Cuando los niños se vuelven migrantes: derechos humanos y excepciones violentas en México

Elisa ORTEGA VELÁZQUEZ

Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

CUANDO LOS NIÑOS SE VUELVEN MIGRANTES: DERECHOS HUMANOS Y EXCEPCIONES VIOLENTAS EN MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 994

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Oscar Martínez González
Apoyo editorial

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

CUANDO LOS NIÑOS SE VUELVEN MIGRANTES: DERECHOS HUMANOS Y EXCEPCIONES VIOLENTAS EN MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2023

La realización de *Cuando los niños se vuelven migrantes: derechos humanos y excepciones violentas en México* fue posible gracias al apoyo del Programa de Apoyos para la Superación del Personal Académico de la UNAM (PASPA) para estancias sabáticas en el extranjero 2021-2022. Esta obra se editó por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Dirección General de Asuntos del Personal Académico, a través del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT), Proyecto IN303520 "Asilo: ¿derecho humano o prerrogativa del Estado? Aportes desde los estudios críticos del derecho y la biopolítica legal", coordinado por Elisa Ortega Velázquez.

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 28 de abril de 2023

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN en trámite

Para mis niños:
Camila y Nicolás,
con la esperanza de que
crezcan y se desarrollen
en entornos más justos y libres,
y que su vida esté acompañada
de sabiduría y gentileza.

CONTENIDO

Agradecimientos XIII

Introducción XV

I. Derechos humanos y "excepciones violentas": coordenadas para el abordaje XV

II. La niñez migrante desde los estudios críticos del derecho y la biopolítica legal: marco teórico-metodológico XIX

III. Estructura del libro XXIII

CAPÍTULO PRIMERO. BIOPOLÍTICA DE LA INFANCIA: CONTROL Y PRODUCCIÓN DE PEQUEÑOS CIUDADANOS Y NIÑOS *SACER* 1

I. Decodificando la categoría de infancia: definiciones y variedades discursivas 1

II. Genealogía de la infancia 6

1. El derecho de muerte sobre los niños y el infanticidio tolerado en la antigüedad 7

2. El abandono de la infancia en el Antiguo Régimen: siglos V a XV 11

3. La protección y la disciplina a la infancia: siglos XVI y XVII . 12

4. La sociedad disciplinaria y la infancia: siglo XVIII 15

5. Disciplina que moldea pequeños ciudadanos: siglo XIX 19

6. La sociedad de control y la ayuda a la infancia: siglo XX 22

III. Hacer vivir y dejar morir: el paradigma biopolítico 26

IV. El adultocentrismo como tecnología de poder 31

V. *Homo sacer*: vidas desechables en el estado de excepción 34

VI. La biopolítica de la infancia y la producción del niño *sacer* 39

CAPÍTULO SEGUNDO. CONDICIONES DE VULNERABILIDAD QUE PRODUCEN AL NIÑO *SACER* 45

I. Vulnerabilidad y niñez migrante 45

1. Entendiendo la vulnerabilidad 45

2. Niñez migrante y vulnerabilidad 48

II. ¿Quiénes son los niños migrantes? 50

1. Niños migrantes acompañados. 51

2. Niños migrantes no acompañados 51

3. Niños nacidos en países de destino. 52

III. Violencia, migración y niñez: una peligrosa intersección. 52

1. Violencia cultural 53

2. Violencia directa. 54

3. Violencia indirecta o estructural. 56

4. La violencia estructural como generadora de prácticas de discriminación, racismo y violencia en contra de la niñez y de las juventudes migrantes 58

5. El crimen organizado como sujeto activo de la violencia directa en contra de la niñez y de las juventudes migrantes: el caso de las pandillas 62

IV. Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes 68

1. Trata de personas 68

2. Tráfico ilícito de migrantes. 71

3. Trata y tráfico: una línea borrosa 71

4. Los delitos de trata y tráfico de personas ante la migración forzada 73

V. Trata infantil. 76

1. Factores de riesgo 78
2. Trata infantil con fines de trabajo forzado 79
3. Trata infantil con fines de explotación sexual. 80
VI. Trabajo infantil 80
VII. Explotación sexual comercial infantil 82
1. Explotación de niñas, niños y jóvenes en la prostitución 88
2. Explotación sexual de niñas, niños y jóvenes en viajes y turismo 90
3. Pornografía infantil. 92

CAPÍTULO TERCERO. EL DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE 95
I. El discurso de los derechos humanos en el orden internacional: teoría, derecho y crítica 95
1. A modo de génesis 95
2. Los derechos humanos en el orden internacional 96
3. La crítica de los derechos humanos: el caso de las personas en contextos de movilidad. 99
II. El discurso de derechos humanos de la niñez migrante: estándares internacionales de protección 102
1. Ámbito universal: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1990 102
2. Ámbito regional: el sistema interamericano de derechos humanos 108
III. Premisas del discurso de derechos humanos de la niñez migrante 110
1. Los niños son sujetos plenos de derecho que requieren medidas especiales de protección 110
2. Todos los niños, todos los derechos 112
3. La calidad de niño prevalece sobre la condición de migrante . 113

IV. Principales derechos de los niños en contextos de movilidad 116
1. Derechos a la vida e integridad personal 116
2. Derecho a la educación 122
3. Derecho a la salud 125
4. Derecho a la libertad personal y seguridad de las personas . . . 131
5. Derecho a la libertad de circulación y residencia 135
6. Derecho a la vida familiar 140
7. Derecho de buscar y recibir asilo 145

CAPÍTULO CUARTO. EXCEPCIONES VIOLENTAS EN EL DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS: NIÑEZ MIGRANTE DETENIDA EN MÉXICO 149

I. La detención migratoria en el discurso internacional de derechos humanos 149
1. Principio de excepcionalidad de la detención por razones migratorias 150
2. Presunción de libertad y medidas alternativas a la detención . 151
3. Garantías de debido proceso 152
4. Condiciones adecuadas de detención 154
5. Prohibición de detención como sanción penal a las infracciones migratorias 154
II. El principio de no detención de niños migrantes en el derecho internacional 155
1. La detención sólo debe ser usada como medida excepcional. . 155
2. Se debe tratar a los jóvenes menores de dieciocho años bajo los estándares de la niñez y no como adultos 158
3. Se debe evitar la detención de familias. 159
4. No se debe separar a las familias 160

