

CAPÍTULO SEXTO

OBLIGACIONES Y RETOS POR ALCANZAR EN MATERIA DE VIOLENCIA CONTRA LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADAS: ASPECTOS RELEVANTES

I. APROXIMACIÓN AL TEMA

Es una realidad que a pesar de la legislación protectora de derechos humanos universal y regional que llevan implícitos los planes, programas, políticas públicas y demás acciones en favor de la protección de los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, no se han logrado los avances deseados para librarlos de la violencia de la que cotidianamente son objeto en virtud de su edad y de sus condiciones personales, sociales, migratorias, económicas y, en muchas ocasiones, familiares, de vulnerabilidad.

Es así que se pueden identificar algunos de los retos que resultarán fundamentales para alcanzar los objetivos de protección internacional que atañen a la niñez migrante no acompañada.

II. ACCIONES FUNDAMENTALES PARA PREVENIR, SANCIONAR, ERRADICAR Y REPARAR LA VIOLENCIA CONTRA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

Se pueden identificar acciones específicas para generar condiciones eficaces de proteger y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de este grupo migratorio, que amerita especial atención por sus condiciones de vulnerabilidad y por el principio de prioridad que corresponde considerar en orden a los compromisos convencionales en materia de niñez.

Conviene consolidar y, en su caso, reorientar las políticas públicas, planes y programas para la prevención, reducción y reparación de la violencia contra niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, destacando

aspectos importantes del control formal, como la identificación y el registro; la atención y servicios, especialmente los de alojamiento, salud y educación; la orientación y protección jurídica y consular de sus derechos, para evitar de forma eficaz que sean objeto de cualquier forma de violencia y/o represión en virtud de su condición migratoria, ya sea por el Estado y sus agentes o por particulares:

Sobre Autocuidado y Manejo de Estrés

- Autocuidado y Manejo de estrés para profesionales que trabajan con niñas, niños y adolescentes en situación de migración.
- Autocuidado y Manejo de estrés en niñas, niños y adolescentes.
- Fatiga por Compasión (*burnout*) ¿Quién Cuida del Cuidador?

Sobre Prevención de la violencia contra niñas, niños y adolescentes y Crianza Positiva

- Desarrollo Cerebral de niñas, niños y adolescentes, Apego y Maltrato.
- Apego y Crianza Positiva.
- Identificación del Abuso Infantil y Ruta de Canalización.
- Prevención de la Violencia para Evitar la Separación Familiar [y tratamiento en caso de trata de personas y explotación].

Sobre Salud Mental y Apoyo Psicosocial

- Prevención del Suicidio en niñas, niños y adolescentes.
- Primeros Auxilios Psicológicos.
- Manejo del Duelo en niñas, niños y adolescentes.
- Manejo del Duelo en Padres y Madres.
- Apoyo Psicosocial y Resiliencia.
- Acompañar a Adultos que Atraviesan Situaciones Emocionalmente Difíciles.
- Inteligencia Emocional en Tiempos de COVID.
- Indicadores de Depresión y Ansiedad en niñas, niños y adolescentes.
- Impacto del confinamiento en el control de respuestas fisiológicas y del sueño en la niñez.

Sobre Recomendaciones Técnicas para la Protección de niñas, niños y adolescentes durante COVID

- Cuidado Residencial de niñas, niños y adolescentes y COVID.
- Cuidados alternativos durante COVID.
- Protección de la Niñez y Adolescencia en Situación de Migración durante COVID.
- Ruta Integral de Protección para niñas, niños y adolescentes en Situación de Migración.
- Gestión de Casos a distancia y recursos humanos de protección infantil durante COVID.
- Orientaciones para la Recepción de niñas, niños y adolescentes no Acompañados en Centros de Asistencia Social (CAS) durante COVID.

Otros Temas

- Liderazgo con Dignidad.
- Prevención y Detección de Conductas Adictivas en niñas, niños y adolescentes.³⁰³

De gran importancia es la información estadística y de indicadores y control que permitan conocer la incidencia, geografía y características del problema de violencia de que suelen ser víctimas las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, para poder generar políticas públicas e implementar y/o actualizar las medidas de protección, atención, asistencia, orientación, control, prevención y erradicación de este problema tan grave:

Los datos estadísticos relativos a la incidencia [...] información deberá contener de manera desagregada:

- El número de víctimas, su sexo, estado civil, edad, nacionalidad o lugar de origen, forma de reclutamiento, modalidad de victimización, lugares de destino y, en su caso, calidad migratoria, cuando proceda;
- Los datos correspondientes a las rutas y los métodos de transportación que utilizan las personas y organizaciones delictivas que cometen los delitos previstos en esta Ley, y
- Aquélla referente al tránsito fronterizo internacional relacionado con las víctimas de los delitos...³⁰⁴

Es fundamental reducir los factores de riesgo de violencia y discriminación que afectan a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en su tránsito migratorio, lo que implica la necesidad de reforzar e implementar un enfoque integral más efectivo de medidas especiales/complementarias que brinden: la posibilidad de identificar los casos, mayor seguridad, acompañamiento y seguimiento, capacidad económica para esta atención/presupuesto, acciones prioritarias de representación/tutoría legal y/o jurídica, que eviten, de forma más eficiente, el que sean víctimas de cualquier forma de violencia, explotación o abuso:

³⁰³ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Protección a la niñez migrante, refugiada y solicitante de asilo: la situación de vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes en situación de migración se ha recrudecido ante la pandemia”, disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/protecci%C3%B3n-la-ni%C3%B1ez-migrante-refugiada-y-solicitante-de-asilo-durante-covid-19> (20 de julio de 2022), y en: <https://www.unicef.org/panama/historias/estrategia-para-prevenci%C3%B3n-de-la-violencia-contra-la-ni%C3%B1ez> (20 de julio de 2022).

³⁰⁴ Gobierno de México, Programa Nacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Asistir a las Víctimas de estos Delitos, disponible en: <https://www.gob.mx/segob/acciones-y-programas/comision-intersecretarial-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-los-delitos-en-materia-de-trata-de-personas?tab=> (20 de julio de 2022).

- Fortalecer la buena gobernanza a partir de mecanismos, planes y recursos apropiados que promuevan medidas de prevención de la violencia.
 - Mejorar la calidad de los marcos legales y políticos, informados por evaluaciones multidimensionales de las infraestructuras existentes, su eficacia y cumplimiento.
 - Fortalecer la coordinación y colaboración entre todos los sectores gubernamentales y las partes interesadas para abordar la violencia contra las niñas y los niños.
 - Impulsar el desarrollo de la capacidad institucional del sector de la salud para participar en estos debates multisectoriales y de todas las partes interesadas y abogar por un enfoque de salud pública para la prevención de la violencia contra las niñas, los niños y sus determinantes sociales.
 - Mantener el impulso de los logros existentes en INSPIRE en la Región e iniciar acciones concertadas para llenar los vacíos o las brechas identificadas, incluso respecto a la eficacia de las intervenciones.
 - Ampliar el alcance de las intervenciones existentes a todas las personas que las necesitan incluso mediante el fortalecimiento de la distribución equitativa de recursos o servicios, y el acceso a enfoques basados en la evidencia para todos los grupos de población, priorizando a los grupos más rezagados.
 - Priorizar la respuesta del sistema de salud a la violencia como punto de entrada, incluso a través de: 1) alinear los protocolos nacionales de salud y las herramientas clínicas con las normas y la evidencia global, 2) desarrollar la capacidad de los trabajadores de la salud antes de su contratación y durante el servicio, en especial de los trabajadores de primera línea, 3) mejorar la calidad de los servicios de salud y de las remisiones o derivaciones conexas a otros servicios esenciales en otros sectores, 4) el uso de datos del sistema de salud para orientar las políticas y las prácticas.
 - Fortalecer los enfoques integrados para prevenir la violencia, teniendo en cuenta las intersecciones entre las diferentes formas de violencia contra la niñez, así como de otras formas de violencia y las diferentes estrategias de INSPIRE.
 - Establecer una sólida práctica de seguimiento y evaluación de los esfuerzos en la Región, incluyendo la evaluación de enfoques y su eficacia.
 - Fortalecer el diálogo regional y subregional entre países y asociados con el fin de impulsar el aprendizaje sobre lo que funciona para prevenir y responder a la violencia contra la niñez.³⁰⁵

³⁰⁵ Organización Panamericana de la Salud, *Informe sobre la situación regional 2020: prevenir y responder a la violencia contra las niñas y los niños en las Américas*, 2022, p. 3, disponible en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/56206/OPSNMHNV200037_spa.pdf?sequence=5&isAllowed=y (20 de julio de 2022).

Es indispensable revisar y dar seguimiento o crear, en su caso, los protocolos de prevención, atención, orientación y reparación, que de forma integral y especial atiendan a las necesidades de niñas, niños y adolescentes migrantes, con énfasis en los no acompañados; mejorar las fuentes de información, control y estadística entre niñez y migración, reforzar esfuerzos institucionales para la protección de niñas, niños y adolescentes migrantes, en particular con relación a los no acompañados, generar políticas públicas y mecanismos efectivos para la protección integral y de la violencia, evitar que la niñez migrante no acompañada se encuentre en situación de calle, y fuera del sistema educativo, capacitación y programas de atención y prevención de la violencia sexual, el embarazo infantil/adolescente, y el matrimonio infantil; todas éstas son prácticas que violentan sus derechos humanos y a las que se encuentran expuestos.³⁰⁶

...NNA no acompañados que se encuentran con familias sustitutas o familias ampliadas, las cuales están en situación de calle. Además, se encuentran fuera del sistema educativo.

