifiesto los efectos severos de este delito para los niños migrantes:

Los niños que se desplazan corren un alto riesgo de ser vendidos y explotados sexualmente. Entre ellos hay niños migrantes, solicitantes de asilo, re-

¹⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, Observación General 13, CRC/C/GC/13, Ginebra, ONU, 2011, p. 76.

¹⁴⁵ Félix, Paola, “Migración, el inframundo de la explotación sexual infantil”, *El Universal*, México, 2 de abril de 2019, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/paola-felix-diaz/migracion-el-inframundo-de-la-explotacion-sexual-infantil>.

fugiados y afectados por conflictos o desplazados por el cambio climático y las catástrofes naturales. Los niños indocumentados y los menores no acompañados también son vulnerables debido a que los riesgos se ven agravados por las limitaciones de acceso a vías seguras de migración, servicios y justicia. Los niños desplazados a causa de la migración inducida por el clima se enfrentan a riesgos derivados de la reubicación en asentamientos informales con infraestructura insuficiente y peligros ambientales. La discriminación, el acceso limitado a los servicios y los obstáculos lingüísticos también los hacen extremadamente vulnerables. Los conflictos prolongados y los nuevos que están surgiendo empujan a millones de niños a la trata, la venta y la explotación de personas.¹⁴⁶

1. *Explotación de niñas, niños y jóvenes en la prostitución*

La explotación de niños en la prostitución consiste en la acción de contratar u ofrecer los servicios de un niño para realizar actos sexuales a cambio de dinero u otra contraprestación con esa misma persona u otra.¹⁴⁷ Esta forma de explotación se ha denominado comúnmente “prostitución infantil” en instrumentos jurídicos internacionales¹⁴⁸ y en leyes, políticas y programas nacionales, así como en los medios de comunicación. No obstante, en épocas recientes se ha reconocido que el uso del término “pornografía infantil” puede dar lugar a interpretaciones erróneas, ya que implica que esta forma de explotación es meramente un subtipo de prostitución,¹⁴⁹ y no reconoce que el niño es una víctima de explotación sexual al sugerir que posiblemente da su consentimiento.¹⁵⁰

¹⁴⁶ AG ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Mama Fatima Singhateh”, A/77/140, Ginebra, ONU, 12 de julio de 2022, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/421/02/PDF/N2242102.pdf?OpenElement>.

¹⁴⁷ Buscarons, Edis, “Prostitución infantil: una industria inhumana que sigue creciendo”, disponible en: https://catedra.unescodh.unam.mx/catedra/BibliotecaV2/Documentos/Trata/Articulos/prostitucion_infantil.pdf.

¹⁴⁸ 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 y Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual.

¹⁴⁹ Interagency Working Group on Sexual Exploitation of Children, “Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse”, Luxembourg/Bangkok, ECPAT International, June 2016, p. 30, disponible en: <http://luxembourgguidelines.org/wp-content/uploads/2017/06/Terminology-guidelines-396922-EN.pdf>.

¹⁵⁰ ECPAT International, “Summary Paper on Sexual Exploitation of Children in Prostitution”, Bangkok, ECPAT International, November 2020, p. 1, disponible en: <https://ecpat.org>.

El término “prostitución infantil” también deja abierta la posibilidad de que los niños sean criminalizados por su participación en la prostitución en contextos donde ésta es ilegal. Por ello, es crucial que se tomen medidas para garantizar que la terminología refleje que cualquier niño involucrado en la prostitución es víctima de una forma de explotación sexual. En este sentido, las Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño en septiembre de 2019, recomiendan que el término “prostitución infantil” ya no se utilice en la legislación y en las políticas, ya que insinúa que los niños están dando su consentimiento para su explotación y trasladan la responsabilidad al propio niño.¹⁵¹