III. Derechos, garantías de debido proceso y medidas cautelares en caso de detención excepcional de niños migrantes 162
1. Derechos 162
2. Garantías de debido proceso 166
3. Medidas cautelares con base en el principio de no detención . 167
IV. La detención migratoria en México: ¿legalidad? y crítica 169
1. Bases normativas 169
2. Estado de excepción migratorio en México 173
V. El marco normativo de protección de la niñez migrante en México 175
1. Orden constitucional 175
2. Orden general. 177
3. Categorías de niños migrantes de acuerdo con la legislación mexicana vigente 180
VI. El marco normativo de control de la niñez migrante en México. 181
1. El sistema de detención de niños migrantes de 2011 a 2020 . . 181
2. La reforma legal de 2020 en materia de niñez migrante: principales desafíos 182
Conclusiones 189
Fuentes de información 197
Acerca de la autora 229

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la Universidad Nacional Autónoma de México y al Instituto de Investigaciones Jurídicas por el apoyo brindado para la realización de este libro. Reconozco de manera especial a la Dirección General de Asuntos del Personal Académico (DGAPA), a través del Programa de Apoyos para la Superación del Personal Académico de la UNAM (PASPA), por el apoyo para la realización de mi estancia sabática en Temple University, Filadelfia, E.U.A., entre septiembre de 2021 y agosto de 2022. También agradezco al Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT), por el apoyo brindado a través del Proyecto IN303520 "Asilo: ¿derecho humano o prerrogativa del Estado? Aportes desde los estudios críticos del derecho y la biopolítica legal".

Agradezco a mis colegas Jennifer Lee, Luisa Gabriela Morales, José Manuel Valenzuela, Montserrat Pérez, Mariana Celorio, Elba Coria, Ana Sáiz, Dora Olvera, Agustín Morales, Sarah Paoletti y Carol Anne Donohoe por sus generosos comentarios y aportaciones para mejorar este libro. Asimismo, reconozco la valiosa retroalimentación recibida en el seminario permanente de la Línea de Investigación Institucional "Promoción y Protección de los Derechos de la Infancia" del Instituto de Investigaciones Jurídicas. También agradezco a Sandy Choreno, Luis López Galeano, Alberto Vargas Mendoza y Efrén Sánchez por las charlas, la complicidad y amistad en el último año.

Finalmente agradezco, como siempre y de manera sobresaliente, a mi querida familia: a mi mamá, mi papá, mis hijos, mi hermana y mi sobrino, por ser esa familia que siempre está para nutrir, apoyar, apapachar y resguardar. Soy muy afortunada de tenerlos en mi vida. Mis hijos merecen una mención especial: Nicolás y Camila son niños que se saben adaptar a distintos entornos sociales y culturales y responden de manera responsable, gentil y amorosa al ritmo laboral de su madre y a las eventualidades propias de la vida. También agradezco a Erick por la paciencia, el amor y acompañamiento en estos tiempos de estancia sabática.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

INTRODUCCIÓN

1. Derechos humanos y "excepciones violentas": coordenadas para el abordaje

El discurso en materia de derechos humanos tiene como fundamentos la dignidad de la persona humana y el principio de no discriminación. Su base normativa es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la cual predica que los derechos humanos son inherentes a todas las personas por el solo hecho de su humanidad y estar dotadas de razón y conciencia, por lo que deben ser garantizados sin discriminación alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Entre estos derechos se incluyen el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personales; a no ser sometido a esclavitud ni torturas; a la libertad de opinión y expresión; a la educación y al trabajo; a buscar y recibir asilo; al debido proceso y a un juicio justo, entre muchos otros. En el caso de los niños, las niñas y los jóvenes, precisamente por su edad, el discurso de derechos humanos afirma que los Estados deben adoptar medidas especiales o reforzadas de protección a favor de todos los niños[1] que se encuentran bajo su jurisdicción, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso.

En 2020, el número de migrantes internacionales alcanzó los 281 millones a nivel mundial, de los cuales 36 millones eran niños. Entre los migrantes del mundo hay casi 34 millones de refugiados y solicitantes de asilo que han sido desplazados de manera forzada de sus propios países, de los cuales 17 millones eran niños.[2] De este modo, el discurso de derechos humanos no se corresponde con la apabullante y dolorosa realidad mundial

[1] En este trabajo se reconocen y aceptan los términos que hacen alusión a las personas que forman parte de la niñez en razón del género (niñas) y la etapa del desarrollo (adolescentes/jóvenes); sin embargo, para facilitar la lectura se ha optado por utilizar los términos "niño"/"niños" para hacer referencia al colectivo integrado por "niñas, niñas y jóvenes". Igualmente, se usará el término "jóvenes" para hacer alusión a los "adolescentes" en aras de evitar el uso de categorías que dan una imagen de los jóvenes como personas que "adolecen" de algo.

[2] UNICEF, "Child Migration" (New York, UNICEF, 2021).

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

en la que viven millones de personas en contextos de movilidad que a diario ven violados sus derechos humanos. Estas personas se enfrentan a los riesgos constantes y crecientes de sufrir todo tipo de violencias, pobreza y exclusión social, y a ser víctimas de delitos —cometidos por agentes estatales y no estatales como el crimen organizado— durante todo el proceso migratorio (origen, tránsito, destino y retorno), especialmente aquellos que migran de manera forzada.

Los niños se encuentran en una situación de vulnerabilidad exacerbada, y más si están presentes diversas interseccionalidades —como es común que suceda—; por ejemplo, que hayan migrado solos o se encuentran separados de sus padres, que sean mujeres, que expresen su identidad de género y/o preferencia sexual en el caso de los jóvenes, que pertenezcan a algún pueblo originario, que tengan alguna discapacidad, que su condición migratoria sea irregular, que procedan de lugares de violencia extrema, entre otras. Estas situaciones los colocan en una posición de tener un acceso muy limitado a sus derechos y protección, además del riesgo inherente a la minoría de edad.