...esta situación genera una mayor exposición a sufrir violencia sexual y vulnerabilidad al embarazo infantil y adolescente.

“También existe una gran tendencia al matrimonio infantil y las uniones precoces que violentan los derechos humanos de las NNA y pone en riesgo su desarrollo físico y psicológico”

*...los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados no cuentan con un sistema de protección integral ni regularización migratoria... este grupo debería entrar en un proceso de protección internacional o refugio, sin embargo, no existe ese sistema integral de regularización.*³⁰⁷

Es importante trabajar en la capacitación y sensibilización de todo el personal del Estado y de la sociedad civil que trabaja en áreas migratorias y de atención a víctimas de violencia y/o del delito para que presten la mejor atención, servicios y protección a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados:

Las actividades de sensibilización buscan detonar la reflexión para que las personas participantes puedan hacer conciencia de que el problema de vio-

³⁰⁶ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *La travestía: migración e infancia*, 2001, pp. 33-35, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4693/6.pdf> (20 de julio de 2022).

³⁰⁷ Observatorio de Violencia, “Migración no acompañada: los retos que atraviesan los niños, niñas y adolescentes venezolanos”, 2021, disponible en: <https://observatoriodeviolencia.org/ve/news/migracion-no-acompanada-los-retos-que-atravesan-los-ninos-ninas-y-adolescentes-venezolanos/> (20 de julio de 2022).

lencia de género es un problema social cuya particularidad radica en sancionar, intimidar y ejercer el control hacia las personas que transgreden el sistema de género [*y de protección de la niñez migrantes, especialmente la no acompañada*] vigente. Generalmente se realizan a través de ejercicios prácticos y vivenciales que buscan que las personas servidoras públicas pueden hacer conciencia de que la violencia de género [*y contra la niñez migrante no acompañada*] es un problema social que requiere la intervención del Estado.

Por su parte, las actividades de capacitación buscan desarrollar y fortalecer conocimientos, capacidades y competencias para que las personas servidoras públicas puedan participar en acciones de prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia... Existen diferentes modalidades de capacitación: talleres, diplomados, certificaciones, especialidades y maestrías, entre otras. Lo crucial es que éstas se desarrollen con personal docente, contenidos, tiempos y actividades de aprendizaje adecuados para que quienes participan efectivamente adquieran capacidades o competencias.

Y es que no se puede poner en duda la pertinencia de las actividades de sensibilización y capacitación. Si éstas cumplen con un mínimo de condiciones adecuadas (respecto al perfil docente, contenidos, tiempos y actividades de aprendizaje), pueden alcanzar beneficios de distintos niveles y de suma importancia.

Después, es necesario que se diseñen programas de formación focalizados para que las personas servidoras públicas dispongan de las capacidades necesarias para brindar servicios que efectivamente ayuden a las víctimas a salir de una situación de riesgo y de violencia.³⁰⁸

Entre los beneficios que se pueden mencionar a favor de la capacitación y sensibilización en materia de violencia contra niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, y contra cualquier otro grupo en situación de vulnerabilidad, podemos mencionar que auxilian a identificar las características de la violencia contra niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados; permiten reconocer la violencia directa e indirecta que se ejerce contra este grupo y que tiene consecuencias sociales. Pueden llegar a reflejar buenos resultados, en el sentido de que los servidores públicos capacitados y sensibilizados pueden realizar tareas que faciliten eliminar obstáculos institucionales que enfrentan niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados víctimas de violencia.

Como parte de la educación informal, ofrecen elementos para que a nivel institucional, social, comunal y familiar se comprenda esta violencia

³⁰⁸ Pérez Montesinos, Yoali, “Importancia de la capacitación y sensibilización de los servidores públicos en la prevención de la violencia de género”, disponible en: <http://vivemasseguro.org/la-voz-de-los-profesionales/importancia-de-la-capacitacion-y-sensibilizacion-de-los-servidores-publicos-en-violencia-de-genero/> (20 de julio de 2022).

como un fenómeno social que en sus diversas manifestaciones constituye un problema de discriminación y violaciones sistemáticas de derechos humanos y libertades fundamentales, que pueden y deben ser prevenidos, atendidos y erradicados. Igualmente, se aprovecharán en orden a ambos aspectos de las actividades, es decir, para concientizar y formar a los servidores públicos y para que éstos lo hagan con la población y grupos que así lo requieran en el día a día. La capacitación ayuda y provee de herramientas para atender a víctimas de delitos y de violencia con la posibilidad de no revictimizarlos y de evitar mayores riesgos, permitiendo desarrollar en los servidores públicos habilidades para reconocer y atender la violencia contra niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados. El personal capacitado y sensibilizado, así como la población que reciba los servicios y atención, captan información y la registran de tal forma que se constituyen en focos y replicantes de opinión e indicadores que sirven para la construcción de políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar el problema de la violencia contra niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados. Son de fundamental importancia, ya que a partir de ellos se obtienen indicadores que permiten estructurar y actualizar las políticas públicas, los estudios especializados, las estadísticas y las bases de datos que permitan recabar la información para hacer el seguimiento de casos, así como realizar diagnósticos que reflejen la realidad, las causas, los riesgos y las consecuencias sobre el problema de violencia que viven y sufren las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.³⁰⁹

Además, las campañas del Estado y de la sociedad civil en materia migratoria, para difundir, divulgar y enseñar los derechos humanos y libertades fundamentales de niñas, niños y adolescentes migrantes, incluyendo especialmente los que corresponden a las/los no acompañados.³¹⁰

También deben considerarse acciones concretas tendentes a identificar a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados para protegerlos de la violencia de que los hacen víctimas grupos/pandillas/crimen organizado, pues por sus condiciones de vulnerabilidad y de inmadurez suelen ser

³⁰⁹ *Idem.*

³¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 21, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 2014, disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones-n/56-comision-del-migrante/618-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-emite-la-opinion-consultiva-sobre-ninez-migrante> (20 de julio de 2022), y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Resumen oficial emitido por la Corte, 2010, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_218_esp.pdf.

víctimas fáciles del engaño, presiones, extorsiones, amenazas con los que los enganchan y los hacen participar de diversas formas que atentan contra su vida, su supervivencia, su desarrollo y sus integridades, físicas, psicoemocionales, sexuales y económicas, es decir, que les impiden el goce y el ejercicio de sus derechos humanos:

1. Que se haga efectiva la aplicación de medidas vigentes y necesarias de protección y respeto fundamentadas en la Convención de los Derechos del Niño, según el artículo 3.2.
2. Que los Estados garanticen y protejan todos los derechos de todos los niños y niñas en sus territorios. Esto implica también que los países establezcan leyes migratorias que aborden explícitamente el tema de *[la violencia y la discriminación]* los derechos económicos, sociales y culturales de los menores migrantes.
3. Que de manera inmediata los países de destino y tránsito garanticen albergues seguros y dignos con servicios especializados para niños, niñas y adolescente, que aseguren un respeto continuo de sus derechos básicos a lo largo del proceso migratorio.
4. Que los diferentes países tanto de tránsito como de destino establezcan compromisos de no criminalizar la migración en niños, niñas y adolescentes dando un trato humano y digno en los albergues de retención temporal.
5. Que se garantice la salud *[física, psicoemocional y sexual]* de los niños, niñas y adolescentes que sufren de *[violencia y]* enfermedades, producto de la condición en que se encuentran, y se les provea de atención psicosocial.
6. Que los Estados en su calidad de garantes; asuman las acciones inmediatas que sean necesarias para garantizar las medidas de protección a la niñez y adolescencia migrante no acompañada en estos momentos, de forma que sean acogidos en hogares temporales seguros y se reduzcan las privaciones a las que permanecen expuestos.
7. Que los Estados Parte garanticen la suficiente inversión pública a través de un sistema de protección social que permita la realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que de esta forma se eviten los riesgos de una migración forzada a tan temprana edad.
8. Que las autoridades Consulares y Migratorias de los Estados velen por que se cumplan las medidas anteriormente expuestas.³¹¹

Hay que fortalecer las medidas, planes y programas dirigidos a los cuidados alternativos de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados,

³¹¹ World Visión Guatemala, “Las niñas, niños y adolescentes centroamericanos migrantes no acompañados deben ser protegidos por los Estados”, disponible en: <https://www.wvi.org/es/guatemala/article/las-ni%C3%B1as-y-adolescentes-centroamericanos-migrantes-no-acompa%C3%B1ados-deben-ser> (20 de julio de 2022).

es decir, con especial referencia a espacios de guarda y custodia, en tanto se les orienta, se les asigna autoridad que conozca de su situación, en cada caso, y se resuelva su situación migratoria conforme al interés superior del niño y considerando la protección especial/complementaria:

Las Familias de Acogida es una alternativa viable para el Estado, que debe normar su funcionamiento y supervisión con el paradigma central del “Interés Superior de la Niñez”. Por lo anterior, cualquier programa de Familias de Acogida que se implemente, debe estar debidamente financiado con un presupuesto suficiente y adecuado a las necesidades de NNA como prioridad y al centro de dicha política.