El trabajo para poner fin a la explotación sexual de los niños se ha centrado en la prostitución en establecimientos. Los niños fueron, y continúan siendo, explotados sexualmente dentro o en paralelo a la industria del sexo para adultos, incluso en burdeles autorizados donde los adultos venden sexo. Sin embargo, el trabajo sexual ocurre en una amplia gama de entornos establecidos, más allá de los espacios claramente definidos como burdeles (con licencia o no). En todo el mundo, el sexo se puede comprar en una variedad de establecimientos: salones de masajes, clubes nocturnos, cafés, clubes y bares. Particularmente en aquellos sitios donde la prostitución es ilegal, los niños continúan siendo explotados en la prostitución en estos entornos. En algunos casos, las líneas borrosas en estos espacios también pueden servir como un vehículo para introducir gradualmente a los niños en el intercambio sexual. Pueden comenzar sirviendo mesas, pero pronto se encuentran en situaciones de explotación por requerimiento, necesidad o participación activa.¹⁵²

Los contextos callejeros de explotación sexual de niños en la prostitución también han sido un foco tradicional de atención. Los niños que viven en situación de calle, ante las opciones limitadas de sobrevivencia, a

org/wp-content/uploads/2021/05/ECPAT-Summary-paper-on-Sexual-Exploitation-of-Children-in-Prostitution-2020.pdf.

¹⁵¹ Committee of the Rights of the Child, “Guidelines regarding the implementation of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography”, *CRC/C/156*, Geneva, UN, 19 September 2019, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/CRC.C.156_OPSC_Guidelines.pdf.

¹⁵² ECPAT International, “Power, Impunity and Anonymity. Understanding the Forces Driving the Demand for Sexual Exploitation of Children”, Bangkok, ECPAT International, 2016, p. 15, disponible en: <https://ecpat.org/wp-content/uploads/2021/05/PowerImpunityandAnonymity.pdf>.

menudo practican sexo y prostitución callejera. Estos niños, sin embargo, a diferencia de los niños explotados en establecimientos que tienden a ser percibidos como coaccionados o traficados (a menudo cierto), son percibidos por la sociedad y las autoridades como que hacen estas actividades por elección y, por tanto, como delincuentes.¹⁵³

La disponibilidad generalizada del internet y las tecnologías de la información y la comunicación a nivel mundial han alterado drásticamente la forma en que el sexo se compra y se vende. Si bien los entornos tradicionales continúan siendo contextos donde ocurre la explotación de niños en la prostitución, la visibilidad de los niños en estos entornos también se ha reducido a medida que estos delitos pasan a realizarse en espacios clandestinos proporcionados por el internet. Los perpetradores utilizan las redes sociales o las aplicaciones de citas para identificar a los niños que participan activamente en su propia explotación. Los anuncios de niños explotados en entornos privados, o incluso en alquileres temporales de departamentos, se pueden encontrar en línea sin los riesgos de ser identificados acercándose a los niños en la calle o en los establecimientos.¹⁵⁴

En el caso de los niños y jóvenes migrantes, uno de los principales temores es que caigan en redes de trata de personas. Por ejemplo, en Europa muchas niñas y jóvenes migrantes llegan a través de redes de prostitución y, una vez ahí, siguen siendo explotadas sexualmente.¹⁵⁵ Las condiciones que lleva implícita la calidad de migrante irregular hace de niñas, niños y jóvenes migrantes no acompañados un grupo especialmente vulnerable para ser enganchados e integrados a las filas de la prostitución infantil. Algunos de los factores que posibilitan la existencia y práctica de la prostitución infantil en este grupo humano son la pobreza, las desigualdades sociales y económicas, la violencia en la familia, la falta de acceso o la deserción escolar, los conflictos armados y el crimen organizado, los cuales propician su salida no sólo de sus casas y comunidades, sino de su país.

2. Explotación sexual de niñas, niños y jóvenes en viajes y turismo

Según el *Global Study on the Sexual Exploitation of Children in Travel and Tourism* de 2016, la explotación sexual de niñas, niños y jóvenes en viajes y

¹⁵³ Thorburn, Natalie y Haan, I. de, “Children and Survival Sex: A Social Work Agenda”, *Aotearoa New Zealand Social Work* 26, núm. 4, 2014, pp. 16 y 17.