A pesar de lo anterior, los Estados, en aras de hacer prevalecer sus leyes y políticas de control de la migración, rompen la lógica del discurso de derechos humanos y hacen que prevalezca el control migratorio sobre su condición de niños, violándose de manera flagrante los estándares en la materia. Los discursos políticos apenas crean espacio para hablar de los niños migrantes y los problemas que afrontan, con la aceptación general, pública y política de que la exclusión y vulneración a sus derechos humanos está justificada por el hecho de ser migrantes.

De esta manera, los niños migrantes constituyen un grupo humano en situación de vulnerabilidad, que con frecuencia ve violados sus derechos humanos en sus lugares de origen, en el tránsito, en las sociedades de destino, y también en el retorno. Las tensiones entre la necesidad de protección y las exigencias de seguridad y control de la migración hacen que aquéllas se encuentren entre dos ámbitos normativos radicalmente opuestos: uno incluyente y otro excluyente. El primero es el del marco internacional de los derechos humanos, específicamente el de los derechos de la niñez, que es garantista y protector de sus derechos humanos por su calidad de niños. El segundo es el de las normas nacionales de control de la migración, que es ampliamente restrictivo y, en términos generales, no tiene un enfoque compatible con los derechos de la niñez ni a nivel normativo ni de política pública.[3]

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Ambos marcos normativos, no obstante, parten de un enfoque adultocéntrico. En el primer caso, porque los adultos son quiénes definen "el interés superior de la niñez", principio rector en materia de derechos de los niños; o, en otras palabras, "qué es lo mejor para los niños". En el segundo caso, porque existe un atropello de los derechos de la niñez por el hecho de ser migrantes, condición que los convierte en un "problema" para las sociedades de tránsito y acogida y "justifica" el recorte y *excepcionalidad* de sus derechos.

Tradicionalmente México fue considerado un país de origen y tránsito de migrantes, aunque en los últimos años su perfil migratorio se ha reconfigurado y ha pasado gradualmente a ser también un país de destino y retorno.[4] Por el territorio nacional diariamente transitan niños migrantes, solos o acompañados. Al menos el 43% de estos niños proviene de América central, en especial de Guatemala, El Salvador y Honduras.[5] Las principales razones de movilidad de estos niños son violencia, razones económicas y reunificación familiar.[6]

En el país, los niños migrantes sufren diversas violaciones a sus derechos humanos por la ausencia de una perspectiva de niñez en la aplicación de las leyes y en las políticas migratorias;[7] la carencia de garantías básicas de debido proceso en los procedimientos migratorios[8] y de asilo;[9] los abusos y las extorsiones por parte del crimen organizado, en ocasiones coludido con autoridades, y el incremento de la trata de niños migrantes con fines de explotación laboral y sexual.[10] Esto profundiza la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, la cual puede derivar en abusos,

4 OECD, "International Migration Outlook 2021", Paris, OECD, 2021.

5 UNICEF, "Uprooted: The Growing Crisis for Refugee and Migrant Children", New York, UNICEF, 2016.

6 ACNUR, "Niños en fuga", Washington D. C., ACNUR, 2014.

7 Ceriani Cernadas, P., "Niñez detenida: los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez", México, Buenos Aires, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A. C., Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, 2012.

8 Gaxiola Sánchez, M.; Moreno Valenzuela, Ma. Auxiliadora e Islas Rodríguez, Alfredo, "La falta de eficacia de las garantías jurisdiccionales para la protección de la integridad física y emocional de los niños, niñas y adolescentes en tránsito por México," *Revista de Investigación Académica sin Frontera* 15, 2018.

9 Ortega Velázquez, Elisa, *El asilo como derecho en disputa en México. La raza y la clase como dispositivos de exclusión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

10 UNODC, "Global Report on Trafficking in Persons 2020", New York, UNODC, 2021.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

violencia y explotación, o en daños graves a su integridad física, o incluso su vida.

Entre las diferentes acciones que los Estados llevan a cabo con el fin de controlar la migración se encuentra la de detener (para posteriormente expulsar o deportar) a las personas migrantes que no cuentan con un permiso de ingreso o residencia y/o trabajo. Esta medida, que implica la criminalización de la migración irregular, es causa de malos tratos y otras violaciones de derechos humanos. En el caso de los niños, la detención nunca es una opción adecuada, porque agrava la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran y los revictimiza; por ello, la legislación internacional afirma el principio de no detención de niños migrantes. En este sentido, una medida especial de protección y de primer orden para estos niños es que los Estados garanticen que no los detendrán por su condición migratoria.

México ha establecido un sistema nacional para la protección de los niños migrantes en su territorio en distintas leyes —Ley General de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; Ley de Migración y Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político—, que exige dar prioridad al interés superior de la niñez mientras se esté resolviendo su situación migratoria. Desde la reforma legal de noviembre de 2020, este sistema prohíbe al Instituto Nacional de Migración detenerlos en sus estaciones migratorias. Aún más, la Ley General de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes,[11] en concordancia con la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político,[12] señala que las autoridades también tienen terminantemente prohibido devolver a niños migrantes no acompañados a situaciones de peligro en sus países de origen o en cualquier otro país.

Sin embargo, la práctica gubernamental mexicana funciona de tal modo que los principios protectores de la niñez migrante se quedan solamente en la letra de la ley. De un lado porque existen diversos desafíos de praxis que ponen en jaque el cumplimiento cabal de la reforma legal de 2020. Y, por otro lado, porque Estados Unidos presiona políticamente a México para que la migración centroamericana (de adultos y niños) no llegue a su frontera sur, lo cual propicia que las autoridades mexicanas implementen estrategias para cumplir con ello, como el "retorno asistido" de los niños a sus países de origen "en aras de preservar su interés superior", además de la

KIND and Centro de Derechos Humanos Fray Matias de Córdova, "Niñez interrumpida: violencia sexual y por motivos de género contra niñez migrante y refugiada centroamericana", México, KIND-Centro de Derechos Humanos Fray Matias de Córdova, 2017.