En caso de que #NNA migrantes no acompañados que ya se encuentren en albergues institucionalizados, son necesarios programas dirigidos explícitamente a su reintegración a la comunidad y a su egreso de las instituciones. En todo caso respetando el derecho a la identidad y al restablecimiento de los vínculos familiares.

Este tipo de programas y servicios deben disponerse en el marco de la implementación de planes generales para la desinstitucionalización, que presenten especial atención a los grupos de NNA que corren mayor riesgo de vulneración de derechos al permanecer en las instituciones como es el caso, por ejemplo, de los niños menores de tres años y de los niños con discapacidad.³¹²

Los Estados y sus actores deben considerar la historia de vida, las condiciones y las circunstancias en que viven niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados que se presume o se sabe que han sido captados para fines de trata de personas y explotación, que sufren de innumerables abusos, antes de criminalizarlos, aun cuando hubieren otorgado su consentimiento para la realización de las conductas ilícitas en que incurran, ya sea por necesidad o cuando hayan sido obligados, invitados/inducidos o engañados por los grupos/pandillas/crimen organizado.

En el mismo sentido, resulta necesario fortalecer las medidas para investigar, perseguir y sancionar eficaz y eficientemente, de forma profesional, tanto a agentes del Estado como particulares que, mediante acciones u omisiones, participen de prácticas que se constituyan en delitos como el de trata de personas, explotación, el abuso policial, la negligencia y/o el maltrato en general, formas de violencia, y que llevan implícitas la sistemática violación de derechos humanos y libertades fundamentales.

³¹² Gobierno de México, Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, “Conoce cuidados alternativos para niños, niñas y adolescentes #NNA #migrantes”, disponible en: <https://www.gob.mx/sipinna/articulos/conoce-cuidados-alternativos-para-ninos-ninas-y-adolescentes-nna-migrantes> (20 de julio de 2022).

Debe legislarse para que tanto en el ámbito administrativo, específicamente en materia migratoria, como en el jurisdiccional y procesal se realicen, conforme al debido proceso, con diligencia y urgencia, todas las acciones, gestiones, procedimientos y peticiones que correspondan para la eficaz protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados contra la trata de personas, la explotación, el maltrato y toda forma de violencia y discriminación.

Las políticas públicas para la prevención de la violencia contra niñas, niños y adolescentes migrantes, especialmente de las/los no acompañados, deben tomar en cuenta estudios y campañas para prevenir, erradicar y reparar las desigualdades estructurales que se dan especialmente en las zonas fronterizas y sus alrededores, las prácticas de discriminación y de violencia que se sostienen fundamentalmente en prejuicios de género, de pobreza, prácticas de corrupción, delincuencia, las falencias de los órganos e instancias protectoras de la niñez, en muchos casos incluyendo las de derechos humanos, por la falta de mecanismos adecuados de monitoreo, denuncia/queja e investigación. Es pues un presupuesto de protección y garantía de los derechos humanos de la niñez migrante, particularmente en el caso de la no acompañada, el trabajo por su inclusión social, priorizando el acceso a una vida libre de violencia, a la salud, a la educación, a la cultura y al sano esparcimiento.

Es fundamental implementar mecanismos efectivos y eficientes de rendición de cuentas relativos concretamente a las medidas para prevenir, sancionar, erradicar y reparar a la violencia a las que se somete regularmente a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, como la trata de personas, la explotación y/o el abuso/maltrato, ya que las niñas y niños, en muchos casos, no reciben la asistencia, protección, cuidado, servicios y reparación a las que tienen derecho, lo que incide negativamente en el aspecto de protección a que están obligados convencionalmente los Estados. Es parte de los deberes del Estado y sus actores actuar con perfecto arreglo a la ley y en cumplimiento de las funciones que les asignan las leyes y reglamentos, y para hacer el monitoreo y comprobar el cumplimiento de ello resulta indispensable el seguimiento a la transparencia en los procesos, procedimientos, actuación de las autoridades competentes y la asignación y uso del presupuesto asignado, en cada caso, a los programas y acciones que les corresponden; es decir, son necesarios los procesos de vigilancia, evaluación y rendición de cuentas de los órganos del Estado y sus actores.

III. GARANTIZAR EL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS A QUE SE PROTEJAN SUS DERECHOS HUMANOS CON PRIORIDAD A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

Cabe destacar que se ha establecido como criterio de protección que todas las autoridades migratorias, administrativas y con competencia que tengan contacto o que deban atender y asistir a niñas, niños y adolescentes migrantes, especialmente a los no acompañados, están obligadas a dar prioridad a la protección de los derechos humanos de este grupo migratorio. Es decir, que el principio de prioridad y el principio del interés superior del niño deberán estar por encima de cualquier circunstancia y de los derechos de cualquier otro grupo humano:

En consecuencia, el interés superior debe guiar, de manera transversal, todas las políticas, programas, normativas y prácticas que afecten a la niñez migrante, así como las decisiones que se adopten en cada caso particular. De manera especial, el interés superior debe ser fielmente respetado al momento de diseñar las políticas migratorias, y particularmente al momento de su implementación. Como veremos, ello supone no sólo guiarse por una serie de estándares jurídicos específicos, sino también tener en cuenta algunos requisitos indispensables para esta implementación (capacitación, recursos humanos y presupuestarios, articulación interinstitucional, producción de información, entre otros).³¹³

Lo anterior, en materia migratoria, se traduce en que la protección, atención, servicios y orientación que se brinda a través de planes, programas, legislación y políticas públicas, por el Estado y sus actores en materia de niñez migrante no acompañada, deben considerar, en primer lugar, la calidad de niña, niño y/o adolescente y sus derechos humanos, y después cualquier situación o circunstancia relativa a la calidad de migrante; es decir, primero actuar para la protección de ellos por ser niños, y que su calidad de migrante se considere para una protección especial y no como un elemento de discriminación y/o violencia en cualquier aspecto de su persona o de su vida.³¹⁴

³¹³ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, UNICEF, 2013, párr. 34, disponible en: http://migracion.iniciativa2025alc.org/download/18MERA_OBSERVACIOCC81N_UNICEF.pdf (21 de julio de 2022).

³¹⁴ *Ibidem*, párrs. 10 y 11 (21 de julio de 2022).

Aunque la Convención sobre los Derechos del Niño, el tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas que ha obtenido el mayor número de ratificaciones en el mundo, estipula claramente que el interés superior del niño debería ser la consideración primordial en todas las medidas que le atañen, y que ningún niño o niña debe ser privado de su libertad de manera ilegal o arbitraria, los niños migrantes siguen siendo detenidos, tanto si viajan solos como si lo hacen con sus familiares.³¹⁵

En este sentido, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia en su continuo trabajo con la niñez migrante, acompañada o no acompañada, ha señalado que constituye un preocupación fundamental que en los casos de niñas, niños y adolescentes migrantes no existe una práctica, por parte de los Estados parte y sus actores, para implementar en su protección, atención, servicios y orientación, así como en los planes, programas, legislación y políticas públicas, la consideración primordial, prioritaria, del interés superior del niño en la protección de sus derechos humanos; por el contrario, se observa una continua discriminación y violencia en virtud de su condición de migrantes y más cuando son no acompañados:

42. Es común advertir, por el efecto mismo de políticas discriminatorias estructurales, la tendencia de los Estados a disipar los elementos que permiten probar conductas discriminatorias en perjuicio de NNA migrantes y consecuentemente, la imposibilidad de probar situaciones de discriminación fundadas en el origen nacional o la procedencia étnica, situación que a su vez incide rotundamente en el goce efectivo de derechos fundamentales. En relación, [sic] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha reconocido la dificultad de demostrar casos de perjuicio racial si no se invierte la carga de la prueba en el marco del proceso internacional. Finalmente, el Tribunal puso de manifiesto la relación intrínseca “de los hechos del caso, la naturaleza del argumento y el derecho en riesgo” con la distribución de la carga de la prueba necesaria para llegar a una conclusión determinada.³¹⁶

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló las acciones indispensables a regular y practicar para dar cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño, sus principios y los derechos en ella reconocidos, con consideración primordial en favor de la

³¹⁵ Naciones Unidas, Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, *El interés superior de los niños migrantes*, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/stories/2016/09/best-interest-migrant-children> (20 de julio de 2022)

³¹⁶ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe*, cit., nota 313, párr. 42 (21 de julio de 2022).

niñez migrante, independientemente de si son acompañados o no acompañados, así como la protección especial establecida en la misma Convención:

...en palabras del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con niños en el contexto de la migración deberán determinar que la protección de los intereses de cada niño sea una consideración primordial en sus acciones. Este principio debería prevalecer sobre todos los demás, incluidas las disposiciones contrarias de la normativa sobre migración en caso de que se planteara un conflicto. A modo de ejemplo, el interés superior, en el contexto de las políticas migratorias, debe ser plenamente satisfecho al decidir cuestiones como las siguientes:

Autorizar el acceso al territorio y la concesión de un permiso de residencia a NNA migrantes no acompañados y familias migrantes;

Disponer el retorno al país de origen de NNA migrantes no acompañados;