¹⁵⁴ ECPAT International, “Summary Paper on Sexual...”, *cit.*, p. 4.

¹⁵⁵ Pont, Elisa, “Menores extranjeros: solos y en tierra de nadie”, *La Vanguardia*, Madrid, 19 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20191119/471755043661/menores-no-acompanados-extranjeros.html>.

turismo se refiere a aquellos actos de explotación sexual de niños que están incrustados en el contexto de viajes, turismo o ambos.¹⁵⁶ En otras palabras, se trata de un delito que implica viajar con el fin de mantener relaciones sexuales con niños.

Aquellos que usan los servicios del turismo sexual infantil son hombres o mujeres, normalmente mayores de edad y de cualquier clase social, que son llamados abusadores transitorios o situacionales.¹⁵⁷ Pueden ser viajeros de negocios, maestros, voluntarios, trabajadores humanitarios, personas que asisten a eventos deportivos y culturales a gran escala, personal militar, expatriados, viajeros y turistas (nacionales e internacionales).¹⁵⁸ Los facilitadores que arreglan y permiten la explotación sexual de los niños, aunque no lo hagan ellos mismos, también son delinquentes. Asimismo, existe una amplia gama de intermediarios y facilitadores involucrados; por ejemplo, proxenetas, traficantes, redes criminales, o incluso personal que trabaja en el sector privado, como taxistas, personal de hoteles, agentes de modelos, guías de turismo, vendedores ambulantes, etcétera.¹⁵⁹ Las redes internacionales utilizan fundamentalmente el internet, y específicamente la internet profunda, y las redes sociales para exponer información sobre los países y lugares donde se encuentran y prestan los servicios al turismo sexual. En muchos casos estas redes se esconden bajo la forma de agencias turísticas, o bien con anuncios subliminales o codificados que les permiten realizar las actividades ilícitas.¹⁶⁰

Los niños que son víctimas de explotación sexual en viajes y turismo provienen de una variedad de entornos, pero lo que todos tienen en común es su vulnerabilidad frente a esta forma de explotación: la inmadurez emocional, la incapacidad o dificultad para tomar decisiones, la fragilidad física, en muchas ocasiones el problema del idioma cuando es diferente al de su lugar de origen y el desconocimiento de sus derechos y de los derechos que pueden reclamar en el lugar de arribo y/o destino. La pobreza y las dificultades financieras son algunos de los factores más importantes que propician el ser víctima de este delito, pero hay otros contextos que facilitan que los

¹⁵⁶ Hawke, Angela y Raphael, Alison, “Global Study on the Sexual Exploitation of Children in Travel and Tourism 2016”, *Offenders on the Move*, Bangkok, ECPAT, 2016.

¹⁵⁷ Cámara de Diputados, *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados*, LXIV Legislatura, año I, primer periodo, 31 de octubre de 2018, disponible en: <http://cronica.diputados.gob.mx/PDF/64/2018/oct/181031-4.pdf>.

¹⁵⁸ Hawke, Angela y Raphael, Alison, “Global Study on the Sexual Exploitation of Children in Travel and Tourism 2016”, pp. 53-55.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 62 y 63.

niños sean víctimas: la etnia, la migración, la discapacidad, la edad (niños muy pequeños), la identidad sexual y la preferencia de género, etcétera.¹⁶¹

3. Pornografía infantil

La Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a “la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos” en su artículo 34, inciso c). Sin embargo, no ofrece una definición de este término. Por otro lado, 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 define a la pornografía infantil en su artículo 2o. como “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”.

Asimismo, establece la jurisdicción del Estado si los actos se cometen dentro de su territorio (en los casos de nacionalidad de la víctima o el atacante) o de residencia de alguno de los dos en el territorio del Estado (artículo 4o.). Los actos prohibidos incluyen “la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión de pornografía infantil”. El Protocolo prevé medidas de acción en contra de los bienes empleados para cometer estos actos; o los bienes obtenidos como consecuencia. Asimismo, incluye la adopción de “medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas” (artículo 7o.).