11 Artículos 96 y 97.

12 Artículo 6o.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

puesta en marcha de otros programas para cumplir con la encomienda de ser el "guardia fronterizo" o el "país frontera" de Estados Unidos.[13]

La hipótesis central de este libro es que el imperativo político de control de la migración prima sobre los derechos de la niñez. Por ello, cuando los niños se vuelven migrantes, pierden el acceso a los derechos y las garantías que deberían tener asegurados por su condición de niños. El caso de la detención migratoria ilustra lo anterior: el derecho internacional de los derechos humanos afirma el principio de no detención de los niños migrantes a la vez que contiene una válvula de escape que permite que la detención de niños sea usada como medida de *ultima ratio*, por el menor tiempo posible y observándose ciertas garantías de debido proceso. De este modo, una "excepción violenta" rompe con la lógica proteccionista y humanitaria del discurso de derechos humanos de la niñez migrante y oculta que la excepción funciona como la regla, teniendo como resultado la violación pública, grave y sistemática de los derechos de estos niños. Esta violación, además, se encuentra normalizada, es tolerada y hasta es justificada dada su calidad de migrantes.

Entiendo por "excepciones violentas" las tecnologías de poder destinadas a quebrantar y dislocar el discurso de derechos humanos a través de medidas que funcionan como la regla y no la excepción (como pregona el discurso), al amparo de una retórica de falso proteccionismo y humanitarismo que difumina y encubre la racionalidad de control y exclusión de las leyes y políticas migratorias, con independencia de que se trate de niños o, peor aún, que tengan necesidades de protección internacional.

II. La niñez migrante desde los estudios críticos del derecho y la biopolítica legal: marco teórico-metodológico

A través del establecimiento de *excepciones violentas*, los derechos humanos de la niñez migrante son instrumentalizados por los poderes predominantes para que maticen —y hasta escondan— las violaciones graves de derechos humanos que los niños migrantes sufren de manera cotidiana no solo por ser niños, sino por ser migrantes. De este modo, el derecho no funciona como pregona el Estado de derecho liberal: no hay tal cosa como la neutralidad política y el objetivismo del derecho ni las normas del sistema son neutrales, necesarias y

[13] Ortega Velázquez, Elisa, *¿México como tercer país (in)seguro? El asilo como derecho humano en disputa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

justas. Por el contrario, el derecho es una categoría determinada por la política y la ideología, lo cual permite que éste opere a favor de los intereses del poder dominante en una sociedad.[14]

Bajo esta perspectiva, propia de los estudios críticos del derecho,[15] lo que se tiene en la mira de estudio son las razones políticas que guían la adopción de ciertas leyes o normas jurídicas. Es decir, qué motivaciones tiene el poder político para allegarse de recursos que sean capaces de legitimar un discurso jurídico específico, con el fin de que quienes producen y aplican el derecho moldeen —de esa forma— una praxis jurídica determinada. Aún más, y como señala Derrida, "ninguna regla o código existente puede garantizar lo que ha de ser decidido".[16]

Los movimientos forzados de personas a gran escala desafían los proyectos de los Estados, de asegurar la manejabilidad y productividad de sus poblaciones, que es lo que Michel Foucault[17] denominó como "biopolítica". Por ello, los gobiernos echan a andar dispositivos (por ejemplo regulación migratoria), discursos (por ejemplo derechos humanos) y políticas o tecnologías de poder/biopolíticas (por ejemplo excepciones violentas al discurso de derechos humanos para ciertas poblaciones) dirigidos a gestionar la vida racializada de las personas en contextos de movilidad. Desde esta perspectiva, el control de la migración es un dispositivo biopolítico de producción de subjetividad, gestión de la movilidad y gobierno de la población.[18] Y el derecho juega un papel instrumental, pero crucial: funge como bisagra que abre y cierra las relaciones de poder con base en la clase, la raza, el género y la edad.

---

14 Priban, Jiri, "Sharing the Paradigms? Critical Legal Studies and the Sociology of Law", in *An Introduction to Law and Social Theory*, Reza Banakar (ed.), Travers, Max, Oxford, Hart, 2002, p. 119.

15 Kennedy, Duncan, "La crítica de los derechos en los *critical legal studies*", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 7, núm. 1, 2006; Fitzpatrick, Peter, *El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad Libre-Facultad de Filosofía, 2010.

16 Derrida, J., "Force of Law, The Mystical Foundation of Authority", in *Deconstruction and the Possibility of Justice: Symposium: Papers*, Cornell, Drucilla, Rosenfeld, Michel and Routledge, David Carlson (eds.), 1992.

17 Foucault, Michel, Senellart, Michel and Collège de France, *The Birth of Biopolitics. Lectures at the CollèGe de France, 1978-1979*, Basingstoke England, New York, Palgrave MacMillan, 2008, p. 41.

18 Mezzadra, Sandro, *Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización; precedido por diálogo entre el colectivo situaciones y Sandro Mezzadra*, Traficantes de Sueños Mapas (Madrid, Traficantes de Sueños, 2005); Walters, William, "Border/Control", *European Journal of Social Theory* 9, núm. 2, 2006; Enrica Rigo, *Europa di Confine. Trasformazioni Della Cittadinanza Nell'unione Allargata*, Milan, Booklet Milano, 2007; Nick Vaughan-Williams, *Border Politics: The Limits of Sovereign Power*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Para abordar el cuestionamiento central de la investigación, a saber: que cuando los niños se vuelven migrantes pierden el acceso a los derechos y las garantías que deberían tener asegurados por su condición de niños, en el libro se plantean cuatro hipótesis:

Primera hipótesis. La biopolítica de la infancia administra, regula y controla la vida de los niños con el fin de producir cierto modelo de sujetos —pequeños ciudadanos o niños *sacer*— y conducirlos a una forma de vida determinada. Funciona a través de dos dispositivos que parten del adultocentrismo: el poder directo sobre la vida de los niños y la construcción de la subjetividad de los niños. A través de estos dispositivos se mantienen relaciones de dominación y desigualdad entre adultos y niños con el fin de inhibir o regular su acceso a derechos y a la ciudadanía.