Diseñar programas de integración social de NNA migrantes (acompañados o no) en el país de destino, asegurando el acceso sin discriminación alguna y el ejercicio efectivo de sus derechos económicos, sociales y culturales;

Decidir el reasentamiento en un tercer país de NNA migrantes, solicitantes de asilo o refugiados;

Aprobar y facilitar la reunificación familiar, en el país de origen, tránsito o destino, según las circunstancias de cada caso particular. Esto es válido tanto si son los padres o los hijos quienes solicitan esa regularización en el país en el que se encuentran;

Facilitar la regularización migratoria de NNA migrantes, familias migrantes, y padres de niños/as nacidos en el país de destino;

Abstenerse de expulsar del país a adultos migrantes si ello deriva en la separación familiar, y tal separación no se dispone en el interés superior;

Prohibir normativamente la privación de libertad de NNA migrantes con motivo de su condición migratoria o en el marco de un procedimiento migratorio;

Reconocer las garantías de debido proceso de NNA migrantes en los procedimientos migratorios, y asegurar los mecanismos necesarios para su efectivo ejercicio;

Decidir la medida alternativa a la privación de la libertad de NNA migrantes y familias migrantes, según las necesidades y particularidades de cada caso, en el marco de procedimientos migratorios;

Abstenerse de privar de la libertad a adultos migrantes en razón de su condición migratoria, en caso que residan con sus hijos/as;

Diseñar y aplicar —caso a caso— medidas de protección especial a NNA migrantes víctimas de delitos, como la trata, explotación, abusos y violencia, entre otros;

Diseñar y aplicar programas de asistencia consular que incluyan la debida formación en derechos del niño de los agentes consulares.

Como sucede en otras materias, un abordaje integral a los derechos de la niñez en el contexto de la migración exige no sólo una mirada transversal a los organismos públicos, y a las diversas políticas, programas y prácticas. También demanda una transformación sustancial en el diseño e implementación de esas políticas, incluyendo la transferencia de competencias desde autoridades migratorias a organismos especializados en la protección de la infancia. A su vez, como se desarrollará más adelante, la coordinación interinstitucional resulta esencial para asegurar una respuesta comprehensiva y adecuada, sobre la base de los principios que emanan de la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño.³¹⁷

En este sentido, estas obligaciones mínimas e indispensables deben ser cumplidas por los Estados obligados por la Convención sobre los Derechos del Niño, en aras de garantizar la protección, el goce y el ejercicio de su derechos humanos y libertades fundamentales a niñas, niños y adolescentes migrantes, incluyendo, por supuesto, a los no acompañados:

Las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por lo tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apátrida, y situación en términos de inmigración.³¹⁸

Se han identificado aquellas prácticas que constituyen impedimentos para alcanzar el goce y ejercicio de los derechos a niñas, niños y adolescentes migrantes, incluyendo los no acompañados, que deben ser trabajados y garantizados eficazmente para la protección integral de este grupo migrante:

- 1) La falta de armonización normativa entre las leyes migratorias nacionales y los acuerdos internacionales en relación con los estándares

³¹⁷ *Ibidem*, párrs. 35 y 18 (21 de julio de 2022).

³¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, cit., nota 23, párr. 12 (21 de julio de 2022).

- de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados.
- 2) La ausencia del enfoque de derechos de la niñez en las leyes migratorias.
 - 3) La ausencia de procedimientos adecuados de identificación de situaciones de vulneración de derechos en los casos de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.
 - 4) La falta de canales de coordinación entre los sistemas que regulan las migraciones y los sistemas de protección de derechos de NNA.

IV. GARANTIZAR LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS CON MEDIDAS DE CARÁCTER EXCEPCIONAL FRENTE A LA DETENCIÓN ARBITRARIA Y LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Como se señaló antes, frecuentemente el tránsito de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados suele ser irregular, lo cual, como también se señaló, no es razón para criminalizarlos; se trata, en principio, únicamente de una falta administrativa que, además, conforme a ley, cuenta con un procedimiento específico, el que debe sustanciarse integrando el principio del interés superior del niño, siempre respetando sus derechos y libertades fundamentales, por lo que la detención y la privación de la libertad por esta sola razón no proceden o, en su caso, serán arbitrarias; hacerlo de forma diferente implicaría actos de discriminación y violencia:

La Corte Interamericana recordó que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control del ingreso a su territorio y la salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En tal sentido, señaló que, de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho. Al respecto, se refirió a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes indocumentados o en situación irregular por ser “los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos” y sufrir, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado con relación a los nacionales o residentes. El Tribunal también observó que

las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia.³¹⁹

Si bien los Estados parte tienen libertad y soberanía para establecer sus políticas migratorias, éstas siempre deben tener, especialmente en el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, como fundamento el reconocimiento, respeto y protección de sus derechos humanos de acuerdo con la legislación universal y regional, conforme a la propia Convención sobre los Derechos del Niño; en este sentido, se considera que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias es una medida administrativa, mas no punitiva y corporal, es decir, privativa de la libertad:

La OC-21/14 estableció el principio de no detención de niños y niñas por su condición migratoria. Es enfática al señalar que “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.”³²⁰

Constituyen, entonces, violaciones a derechos humanos y libertades fundamentales las detenciones a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados por incumplir con las reglas y requisitos de las leyes migratorias, que son de carácter administrativo. Por ningún motivo debe detenerseles; más aún cuando son no acompañados, cuando el argumento y fundamento sea exclusivamente por su condición migratoria:

44. [...] Como norma general no debería privarse de libertad a los niños ni a las familias con hijos. En estos casos, los Estados parte deben siempre dar

³¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Resumen oficial emitido por la Corte, *cit.*, nota 310, p. 2 (21 de julio de 2022).

³²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 21, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, *cit.*, nota 310 (22 de julio de 2022).

prioridad a medidas alternativas a la privación de libertad. Cuando la detención familiar sea inevitable, la detención de niños se utilizará “tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”, de conformidad con el artículo 37, párrafo b), de la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, el interés superior del niño ha de ser una consideración primordial en todas las medidas que se adopten en relación con la infancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los Estados parte velarán por que los niños privados de libertad sean tratados con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana y de manera adecuada a su edad, y por que se les proporcionen todas las salvaguardias jurídicas (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37). Por consiguiente, los Estados parte proporcionarán a los niños alojamientos adecuados que, en el caso de los niños migrantes detenidos junto a sus padres, consistirán en unidades familiares especiales, así como un acceso adecuado a servicios e instalaciones de educación, juego y esparcimiento. Los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de estos, salvo cuando dicha separación sea necesaria en el interés superior del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 9, párr. 1). A los menores no acompañados deberá asignárseles un tutor legal encargado de atenderlos fuera de los centros de detención.³²¹

Sobre el tema, podemos agregar que la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 37 condena y establece la obligación a los Estados parte de prevenir la tortura, los tratos inhumanos y degradantes y la privación ilegal o arbitraria en los casos de la niñez migrante, incluyendo a los no acompañados, y sólo aplicará en los casos de niñas, niños y adolescentes migrantes en conflicto con la ley. Por otro lado, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados señala que la detención y la privación de la libertad sólo deben utilizarse como la última medida para alcanzar el control migratorio, sobre todo tratándose de niñas, niños y adolescentes migrantes, especialmente en el caso de los no acompañados. Antes bien, el Estado y sus actores, cuando les corresponda conocer de estos asuntos, deberán tomar todas las medidas necesarias para garantizar alojamiento, atención y asesoría adecuados que garanticen sus derechos humanos, libertades fundamentales, así como el cuidado y supervisión especiales que exige su grado de madurez, de tal forma que se logre alcanzar la condena, prevención, sanción y erradicación de esta clase de detenciones por motivos

³²¹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General núm. 2, *Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, párr. 44, disponible en: *CMW/C/GC/2 13-46463 - Office of the United Nations High ...* (22 de julio de 2022).

migratorios vinculados a la condición de no acompañados y de irregularidad que en muchos casos son candidatos a ejercer el derecho al asilo:

De acuerdo al Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho a buscar asilo y disfrutar de él es aceptado como un derecho humano básico. Al ejercer este derecho los solicitantes de asilo frecuentemente se ven forzados a llegar o entrar al territorio ilegalmente. Sin embargo, la situación de los solicitantes de asilo difiere fundamentalmente de la de los migrantes comunes, en que quizás no estén en condiciones de cumplir con las formalidades legales para el ingreso. Este elemento, sumado al hecho de que con frecuencia los solicitantes de asilo han sufrido experiencias traumáticas, debe ser tenido en cuenta al determinar cualquier tipo de restricciones a la libertad de movimiento en razón de su entrada o presencia ilegal.³²²

Cuando se presentan los casos de privación arbitraria o ilegal de la libertad de niñas niños y adolescentes migrantes no acompañados, se hace exigible y necesario el reconocimiento y ejercicio de los derechos a ser escuchados, informados y asistidos jurídica e integralmente a fin de que se cumpla con las formalidades del debido proceso, el acceso a la justicia y recursos pronto y expeditos, a garantizar su protección, su integridad personal y su vida de calidad. Estas y otras violaciones a derechos humanos por el Estado y sus actores, ya sea de forma directa o indirecta, al no evitar que ello suceda, pone en riesgo a la niñez migrante no acompañada, pues queda expuesta a las peores formas de violencia, como la trata de personas y otras formas de abuso y explotación:

5. As they are without their parents or legal or customary primary caregivers, separated children seeking asylum should benefit from the prompt appointment of a legal guardian to defend their interests and ensure their well-being and they should also be placed in care and reception structures in keeping with their age and maturity. By contrast, the legislation of Council of Europe member states often does not provide for an appropriate system of guardianship on behalf of foreign children. Even when an adequate legal framework is in place, administrative delays pose a serious threat to the safety of children, leaving them more exposed to a risk of trafficking or other abuses. Furthermore, the detention of separated children in the asylum process is a widespread practice in the vast majority of Council of Europe mem-

³²² Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, *Directrices sobre criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, directriz 6, “Detención de personas menores de 18 años”, p. 6, disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/57f76c46a.pdf> (22 de julio de 2022).

ber states, in open disregard of the obligation to provide care and reception in structures suitable for children and in violation of Article 37 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, which states that detention shall only be used as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time. [5. Al estar sin sus padres o cuidadores primarios legales o habituales, los niños separados que solicitan asilo deben beneficiarse de la pronta designación de un tutor legal para defender sus intereses y velar por su bienestar y también deben ser puestos bajo cuidado y estructuras de acogida acordes a su edad y madurez. Por el contrario, la legislación de los estados miembros del Consejo de Europa a menudo no prevén un sistema adecuado de tutela a favor de niños extranjeros. Incluso cuando existe un marco legal adecuado, los retrasos administrativos representan una grave amenaza para la seguridad de los niños, dejándolos más expuestos a un riesgo de trata u otros abusos. Además, la detención de niños separados en el proceso de asilo es una práctica generalizada en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, en abierto desconocimiento de la obligación de brindar atención y acogida en estructuras adecuadas para niños y en violación del artículo 37 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, que establece que la detención sólo se utilizará como medida de último recurso y por el período de tiempo apropiado más corto].³²³

Respecto al derecho a la información y a ser asistido legalmente, resulta fundamental garantizar, en cada caso concreto, el contacto familiar, el nombramiento de un representante o tutor legal, con lo que se estaría en el supuesto de cumplir con la protección especial y/o complementaria, siempre tomando en consideración el interés superior de la infancia en todas las resoluciones que incumban a su mejor interés. Es importante recordar que los niños migrantes, especialmente los no acompañados, pueden invocar el derecho a la asistencia consular:

Artículo 36. Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos; b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese

³²³ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 1703 (2005), *Protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo*, 2005, disponible en: <https://www.refworld.org/category/POLICY/COEPACE/RESOLUTION,,47fd1bd,0.html> (22 de julio de 2022).

Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

Artículo 37. Información en casos de defunción, tutela, curatela, naufragio y accidentes aéreos

Cuando las autoridades competentes del Estado receptor posean la información correspondiente, dichas autoridades estarán obligadas: a) a informar sin retraso, en caso de defunción de un nacional del Estado que envía, a la oficina consular en cuya circunscripción ocurra el fallecimiento; b) a comunicar sin retraso, a la oficina consular competente, todos los casos en que el nombramiento de tutor o de curador sea de interés para un menor o un incapacitado nacional del Estado que envía. El hecho de que se facilite esa información no será obstáculo para la debida aplicación de las leyes y reglamentos relativos a esos nombramientos; c) a informar sin retraso a la oficina consular más próxima al lugar del accidente, cuando un buque, que tenga la nacionalidad del Estado que envía, naufrague o encalle en el mar territorial o en las aguas interiores del Estado receptor; o cuando un avión matriculado en el Estado que envía sufra un accidente en territorio del Estado receptor.

Artículo 38. Comunicación con las autoridades del Estado receptor

Los funcionarios consulares podrán dirigirse en el ejercicio de sus funciones: a) a las autoridades locales competentes de su circunscripción consular; b) a las autoridades centrales competentes del Estado receptor; siempre que sea posible y en la medida que lo permitan sus leyes, reglamentos y usos y los acuerdos internacionales correspondientes.³²⁴

³²⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pp. 11 y 12, disponible en: http://gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/1687/4/images/13_%20Convencion%20de%20Viena%20sobre%20Relaciones%20Consulares.pdf (22 de julio de 2022), y en Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y

V. GARANTIZAR LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO MIGRATORIO

Como se puede observar, se constituye en principio protector de la niñez migrante, en particular de la no acompañada, la no detención en razón de la calidad migratoria.

En el caso de la niñez migrante no acompañada, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas³²⁵ estableció directrices que tienen el objeto de garantizar los derechos, las libertades y la protección de nuestro grupo migrante, es decir medidas de protección especiales y/o complementarias, por lo que los Estados tienen obligaciones para gestionar de inmediato los aspectos relativos a la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados:³²⁶

- 1) En el caso de niñas, niños y adolescentes no acompañados, se les debe garantizar eficazmente que se les nombre un tutor/representante, quien debe hacer todas las gestiones para que reciban la atención y servicios indispensables para salvaguardar sus vidas, sus integridades y se vean satisfechas sus necesidades; entre otras, considerar que el lugar de alojamiento debe ser independiente del de los adultos o de aquellos detenidos por la comisión de delitos.
- 2) Vigilar adecuadamente que los lugares que sean destinados como vivienda temporal cumplan con los requisitos que satisfagan los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, en los que deben garantizarse el acceso adecuado a servicios e instalaciones, como la educación, el juego, la alimentación, la salud, el sano esparcimiento, incluidas las actividades culturales, religiosas y otras de carácter social, y un responsable que los oriente.³²⁷

de sus Familiares, pp. 7 y 8, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cmw_SP.pdf (22 de julio de 2022).

³²⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, Resolución A/HRC/11/L.13, 2009, párrs. 140-144, disponible en: https://archive.crin.org/en/docs/Espanol_Directrices_aprobadas_CDDHH.pdf (23 de julio de 2022).

³²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 21, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 2014, párr. 175, disponible en: https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9986.pdf (23 de julio de 2022).

³²⁷ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General núm. 2, *Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, cit., nota 321, párrs. 44 y 183 (23 de julio de 2022).

- 3) En relación con el alojamiento, se deben implementar medidas alternativas/especiales, como que efectivamente se establezcan con familias temporales o en unidades/entidades/centros especializados que sean abiertos; es decir, en donde niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados tengan entrada y salida libres, organizadas con horarios flexibles y supervisión, haciendo énfasis en la protección integral, para estar en condiciones de cumplir con la protección infantil integral a que el Estado se encuentra obligado.³²⁸
- 4) En el marco del debido proceso, se trate de un procedimiento administrativo o jurisdiccional de carácter migratorio, los Estados y sus actores deberán garantizar efectiva y adecuadamente a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados el derecho a ser informados formalmente, conforme a la ley, de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación, así como a ser orientados y asesorados jurídica y procesalmente, y si es necesario, proporcionar la intervención de un traductor. Del mismo modo, estos procedimientos deben estar direccionados a la protección especial; es decir, adaptados a niñas, niños y adolescentes migrantes, particularmente a los no acompañados, garantizando el derecho de acceso a la justicia en términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y las directrices. Una vez emitida la resolución administrativa o jurisdiccional, se les debe notificar formalmente dicha resolución y sus efectos, debiendo cumplir, conforme a la legalidad con la normatividad local, en este caso nuestra Constitución, con las formalidades.³²⁹
- 5) Se les debe garantizar a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, cuando la resolución determine el retorno o expulsión, que el interés superior del niño sea implementado/aplicado en las medidas y acciones tendentes a lograr la reinserción, integración y protección de éstos en su Estado de origen/retorno; entre ellas, vigilancia y seguimiento a los mecanismos internos legislativos y administrativos que prevean, en el Estado de retorno, medidas mínimas de seguridad, como las de asistencia jurídica, y que las entidades estatales y sus actores garanticen el lugar donde se les colocará y será su vivienda, así como el familiar, tutor o representante que será responsable de su cuidado, guarda y custodia.

³²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 21, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, cit., nota 310, párrs. 173, 174 y 180 (23 de julio de 2022).

³²⁹ *Ibidem*, párrs. 114 y 356.

(10) En los casos en que no haya razones para creer que con ello se dificulte el objetivo del procedimiento de retorno, debe preferirse el retorno voluntario al forzado y concederse un plazo para la salida voluntaria. Debe preverse una ampliación del plazo para la salida voluntaria cuando se considere necesario debido a las circunstancias específicas del caso concreto. Con objeto de fomentar el retorno voluntario, los Estados miembros deben facilitar una mayor asistencia y asesoramiento para el retorno y deben hacer el mejor uso posible de las posibilidades de financiación pertinentes ofrecidas en el marco del Fondo Europeo para el Retorno.

(11) Debe establecerse un conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto de las decisiones relativas al retorno para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas de que se trate. Debe facilitarse la asistencia jurídica necesaria a aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes. Los Estados miembros deben prever en su legislación nacional los casos en que se considera necesaria la asistencia jurídica.³³⁰

El interés superior del niño deberá ser una consideración primordial en los casos de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en procedimiento de expulsión.