Según el artículo 20 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, el material de abuso sexual de niños se refiere a la representación visual de un niño que mantiene una conducta sexualmente explícita, ya sea una persona real que parezca ser una persona menor de edad que participa en actos sexualmente explícitos o imágenes realistas de un niño no existente que mantiene una conducta sexualmente explícita.¹⁶²

El Convenio 182 de la OIT, relativo a las peores formas de trabajo infantil, señala entre las formas de explotación prohibidas la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños en *actividades de pornografía* (artículo 3o.). Igualmente, el artículo 9o. del Convenio 185 del Consejo de Europa sobre

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 49 y 50.

¹⁶² OEA, “Pornografía infantil”, *Observatorio Interamericano de Seguridad*, Washington, OEA, 2021, disponible en: <http://www.oas.org/ios/glossarydetails.aspx?lang=es&type=0&id=72>.

la Ciberdelincuencia (Convenio de Budapest) de 2001 define a la pornografía infantil en relación con las imágenes de niñas, niños y jóvenes involucrados en actividades sexuales explícitas. Las violaciones al Convenio son: actividades de producción para fines de su distribución a través del sistema de cómputo; ofrecer y hacer disponible la pornografía infantil a través de equipos de cómputo; producirla para sí o para otros a través de un sistema de cómputo; poseerla en un sistema de cómputo o un medio de almacenamiento de datos de cómputo.

La “pornografía infantil” incluye dos tipos de conductas en las que la implicación del niño es muy diferente: 1) la elaboración del material pornográfico donde existe una implicación directa de los niños (“utilización de niños en la pornografía”), y 2) la producción, el consumo y la difusión o posesión de los materiales resultantes de la utilización del niño para la elaboración de pornografía (“materiales pornográficos”).¹⁶³

El término “pornografía infantil” se encuentra anclado en los instrumentos jurídicos internacionales, especialmente de ámbito europeo, adoptados a partir de 2000, aunque su definición varía según el instrumento jurídico. Esto también ha contribuido al anclaje de este término en muchas legislaciones internas. Sin embargo, en la mayoría de las convenciones internacionales la terminología prevaleciente destaca el hecho de que el niño es “utilizado” o “explotado” en la pornografía o en los materiales pornográficos. Este tipo de formulaciones pueden resultar más apropiadas por dos motivos: en primer lugar, porque el énfasis recae en la explotación o utilización del niño para la creación del material en lugar de en el material pornográfico en sí mismo, y, en segundo lugar, porque hace referencia expresa a que el objeto de explotación son los niños.¹⁶⁴

De este modo, este delito consiste en la utilización de niños en la pornografía y en la producción, promoción y distribución del material resultante de dicha explotación. Incluye la exposición de los niños en actos sexuales con fines lascivos en medios impresos, audiovisuales, internet, redes sociales, fotografías, y la representación en cualquier medio de un niño en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o la representación de sus genitales con fines sexuales. Para tener acceso a estos medios se debe pagar un precio del que los niños no son beneficiarios.¹⁶⁵ Las formas en que ac-

¹⁶³ Interagency Working Group on Sexual Exploitation of Children, “Terminology Guidelines for the Protection...”, *cit.*, p. 41.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 44.

¹⁶⁵ Andrade Monar, Elsy Virginia, *Análisis de las formas de difusión de la pornografía infantil en internet en la legislación ecuatoriana*, Ecuador, Universidad Regional Autónoma de los Andes

túan los explotadores incluyen: vender, producir, poseer, distribuir, ofrecer, comprar, transportar y recibir el material pornográfico, así como acoger o recibir a niños con el fin de realizar el material de abuso sexual de niños, niñas y jóvenes.

2016, p. 14, disponible en: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7211/1/TU-BAB106-2016.pdf>.