Segunda hipótesis. Los niños se convierten en niños *sacer* porque se producen condiciones biopolíticas de vulnerabilidad, como pobreza, violencia y desigualdad, para que sus vidas sean desechables o prescindibles. Por ello son omitidos como objetos de política pública y se vuelven blanco de todos los tipos de violencia (a manos de agentes estatales o no estatales, como el crimen organizado, y de así como de su familia o comunidad) y de distintos delitos, como la trata infantil (laboral y sexual), el tráfico de personas, las peores formas de trabajo infantil y la explotación sexual comercial.

Tercera hipótesis. El discurso de derechos humanos predica que son derechos inherentes a todas las personas por el solo hecho de su humanidad y estar dotadas de razón y conciencia, y que deben ser garantizados *sin discriminación* alguna. En el caso de los niños migrantes, este discurso debe ser adaptado a sus condiciones particulares de vulnerabilidad dadas por la edad y la situación de movilidad, además de las interseccionalidades que estén presentes en cada caso concreto. Este discurso se basa en tres premisas: *1)* los niños son sujetos plenos de derecho y requieren medidas especiales de protección; *2)* todos los niños, todos los derechos, sin discriminación alguna por motivos de nacionalidad o condición migratoria, y *3)* la calidad de niños prima sobre la condición de migrante. No obstante, este discurso se encuentra dislocado, porque los niños migrantes antes de ser tratados como niños son considerados como migrantes.

Cuarta hipótesis. En términos generales, el derecho internacional afirma el principio de no detención de niños migrantes, pero de manera excepcional permite que su detención sea practicada como medida de último recurso por el menor tiempo posible y observando ciertas garantías. Esta *excepción violenta* rompe con la lógica proteccionista y humanitaria del discurso de derechos humanos de la niñez migrante y oculta que la excepción funciona como la regla, teniendo como resultado la violación pública, grave y siste-

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

mática de los derechos de estos niños. Esta violación, además, se encuentra normalizada, es tolerada y hasta es justificada dada su calidad de migrantes. El caso de México ilustra lo anterior, aun cuando ya se ha realizado una reforma legal en la materia en tiempos recientes.

El diseño metodológico de la investigación de este libro es deductivo analítico; es decir, se llega a la teorización a través de analizar fuentes documentales. La investigación es innovadora aun con las limitaciones del método, porque desde los estudios críticos del derecho y la teoría biopolítica se analiza cómo prima el imperativo político de control de la migración sobre los derechos de la niñez y se usa el discurso de derechos humanos para ocultarlo. Para fines de lo anterior, se utilizan las siguientes técnicas de investigación:

1. A través de la argumentación jurídica[19] se construyeron las categorías analíticas de biopolítica de la infancia, niño *sacer*, discurso de derechos humanos y excepciones violentas, las cuales permitieron el estudio crítico de los derechos de la niñez migrante a nivel internacional y, específicamente, en México.
2. A través de la dogmática jurídica se buscó esclarecer qué es lo que dice el derecho (internacional y mexicano) vigente sobre los derechos de la niñez migrante, especialmente en lo relativo a las detenciones. Esto es, se describió, a través de la interpretación y sistematización, el derecho positivo[20] que regula el derecho de los niños migrantes a no ser detenidos, cuál es su sentido, sus consecuencias[21] y sus excepciones al analizarlo a través de las categorías analíticas de biopolítica de la infancia, niño *sacer*, discurso de derechos humanos y excepciones violentas.

---

19 Como señala Atienza: "argumentar constituye la actividad central de los juristas —pocas profesiones consisten más genuinamente que la de los juristas en suministrar argumentos—, y que el derecho ofrece una de los campos más importantes para la argumentación", y prosigue "(la) argumentación jurídica… debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho… Un objetivo central del proceso de aprendizaje del derecho tendría que ser el de aprender a pensar o a razonar como un jurista, y no limitarse a conocer los contenidos del derecho positivo". Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 217.

20 Por ejemplo, Navarro and Moreso, Juan J., "The Dynamics of Legal Positivism", *Ratio Iuris* 10, núm. 3, 1997, pp. 288 y 289.

21 Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2001, pp. 183-192.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Además, se echó mano del método genealógico propuesto por Michel Foucault,[22] el cual se puede definir como una forma de "hacer historia del presente", que da cuenta de las políticas involucradas y las relaciones de poder que hacen que la historia de las cosas tenga un aspecto en particular. Esto es, que a partir de un fenómeno contemporáneo se trata de rastrear cómo han influido los saberes y discursos, así como su entrelazamiento con modos de ejercicio del poder en el desarrollo y situación actual de dicho fenómeno.

La idea es rastrear y comprobar que en la historia detrás de las cosas hay "otra cosa bien distinta"; descubrir los armazones del poder y sus prácticas sociales. Este método de investigación cuestiona el desarrollo lineal que tradicionalmente se cuenta en la historia de las cosas, además de mostrar rutas alternativas. Por ello, no sólo se pregunta por el origen de las ideas, los valores o las identidades sociales, sino que muestra cómo surgen éstos a partir de relaciones de fuerza y estrategias de poder. En suma, intenta revelar la influencia que ha tenido el poder en la conformación de los discursos de verdad y en la configuración de formas de subjetividad.[23]

En el caso concreto, el método genealógico se usó para entender:

1. Qué prácticas políticas y relaciones de poder han formado el discurso de los derechos humanos de la niñez y, en específico, de la niñez en contextos de movilidad, y qué entendimientos y discursos alternativos han sido marginados y olvidados; por ejemplo, los dispositivos de control de la niñez que parten de tecnologías de poder, como el adultocentrismo, y
2. Qué razones han fundamentado las políticas de detención de los niños migrantes en México y bajo qué discursos se han cobijado y qué relaciones de poder subyace al régimen migratorio mexicano.

III. Estructura del libro

El libro consta de cuatro capítulos:

Capítulo primero: "Biopolítica de la infancia. Control y producción de pequeños ciudadanos y niños *sacer*". En este capítulo, se aborda la categoría

[22] Foucault, Michel y Vázquez, José, *Nietzsche. La genealogía. La historia*, 6a. ed., Valencia, Pre-Textos, 2008.