VI. PROTECCIÓN Y GARANTÍA DEL EJERCICIO A LOS DERECHOS A LA VIDA, A LA SUPERVIVENCIA Y AL DESARROLLO

Las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados se encuentran en constante peligro en su vida, supervivencia y desarrollo por las formas de violencia de las que son objeto, precisamente por las condiciones de su tránsito, como ya se ha visto.

Un pendiente en materia de protección de los derechos de la niñez migrante, sobre todo cuando son no acompañados, es el problema de las insuficientes acciones que los Estados deben implementar para cumplir con sus obligaciones convencionales y garantizarles los derechos a disfrutar de una vida plena en condiciones acordes a su dignidad y que garanticen su desarrollo integral, sea en los Estados de tránsito o en los de destino.

³³⁰ Parlamento y Consejo Europeo, *Diario Oficial de la Unión Europea*, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *Relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, 2008, disponible en: <https://boe.es/doue/2008/348/L00098-00107.pdf> (23 de julio de 2022).

El derecho a la vida en el sistema interamericano está reconocido en los artículos I de la Declaración Americana y 4.1 de la Convención Americana. El goce de ese derecho, como lo ha señalado la Corte Interamericana, es un presupuesto para el goce y disfrute de todos los demás derechos humanos de la infancia, por lo que se le reconoce como el eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos y libertades fundamentales de niñas, niños y adolescentes migrantes, y en particular de los no acompañados.³³¹

Debe garantizarse eficazmente el derecho a la vida, que consiste en el derecho a no ser privados de su existencia, bajo ninguna circunstancia; es decir, el derecho a disfrutar de su ciclo de vida sin que sea interrumpido por alguna persona o situación externas. El derecho a la vida implica el deber por parte del Estado de protegerlos de acciones u omisiones que tengan como resultado la muerte prematura o provocada.

El derecho de supervivencia implica que niñas, niños y adolescentes gocen de condiciones para acceder a una vida de calidad y digna, la cual se integra por otros derechos, como el derecho a la salud, a la alimentación, a la vivienda, al agua y a la educación. Este derecho en su conjunto provee a niñas, niños y adolescentes las condiciones para su desarrollo integral y que de esta manera puedan vivir con calidad de vida en su paso hacia la etapa adulta.

El derecho al desarrollo y su contenido es condición indispensable para acceder, ejercer y gozar de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona humana. Al igual que el derecho visto en el párrafo anterior, el derecho al desarrollo se actualiza mediante la satisfacción de necesidades básicas, como la salud, la alimentación, el agua, la vivienda digna y habitable y la educación.

Es así como observamos que este conjunto de derechos es interdependiente y supone un ámbito de desarrollo económico, social, cultural y político en el que pueden hacerse efectivos y justiciables los derechos humanos y libertades fundamentales, especialmente los de la niñez, y en particular la de los migrantes no acompañados.

El Estado tiene la obligación de implementar todas las acciones que sean necesarias para garantizar el desarrollo y prevenir y sancionar acciones u omisiones que atenten contra la vida, la supervivencia y el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, especialmente los que están incluidos en la trata de personas, el crimen organizado y la corrupción. Los artículos 6o. de la Convención sobre los Derechos del Niño,

³³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, Fondo, *cit.*, nota 270, párrs. 144 y 145 (24 de julio de 2022).

19 de la Convención Americana, VII de la Declaración Americana y 16 del Protocolo de San Salvador garantizan el derecho de niñas, niños y adolescentes, incluyendo a los migrantes no acompañados, a que reciban la protección especial, establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, no sólo por parte del Estado y sus actores, sino, de igual forma, por su familia y la sociedad, y que consisten, en primer lugar, en todas aquellas destinadas a proteger y garantizar la vida, la supervivencia y el desarrollo integral.

La necesidad de la protección especial y las medidas para implementarlas se fundamenta en sus condiciones de vulnerabilidad, general y particular, así como en su madurez y/o dependencia física, social y psicoemocional, lo que fija el punto de partida para la aplicación, ejercicio, goce y defensa de sus derechos humanos y libertades fundamentales:

51. En su Observación General 17 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos señaló que el artículo 24.1 de dicho instrumento reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta disposición entraña la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, además de las que los Estados deben adoptar, en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. El Comité acotó que los derechos previstos en el artículo 24 no son los únicos aplicables a los niños: éstos “gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él”.

52. Asimismo, el Comité indicó que [d]e acuerdo con el Pacto, debe otorgarse protección a los niños sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. El Comité observa a este respecto que, mientras que la no discriminación en el disfrute de los derechos previstos en el Pacto se deriva también, para los niños, del artículo 2 y su igualdad ante la ley, del artículo 26, la cláusula no discriminatoria del artículo 24 se refiere de manera concreta a las medidas de protección previstas en esta disposición.

53. La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.³³²

³³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva núm. 17, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., nota 97, párrs. 51-53 (24 de julio de 2022).

Las niñas, niños y adolescentes, como hemos visto, que viven y se desarrollan en su día a día, por diversas razones, en la violencia, la delincuencia, la inseguridad y el crimen organizado, se encuentran en situaciones de vulnerabilidad tanto en su vida como en sus condiciones de supervivencia y desarrollo, ya que están expuestos a las consecuencias de ellos y que se traducen en violaciones sistemáticas de derechos humanos, por acción o por omisión del Estado, sus actores y de los particulares:

276. Los niños, niñas y adolescentes que viven y crecen en contextos en los que la inseguridad, la violencia y el delito son una constante en la cotidianidad, con elevados niveles de intensidad y de prevalencia, están expuestos de forma continuada a distintos riesgos que los hace especialmente vulnerables a sufrir violaciones a todos sus derechos, incluidos los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud física y mental, a la educación, y al desarrollo integral. Frente a ello, el Estado debe adoptar las medidas especiales, adecuadas e idóneas, para proteger los derechos del conjunto de niños que se hallan en esta situación. Dicha obligación de protección derivada del artículo VII de la DADH y del artículo 19 de la CADH, y de los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, supone la obligación por parte del Estado de adoptar el marco normativo, las políticas públicas, programas, servicios, así como crear las instituciones y organismos apropiados, y cualquier otra medida necesaria, para la protección y la garantía de los derechos de los niños que se encuentran en este grupo especialmente expuesto a la vulneración de sus derechos.

277. Adicionalmente, y tomando en consideración que la Corte ha señalado que las obligaciones de protección y garantía resultan determinables en función de las necesidades de protección del sujeto de derecho, existe el deber de adoptar una intervención particularizada para atender las necesidades individuales de protección del niño ante una situación concreta que amenace directamente sus derechos, cuando el Estado tiene conocimiento de la misma.³³³

Es así como en el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados no es posible argumentar que las situaciones como seguridad nacional, emergencia o violencia generalizada son razones para suspender, desconocer y/o violar en cualquier forma sus derechos:

297. En base al carácter fundamental de ambos derechos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se establece que el derecho a la vida y el

³³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia, niñez y crimen organizado*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 40/15, 2015, párr. 276, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2016/ViolenciaNiñez/ninez-crimen-organizado.html> (24 de julio de 2022).

derecho a la integridad personal no pueden ser suspendidos en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado Parte. La existencia de contextos de inseguridad y violencia generalizada no pueden por lo tanto ser alegados por los Estados para justificar la restricción o suspensión de estos derechos.³³⁴

La falta de implementación de medidas específicas y especiales en áreas como la atención a víctimas, la prevención de delitos, la investigación eficaz por parte del Estado en estos casos y conforme a la ley; la sanción de las conductas ilícitas cometidas en contra de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, especialmente las de violencia; la dificultad en la reparación del daño, entre las más importantes, son obligaciones pendientes de cumplir en el caso concreto de nuestro grupo migrante.

La Comisión Interamericana ha manifestado su preocupación respecto de niños, niñas y adolescentes que viven en zonas particularmente afectadas por la inseguridad y la violencia, dado que están más expuestos a vulneraciones a su derecho a la vida debido a las condiciones mismas que se experimentan en esos contextos. Si bien la violencia letal en su contra, por agentes estatales y por terceros, es alarmante por el elevado número de víctimas mortales entre ese grupo poblacional, también la violencia no letal resulta un motivo de preocupación porque varía desde lesiones leves a lesiones graves que pueden resultar en discapacidades y problemas de salud permanentes:

301. Los niños, niñas y adolescentes que viven en zonas particularmente afectadas por la inseguridad y la violencia están más expuestos a vulneraciones a su derecho a la vida y a la integridad personal debido a las condiciones mismas que se experimentan en estos contextos. La violencia letal contra niños, niñas y adolescentes, por agentes estatales y por terceros, es una preocupación principal debido a los elevados números de víctimas mortales entre este grupo poblacional. Sin embargo, las consecuencias de la violencia física no letal son también motivo de alarma por su magnitud y porque varían desde lesiones leves a lesiones graves que pueden resultar en discapacidades y problemas de salud permanentes en los niños.

302. La Comisión reitera que los Estados tienen la obligación ineludible de adoptar, en congruencia con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, todas aquellas medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas las personas bajo su jurisdicción. Este deber, propio de las obligaciones del Estado en materia de seguridad ciudadana,

³³⁴ *Ibidem*, párr. 297.

implica también la protección de las personas frente a la violencia ejercida por grupos armados y el crimen organizado.