[23] Hansen, Lene, "Poststructuralism", in *The Globalization of World Politics. An Introduction to International Relations*, John Baylis, Steve Smith, and Patricia Owens (eds.), Oxford, Uinted Kingdom, New York, Oxford University Press, 2020, p. 181.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

de infancia, sus definiciones y variedades discursivas. Segundo, se realiza una genealogía de la infancia, donde se estudia el tratamiento de la niñez y su control en distintas etapas históricas: antigüedad, antiguo régimen, siglos XVI y XVII, siglo XVIII, siglo XIX y siglo XX. Tercero, se analiza el paradigma biopolítico "hacer vivir y dejar morir" en relación con los niños. Cuarto, se propone el estudio del adultocentrismo como principal tecnología de poder en la biopolítica de la infancia. Quinto, se estudia la teoría de Giorgio Agamben sobre el *homo sacer* y el estado de excepción. Y, sexto, se propone la caracterización de la niñez en condiciones de vulnerabilidad, violencia, desigualdad y precariedad como niño *sacer*.

Capítulo segundo: "Condiciones de vulnerabilidad que producen al niño *sacer*". En este capítulo se aborda la categoría de vulnerabilidad en relación con la niñez migrante. Asimismo, se señalan las diferentes categorías de niños migrantes: niños migrantes acompañados; niños migrantes no acompañados y niños nacidos en países de destino. Tercero, se estudia la intersección entre violencia, migración y niñez; se analizan los distintos tipos de violencia (cultural, directa y estructural) y su impacto en la niñez migrante y la producción del niño *sacer*. Finalmente, se estudian distintos delitos contra la niñez migrante que tienen como resultado la producción del niño *sacer*: trata infantil, tráfico ilícito de migrantes, trabajo infantil y explotación sexual comercial infantil.

Capítulo tercero: "El discurso de derechos humanos de la niñez migrante". En este capítulo, primero, se estudia el discurso de los derechos humanos en el orden internacional: la teoría y la crítica de los derechos humanos aterrizada al caso de las personas migrantes. Segundo, se aborda el discurso de derechos humanos de la niñez migrante a nivel internacional, universal e interamericano. Tercero, se analizan las premisas del discurso de derechos humanos de la niñez migrante: *1)* los niños son sujetos plenos de derecho que requieren medidas especiales de protección; *2)* todos los niños, todos los derechos, y *3)* la calidad de niño prevalece sobre la condición de migrante. Cuarto, se estudian los principales derechos de los niños en contextos de movilidad: derechos a la vida e integridad personal; derecho a la educación; derecho a la salud; derecho a la libertad personal y seguridad de las personas; derecho a la libertad de circulación y residencia; derecho a la vida familiar, y derecho de buscar y recibir asilo.

Capítulo cuarto: "Excepciones violentas en el discurso de derechos humanos: niñez migrante detenida en México". En este capítulo, primero: se estudia la detención migratoria en el discurso internacional de derechos humanos y sus principios rectores: *1)* el principio de excepcionalidad de la detención por razones migratorias; *2)* la presunción de libertad y las medidas

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

alternativas a la detención; *3)* las garantías de debido proceso; *4)* las condiciones adecuadas de detención, y *5)* la prohibición de la detención como sanción penal a infracciones migratorias. Segundo, se analiza el principio de no detención de niños migrantes en el derecho internacional y sus premisas: la detención sólo debe ser usada como medida excepcional; se debe tratar a los jóvenes menores de dieciocho años bajo los estándares de la niñez y no como adultos; se debe evitar la detención de familias, y no se debe separar a las familias. Tercero, se estudian los derechos, las garantías de debido proceso y las medidas cautelares en caso de detención excepcional de niños migrantes. Cuarto, se aborda la detención migratoria en México desde una perspectiva crítica que devela el estado de excepción migratoria que prevalece en el país. Quinto, se analiza el marco normativo de protección de la niñez migrante en México a nivel constitucional y general y se señalan las categorías de niños migrantes que existen en la legislación mexicana vigente. Sexto, se aborda el marco normativo de control de la niñez migrante en México, con énfasis en el sistema de detención. Para ello, se aborda el sistema de detención de niños migrantes que estuvo vigente de 2011 a 2020, y el sistema en la actualidad tras la reforma legal de 2020 en la materia de niñez migrante, así como los principales desafíos para su cumplimiento.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Capítulo primero

BIOPOLÍTICA DE LA INFANCIA: CONTROL Y PRODUCCIÓN DE PEQUEÑOS CIUDADANOS Y NIÑOS *SACER*

I. Decodificando la categoría de infancia: definiciones y variedades discursivas

La *infancia* es un campo[1] conformado, de un lado, por enfoques, análisis, estudios y conceptos, y, por otro lado, por acciones, programas y políticas, además de una serie de actores.[2] De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española (RAE), el término "infancia" proviene del latín *infantia*, cuyo significado es la incapacidad de hablar, y define a los *înfâns* o *înfantis* como aquellos que no tienen voz. Según la RAE, la infancia es: *a)* el periodo de la vida humana desde que se nace hasta la pubertad; *b)* el conjunto de los niños de tal edad, y *c)* el primer estado de una cosa después de su nacimiento o fundación.

La RAE define al infante como: *a)* el niño que aún no ha llegado a la edad de siete años; *b)* el pariente del rey que por gracia real obtiene el título de infante o infanta, y *c)* cada uno de los hijos varones y legítimos del rey, nacidos después del príncipe o de la princesa. La *niñez* es definida por la RAE como: *a)* el periodo de la vida humana que se extiende desde el nacimiento a la pubertad (mismo significado de la palabra "infancia"); *b)* el principio o primer tiempo de cualquier cosa, y *c)* la niñería o acción propia de niños. Es decir, al igual que en el caso de la palabra "infancia", la "niñez" se refiere al periodo vital que transcurre durante los primeros años de la vida humana.[3]

Wasserman señala que la etimología de la palabra "infancia" proviene del latín *in -fandus*, que significa "el que no habla" o "no es legítimo para

[1] Bourdieu entiende los campos como "sistemas de relaciones sociales que funcionan respecto a un área en donde se compite por lo mismo y que funcionan con su propia lógica interna...". Bourdieu, Pierre, *Razones prácticas*, Barcelona, Anagrama, 1997.

[2] Bustelo, Eduardo, "Infancia en indefensión", *Salud Colectiva 1*, núm. 3, 2005, p. 254.

[3] Real Academia Española (RAE), *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid, 2014, disponible en: *https://dle.rae.es*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

tener la palabra". Sostiene que se le llama "infante" al hijo del rey que está en la línea sucesoria al trono y que no puede ser heredero mientras el primogénito —heredero de hecho— esté vivo. En este sentido, la etimología de la palabra *infancia* se refiere a aquellos que no tienen permitido hablar, y no a quiénes carecen de este atributo por la edad que tienen. Durante la época del Imperio romano se establecía que la *infantia* duraba desde el nacimiento hasta los siete años; y la *pueritia* duraba de los siete a los doce años en el caso de las niñas, y de los siete a los catorce años para los niños. Posteriormente, venía la *adulescentia*, que iba de los doce o catorce años, según el caso, hasta los veintiún años. A partir de ese momento se entraba en la *iuventus*, etapa de la plenitud que duraba hasta los cincuenta años. Desde los cincuenta hasta los setenta y dos años se denominaba *gravitas*, y a partir de los setenta y dos años hasta la muerte, *senectus*.[4]

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) señala que la infancia es el estado y la condición de la vida de un niño que transcurre entre el nacimiento y la edad adulta. Enfatiza que la infancia no sólo se refiere a los años que transcurren en ese tiempo, sino a la *calidad* de esos años, esto es, hace referencia mucho más allá del tiempo. En este sentido, la define como "un espacio delimitado y seguro, separado de la edad adulta, en el cual los niños y las niñas pueden crecer, jugar y desarrollarse".[5]

Según la RAE, la palabra "niño" o "niña" proviene de la voz infantil o la expresión onomatopéyica *ninno*, que significa "él que está en la niñez, que tiene pocos años, que tiene poca experiencia o que obra con poca reflexión y advertencia", entre otras características.[6] Wasserman[7] sostiene que la palabra "niño" o "niña" presenta una polisemia muy amplia, aunque, en general, se refiere a la condición de las personas con pocos años de edad o que se encuentran en posición de subordinación social (servidumbre). La palabra "niña" también se utiliza para designar a la pupila del ojo, ya que "pupila" proviene del latín *pupilla*, que significa huérfana menor de edad que está bajo la autoridad de una persona tutora.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), el tratado internacional de derechos humanos más ratificado del mundo, define como "niño" a "todo ser humano menor de dieciocho

---

4 Wasserman, Teresa, "¿Quién sujeta al sujeto? Una reflexión sobre la expresión «el niño como sujeto de derecho»", *Ensayos y Experiencias 8*, núm. 41, 2001, p. 61.

5 UNICEF, *Estado mundial de la infancia 2005*, Nueva York, 2004, p. 3, disponible en: *https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210598194*.

6 RAE, *Diccionario de la lengua española*.

7 Wasserman, Teresa, "¿Quién sujeta al sujeto?..., *cit.*

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

años de edad" (artículo 1o.). Entre otras razones para que se utilizara este término, está que en los trabajos preparatorios de la convención imperó el criterio de varios países influyentes cuyas leyes nacionales reconocían los dieciocho años como la mayoría de edad.[8] En México, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes[9] (LGDNNA) de 2014, que fue redactada bajo el paradigma de los derechos de la niñez que impera en la CDN, señala:

> Son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años, se presumirá que es adolescente. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor o menor de doce años, se presumirá que es niña o niño (artículo 5o.).

Esto es, la LGDNNA no sólo adopta el término "niño" de la CDN, sino que diferencia a esta población en razón del género (niño/niña) y la etapa de desarrollo (niñez y adolescencia).

En el ámbito latinoamericano, hasta antes de la aprobación de la CDN, las personas menores de dieciocho años estaban regidas por la doctrina de la situación irregular, que las dividía en dos grupos: en "niños", quienes no llegaban a ser propiamente sujetos jurídicos, al estar tutelados y protegidos por las instituciones de la familia y la escuela, y en "menores", quienes eran ajenos a estas instituciones por haber sido abandonados, víctimas de abusos o maltratos, o ser infractores de la ley penal, sin tener posibilidad de defenderse por ciertas condiciones de vulnerabilidad social vinculadas con la pobreza.[10]

De aquí nació el modelo tutelar de la ley penal, el cual se basó en el paradigma de la minoría, y, en consecuencia, en la incapacidad de estas personas.[11] A través de este modelo, el Estado se arrogó la tarea de "protegerlos"

---

[8] Moerman, Joseph, "Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias", en Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.), *La Convención sobre los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996, p. 148.

[9] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2014.

[10] García Méndez, Emilio, "La legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular", en García Méndez, Emilio (ed.), *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Forum Pacis, 1994.

[11] Beloff, Mary, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", *Justicia y Derechos del Niño 1*, 1999.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

y "tutelarlos", en vez de castigarlos. Sin embargo, al no tener como objetivo el castigo sino la protección, se prescindió peligrosamente de garantías para estos niños tutelados por el Estado.[12]

El uso del término "menor", especialmente en el ámbito jurídico, ha traído diversas confusiones, ya que la definición de quién es "menor" varía de unos países a otros. Por ejemplo, en Irán, el artículo 1210 del Código Civil reconoce como menores a los niños (varones) de menos de quince años y a las niñas de menos de nueve años. Y en España, la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define como "menor" a la persona que tiene menos de dieciocho años. Así, la definición de "menor" varía dependiendo de la legislación civil del país del que se hable, por lo que no se puede afirmar que el estándar de mayoría de edad reconocido en las legislaciones nacionales sea de dieciocho años. De ahí la importancia de usar el parámetro que establece la CDN y reconocer como niños a todas las personas menores de dieciocho años.[13]

Otro problema del término "menor" es que parte de una visión adultocéntrica, y no de derechos. En principio, la RAE señala que "menor" es un adjetivo comparativo que proviene del latín *minor*, y significa "que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad", o que es "menos importante con relación a algo del mismo género".[14] Como afirma González Contró, "el vocablo *menor* refleja una situación relacional en la que siempre habrá un mayor, por lo que a primera vista parece desaconsejable su uso, y es precisamente ésta la primera de una serie de razones que motivan la argumentación a favor de cambiar esta denominación fuertemente arraigada en el léxico jurídico".[15]

La infancia es una categoría social que antagoniza con la de adultez. De hecho, el término "menor" es una muestra de la relación asimétrica que existe entre ambas categorías, en donde la infancia se encuentra situada en una relación de dependencia y subordinación. Bustelo[16] ejemplifica con el

[12] Hierro, Liborio, "Los derechos humanos del niño", *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Marzal, Antonio, Barcelona, Bosch-Esade.