303. La Comisión desea destacar que los Estados, conforme a sus obligaciones positivas en materia de garantía y protección de los derechos humanos, deben diseñar e implementar, dentro de su política pública sobre seguridad ciudadana, planes y programas eficaces de prevención de la violencia y el delito que tengan como objetivo disminuir el riesgo de reproducción de la violencia y el delito, a la vez que hacer efectivos todos los recursos necesarios para perseguir y poner a disposición de los organismos del sistema judicial a los autores de crímenes, en especial, aquellos de los delitos violentos contra las personas.³³⁵

Los Estados tienen el pendiente universal de adoptar todas aquellas medidas necesarias para proteger la vida, la supervivencia y el desarrollo integral, en nuestro caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados que se encuentren en su territorio.

Se hace necesario actualizar y mejorar las medidas de protección especial, concretamente en el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, y para ello hace falta que las legislaciones internas de los Estados integren dichas medidas. Se observa la necesidad de elaborar indicadores y políticas públicas sobre niñas, niños y adolescentes migrantes, no acompañados o acompañados, sobre seguridad ciudadana y sobre cómo este grupo se desenvuelve en contextos de inseguridad; planes de acción y/o programas dirigidos a la prevención de la violencia y del delito, así como garantizar el acceso a la justicia y la reparación del daño:

Es preciso recordar que cuando el Estado se encuentra en presencia de un niño, además de las obligaciones señaladas para toda persona, existen obligaciones adicionales derivadas del artículo 19 de la Convención Americana y del artículo VII de la Declaración Americana. En tal virtud, el Estado, en primer lugar, debe asumir su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad por tratarse de un niño, y debe además tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.³³⁶

VII. PROTECCIÓN Y GARANTÍA DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

En el sistema interamericano el derecho a la integridad personal es el que toda persona tiene a que se respete su integridad física, psicoemocional y

³³⁵ *Ibidem*, párrs. 301-303.

³³⁶ *Ibidem*, párr. 299.

moral, y a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El derecho a la integridad personal, al igual que el derecho a la vida, constituye un mínimo indispensable para el ejercicio de cualquier otro derecho. En ese sentido, los Estados tienen que garantizar su reconocimiento y protección, tanto en la toma de medidas que garanticen el ejercicio y goce de este derecho a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados como desde la implementación de acciones para condenar, perseguir y sancionar las conductas u omisiones de los órganos del Estado y sus actores:

295. El derecho a la integridad personal, al igual que el derecho a la vida, es un derecho humano fundamental y básico, y ambos constituyen mínimos indispensables para el ejercicio de cualquier otro derecho.

296. La Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que... el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlos, sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos, en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Los Estados, por tanto, tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para salvaguardar estos derechos inalienables. Esta protección activa del derecho... a la integridad personal por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda la institucionalidad estatal y a los cuerpos y agentes que deben resguardar la seguridad.

297. En base al carácter fundamental de ambos derechos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se establece que el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no pueden ser suspendidos en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado Parte.

298. La violación del derecho a la vida y a la integridad personal se produce tanto por la privación arbitraria de la vida y por las vulneraciones ilegítimas a la integridad personal por parte de actores estatales, tales como las fuerzas de seguridad, como por la incapacidad del Estado para ejercer la debida diligencia y tomar medidas razonables para prevenir muertes y agresiones contra la integridad personal a manos de terceras personas o agentes no estatales. Asimismo, se vulnera este derecho por la falta de una investigación adecuada, enjuiciamiento y sanción a los responsables de vulneraciones a estos derechos, y la reparación de las víctimas y sus familiares.³³⁷

La violación al derecho a la integridad personal es una forma de violencia que se clasifica en violencia física, psicoemocional y sexual, que se

³³⁷ *Ibidem*, párrs. 295-298.

ejercen, en nuestro caso contra niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, es decir, por una condición migratoria, social y de edad, pero que puede variar en caso de personas o grupos cuando se trata de género, identidad étnica, origen social, etcétera.

Cuando hablamos de la integridad personal de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, el Estado tiene la obligación convencional de garantizar la protección de este derecho en virtud tanto de la aplicación del principio del interés superior del niño como por la protección especial establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, considerando las condiciones de inseguridad y violencia que sean parte del entorno.³³⁸

En el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, resulta de vital importancia la expedición de protocolos para su protección y atención, previniendo tanto violaciones sistemáticas a sus derechos humanos como la victimización primaria, secundaria y terciaria; esto redundará en evitar casos de tortura, así como tratos inhumanos y degradantes de que suelen ser objeto cuando hay trata de personas.

La trata de personas, y particularmente la explotación que se hace de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, es uno de los casos más frecuentes de violación a la integridad personal.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 6o., establece la obligación de los Estados de garantizar la vida y la supervivencia de las niñas, niños y adolescentes; nosotros señalamos prioritariamente de los que son migrantes no acompañados: “1. Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.³³⁹

³³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., nota 97, párr. 60 (02 de agosto de 2022).

³³⁹ Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, artículos: 19, sobre la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; 37, sobre la protección contra la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, y los artículos 34 y 36, sobre protección, prevención y sanción de la explotación en cualquiera de sus formas y el abuso sexual, disponible en: <https://www.unicef.org/es/convenion-derechos-nino/texto-convenion> (02 de agosto de 2022). Como se podrá observar en los artículos anteriores, en los casos de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados resulta de vital relevancia la interrelación entre los derechos consagrados y que se los reconocen en la Convención. Pensamos que dicha interrelación y las acciones para implementarlas, conforme al principio del interés superior del niño y los principios de prioridad y no discriminación, es lo que llamaríamos “protección especial y/o complementaria”, que se encuentra direccionada al alcance y logro de las medidas y programas de provisión y protección; las de provisión se refieren a la satisfacción de sus necesidades básicas para garantizar su supervivencia y calidad de vida; las de protección se refieren a las que tienen como objetivo la protección, sanción y erradicación de toda forma de violencia, discriminación y/o

Fundamentales son los objetivos dirigidos a prevenir, sancionar y erradicar la explotación sexual que, como ya se vio, puede incluir diversas modalidades; las más graves son la pornografía, la prostitución y el tráfico realizado con fines sexuales. En todos los casos, las conductas implican violaciones al derecho a la integridad personal, y por su interdependencia pueden involucrar violaciones a otros derechos del catálogo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, como los derechos a la vida, a la supervivencia, al desarrollo, a la libertad personal y al libre tránsito.

Resulta de fundamental importancia implementar y/o reforzar de forma puntual y específica las acciones, planes y programas para cumplir con lo establecido en el Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía; en cuanto a la prevención, sanción y erradicación de cuatro aspectos que constituyen la columna vertebral de dicho instrumento complementario de la Convención sobre los Derechos del Niño:

- 1) Ofrecer, entregar o aceptar un niño a la explotación sexual, trabajo forzoso o lucro mediante venta de órganos, o inducir a alguien a que participe en ello.
- 2) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución.
- 3) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión de pornografía infantil.
- 4) La protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación, en particular de la que se realiza con fines sexuales y económicos.³⁴⁰

Por lo que se refiere a la explotación laboral/económica, que es igualmente una forma de violencia contra niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, cabe señalar que hay una gran preocupación tanto en el Comité de los Derechos del Niño como en el caso de especialistas y expertos, ya que se ha encontrado que existe una relación directa entre ésta y otras formas de violencia y discriminación que deben ser atendidas:

cualquier forma de tortura, tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, que atenten contra su vida, su integridad personal y su desarrollo.

³⁴⁰ 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, artículos 2o., 4o. y 7o., disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child> (03 de agosto de 2022).

Derecho a la protección contra la violencia, los malos tratos y la explotación

67. Debido al control que sus empleadores ejercen sobre ellos, los niños vendidos con fines de trabajo forzoso son particularmente vulnerables a la violencia y el maltrato. Por ejemplo, el trabajo infantil en el servicio doméstico hace que los niños sean vulnerables a la violencia sexual y los malos tratos, así como a las palizas y el trato degradante. Los niños, en particular las niñas, sometidos al trabajo forzoso en la manufacturación, como por ejemplo en el sector textil, con frecuencia son víctimas de violencia sexual. En los conflictos armados, las prácticas sistemáticas de violencia sexual y esclavitud a menudo son una realidad cotidiana para las niñas (véase A/HRC/32/CRP.2).

Derecho al desarrollo

68. El derecho de los niños al desarrollo de su pleno potencial también se ve seriamente afectado. Los niños sometidos al trabajo forzoso no tienen acceso a un nivel de vida adecuado, lo que incluye una vivienda adecuada, alimentación, agua y saneamiento. Los que son vendidos con fines de trabajo forzoso suelen estar sin escolarizar o no tienen acceso a la educación. Como resultado, carecen de acceso a los conocimientos necesarios para su desarrollo y sus opciones de vida, y se ven privados de oportunidades para conocer sus derechos y desarrollar las competencias que les permitan protegerse frente a situaciones abusivas.

69. También se suele vulnerar el derecho de los niños a la salud. Las actividades de trabajo forzoso a menudo son nocivas para la salud física del niño, ya que entrañan actividades o posiciones físicas que afectan negativamente a su desarrollo físico. En algunos casos, los niños pueden ser drogados para ejercer la mendicidad forzada. La salud mental y la confianza en uno mismo también pueden verse afectadas, teniendo en cuenta que los niños son objeto de numerosas vejaciones y tratos degradantes. También cabe la posibilidad de que los empleadores limiten seriamente el acceso a los servicios de salud.³⁴¹

VIII. GARANTIZAR EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL, SEGURIDAD DE LAS PERSONAS Y LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

Las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, por ser un grupo en condiciones de vulnerabilidad, deberían tener garantizadas su seguridad y

³⁴¹ Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, 2016, p. 18, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/243/36/PDF/N1624336.pdf?OpenElement> (03 de agosto de 2022).

libertad personales, considerando tanto las políticas públicas, especialmente las correspondientes a la materia de seguridad pública, como la debida protección y medidas especiales/complementarias para el ejercicio y goce eficaz de sus derechos humanos, haciendo énfasis en el derecho a una vida libre de violencia en todos los aspectos de sus vidas, ya sea en las comunidades de origen, de tránsito o de destino.

Pero es una realidad que las condiciones personales y del entorno, en todos los casos, se encuentran permeadas de violencia y criminalidad, que en muchos casos no son atajadas por el Estado, ya sea por el control que hay de la delincuencia de los espacios y territorios, y/o por acciones u omisiones del propio Estado que se suman a la ineficacia en la protección y a la violación de los derechos humanos y libertades fundamentales de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, resaltando la constante vulneración de sus derechos a la libertad y a la seguridad personales.³⁴²

Resulta fundamental, ya que su condición migratoria no es automáticamente una razón para su detención y privación de la libertad, pues esto resultaría, como ya vimos, en violaciones a sus derechos humanos, que haya medidas y acciones especiales y/o complementarias dirigidas a proteger, pero sobre todo a asegurar, el goce y ejercicio de sus libertades de tránsito y residencia, cuyas condiciones y términos sean consideradas en los ámbitos legislativo y administrativo en materia migratoria fundamentalmente, y que existan los mecanismos para dar seguimiento a las mismas en aras de garantizar el ejercicio de los derechos a niñas, niños y adolescentes migrantes en esta materia y evitar la violencia, en todas sus formas, especialmente en la modalidad de trata de personas:

10. Son bien conocidos los abundantes casos de agresión de migrantes indocumentados por parte de servidores públicos, que incumplen o desvían el ejercicio de sus atribuciones, y por la mano de particulares, que aprovechan la situación de desventaja en la que se encuentran los migrantes indocumentados para someterlos a maltrato o hacerlos víctimas de delitos. Entre éstos figuran hechos de sangre y atropellos de diversas características, que regularmente quedan impunes o son sancionados con medidas leves que no guardan proporción alguna con la gravedad de los ilícitos cometidos. En una resolución sobre “Protección de los migrantes” (A/RES/54/166, del 24 de febrero del 2000) —mencionada en la Opinión Consultiva—, la Asamblea General

³⁴² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 35, *Libertad y seguridad personal*, 2014, párr. 9, disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-35-article-9-liberty-and-security> (03 de agosto de 2022).

de las Naciones Unidas expresó su preocupación por “las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”.³⁴³

Así, se observa la necesidad de reforzar las medidas, planes y programas dirigidos a prevenir, sancionar y erradicar la trata de personas, especialmente en los casos de explotación sexual y laboral, así como también de los malos tratos e ilícitos en los que caen las mismas autoridades migratorias, quienes los detienen por su situación migratoria irregular, atentando contra su derecho a la libertad personal. Es fundamental conciliar los objetivos de protección, ejercicio y goce de los derechos humanos y libertades fundamentales, incluyendo la protección especial/complementaria debida, en este caso, a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, con las políticas públicas, planes y/o programas migratorios que pretendan controlar la migración solitaria e irregular.³⁴⁴

A nivel universal especializado, la Convención sobre los Derechos del Niño señala en su artículo 37 que los Estados parte velarán por que:

- 1) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años.
- 2) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.
- 3) Todo niño privado de la libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de la libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su fami-

³⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18, 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 2003, disponible en: <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2355.pdf> (03 de agosto de 2022).

³⁴⁴ Ortega Velázquez, Elisa, “Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica americana y europea: entre el control y la protección”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 142, 2015, pp. 185-221, disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v48n142/v48n142a6.pdf> (03 de agosto de 2022).

lia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

- 4) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Entre las medidas que se identifican y que quedan pendientes en materia de protección, ejercicio y goce de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados se encuentran: 1) promover o desarrollar campañas de concienciación e información para proteger a niños, niñas y adolescentes contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; 2) en relación con las detenciones arbitrarias o forzadas, se identifican las relativas a brindar trato de niño a todo menor de 18 años que se encuentre ante cualquier autoridad administrativa o jurisdiccional, especialmente cuando se trate de situaciones migratorias que los afecten en sus derechos; 3) garantizar en la legislación, la política y la práctica que la detención de niños, niñas y adolescentes se realice sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda; 4) garantizar que se regule adecuadamente en la legislación y demás políticas públicas que la detención y privación de la libertad se realicen por las autoridades como último recurso y por un periodo breve, orientando en su caso a niñas, niños y adolescentes para tramitar la solicitud de asilo/refugio a la brevedad en caso de que proceda conforme a la ley; 5) garantizar el acceso de todos los niños, niñas y adolescentes privados de libertad a procedimientos de denuncia efectivos relacionados con todos los aspectos de su tratamiento; 6) evitar la restricción arbitraria de niños, niñas y adolescentes en instituciones y servicios del Estado y otros servicios e instituciones.³⁴⁵

En relación con los derechos a la circulación y residencia, son una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. Esto significa que se reconoce el derecho de todas las personas de circular con libertad y elegir su residencia y de salir de cualquier país o regresar a su país de origen sin restricciones, mas no hay un reconocimiento específico a un derecho a migrar. Por ello, ha sido señalado que la protección sólo sobre la base de la condición migratoria de regular constituye un criterio violatorio de dere-

³⁴⁵ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, 2004, pp. 585-597, disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficheros/ia/documentos/834_d_Manual_cdn.pdf (03 de agosto de 2022).

chos humanos, debido a que otorga derechos no en virtud de la persona humana o de los sujetos de derechos, en nuestro caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, sino sobre la base del estatus migratorio de éstos, en flagrante violación de la disposición general existente en todos los instrumentos internacionales convencionales, incluyendo la Convención sobre los Derechos del Niño, que condena la discriminación, de especial interés en el rubro relativo a la discriminación por razón del origen nacional, social o étnico, que tiene aplicación a todas las personas en el territorio de un Estado, incluidos niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados e regulares. Un elemento a considerar para establecer una excepción a la regla se presenta cuando los migrantes, en especial la niñez migrante no acompañada, se ven obligados a abandonar su lugar de residencia o a ingresar a un Estado de tránsito o destino como resultado de las condiciones de vida de inseguridad o violencia.³⁴⁶

IX. OTROS RETOS POR ALCANZAR DE ALTA PRIORIDAD EN MATERIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS Y VIOLENCIA³⁴⁷

- 1) Los Estados, para cumplir con sus obligaciones, deben identificar y/o proporcionar recursos, asignar partidas blindadas, para, en su caso, actualizar y/o crear instancias con competencia específica para la atención, orientación y protección/cuidado de niñas, niños y adolescentes migrantes, particularmente en los casos de los no acompañados, y para que pueda contratar, capacitar y sensibilizar a personal suficiente/bastante para integrar grupos con los especialistas necesario para atender y representar a las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados que así lo requieran, por su posible condición de víctimas, vulnerabilidad e irregularidad.

³⁴⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *La situación de los extranjeros con arreglo al pacto*, Observación General núm. 15, 1986, HRI/GEN/1/Rev. 7, párrs. 2, 7-9, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf> (03 de agosto de 2022).

³⁴⁷ Para más información, véase el Observatorio Venezolano de Violencia, “Migración no acompañada: los retos que atraviesan los niños, niñas y adolescentes”, *cit.*, nota 307 (03 de agosto de 2022); Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *La agenda de la infancia y la adolescencia 2019-2024*, disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/informes/la-agenda-de-la-infancia-y-la-adolescencia-2019-2024> (03 de agosto de 2022); UNICEF, “Migración, violencia y educación son retos pendientes en México”, <https://www.efc.com/efe/america/sociedad/unicef-migracion-violencia-y-educacion-son-retos-pendientes-en-mexico/20000013-4864725> (03 de agosto de 2022).

- 2) Implementar mecanismos rápidos y eficientes para atender la situación migratoria en el tiempo más breve posible, considerando un documento migratorio provisional, mientras se regulariza su situación migratoria, definitivamente, por las autoridades competentes, ya se trate de asilo/refugio o retorno asistido; lo anterior lleva implícita la obligación y necesidad de cumplimiento al goce y ejercicio del derecho a la comunicación inmediata con autoridades migratorias, especializadas en protección de la niñez, consulares, y traductores en los casos en que así lo requiera el caso concreto.
- 3) Crear las condiciones de organización y coordinación entre las diversas entidades de la administración pública que se vinculan en la atención, orientación y cuidado de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.
- 4) Regular y especificar en la legislación migratoria, y cualquier otra competente en materia de protección de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, medidas y/o acciones urgentes de protección, especialmente cuando se identifiquen como posibles víctimas o víctimas directas de violencia que pongan en riesgo su vida, su integridad, su supervivencia y su libertad.