[13] Ortega Velázquez, Elisa, *Estándares para niños, niñas y adolescentes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos*, vol. 2, México, CNDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2017, pp. 3 y 4.

[14] RAE, *Diccionario de la lengua española*.

[15] González Contró, Mónica, "¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina", en Pérez Contreras, María Montserrat y Macías Vázquez, Ma. Carmen (eds.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2011, p. 35.

[16] Bustelo, Eduardo, "Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano", *Salud Colectiva 8*, núm. 3, 2012, p. 289.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

siguiente cuadro la "gran asimetría adultocéntrica" y el papel que juegan los términos que usamos en relación con la infancia:

Adultez	*Infancia*
Maduro	Inmaduro
Racional	Emocional (irracional)
Autónomo	Dependiente
Mayor	Menor
Autoridad	Obediencia
Competente	Incompetente
Completo	Incompleto
Público	Privado
Cultura	Naturaleza
Independiente	Dependiente
Trabaja	Juega
Actor	Objeto
Visible	Invisible
Fuerte	Vulnerable
Formado	Maleable

FUENTE: Bustelo, 2012.

La infancia se caracteriza por su segregación en razón de la edad y el sometimiento a los saberes científicos a través de los cuales se le "regula". Se enmarca en una concepción lineal y unitaria del desarrollo humano, que considera al ciclo de madurez como sinónimo de progreso y desarrollo. El llegar a ser adulto racional, autónomo y dueño de sí mismo es el fin del referido ciclo.[17] No obstante, esta concepción del desarrollo oculta las condiciones de la producción discursiva dominante y se convierte en un proyecto político y cultural que los "científicos" legitiman frecuentemente. A la vez, esta concepción sirve para construir los dispositivos jurídicos y culturales que sujetan a la infancia a su "pequeñez".

El hecho de asociar la infancia con un estado más cercano a la naturaleza que a la cultura —al igual que ocurre con otras minorías políticas, como las mujeres o los grupos indígenas— construye un estereotipo genera-

[17] *Ibidem*, pp. 289 y 290.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

cional sobre los niños como seres inferiores, quienes necesariamente deben estar situados bajo el poder y la autoridad de una persona adulta, la cual se considera racional y civilizada.[18] Por ello, el tema es decodificar el discurso hegemónico de la infancia y establecer una postura crítica contra las teorías que afirman la dependencia infantil.

La relación adultez-infancia es una relación de dominación que opera, principalmente, por vía del concepto de sociedades de control. Bustelo sostiene que la maduración y la socialización son dispositivos clave en esta relación de poder sobre la infancia. Desde este punto de vista, la infancia es una categoría social homogénea, pero es heterogénea respecto de las distintas dimensiones que la cruzan, tales como la clase social, la etnia, el género, la pertenencia urbana o rural, la pertenencia religiosa, el lenguaje, etcétera; y, sobre todo, la temporalidad histórica, ya que la infancia también es una categoría histórica.[19]

II. Genealogía de la infancia

El historiador francés Philippe Ariès, en su libro *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen* (1960), afirma que la infancia es una invención moderna de fines del siglo XVII, y que por siglos los niños no fueron diferenciados de los adultos. De este modo, en la Edad Media no había infancia ni existía el sentimiento de la infancia tal como hoy lo conocemos. Los niños eran considerados como algo divertido que no se diferenciaban mucho de los animales. Se quedaban en una especie de anonimato hasta que alcanzaban cierta edad, momento a partir del cual ya no necesitaban de cuidados especiales, entraban a formar parte de la sociedad de los adultos y se les empezaba a tratar como tales. Mientras esto sucedía, las niñas eran apartadas y criadas en la vida doméstica y preparadas para su función reproductora en el matrimonio. Los niños, una vez completadas sus capacidades psicomotoras, eran integrados directamente en la sociedad. De este modo, los niños vivían mezclados con los adultos, y no había diferencias entre ellos: eran considerados adultos jóvenes. Por ello, la categoría infancia como instancia diferenciadora por edad no existía. Aún más, la familia no tenía una función afectiva, sino más bien de conservación de los bienes y la práctica común de un oficio.[20]

---

18 Pavez-Soto, I., "Sociología de la infancia. Las niñas y los niños como actores sociales", *Revista de Sociología 27*, 2012, p. 84.

19 Bustelo, Eduardo, "Notas sobre infancia...", *cit.*, p. 294.

20 Ariès, Philippe *et al.*, *Centuries of Childhood*, London, Pimlico, 1996.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

La historia de la infancia contada por Ariès no ha estado exenta de críticas. Por ejemplo, Anderson afirma que la historia de la infancia no es lineal como la cuenta Ariès, y que durante una misma época pueden coexistir diversas actitudes dependiendo el contexto social, cultural y económico de la época.[21] Gélis señala que el interés y la indiferencia hacia la infancia no se suceden históricamente, sino que coexisten en una misma sociedad y época, y prevalece una sobre otra en ciertos periodos. En este sentido, anota que "la indiferencia medieval ante el niño es una invención; y en el siglo XVI… los padres se preocupan de la salud y curación de sus hijos".[22] De otro lado, Pollock sostiene que los humanos no actúan en sentido completamente opuesto a su herencia biológica ni desatienden a sus hijos hasta el punto de poner en peligro su supervivencia, como afirma la teoría de Ariès sobre el maltrato generalizado durante siglos. Y concluye que en todos los tiempos los padres han cuidado de sus hijos.[23]

En su *Historia sobre la infancia* (1974), DeMause concuerda con Ariès en que la infancia fue ignorada durante siglos; pero difiere en cuanto a las consecuencias de esta situación, y sostiene que este desconocimiento fue la razón por la cual los niños fueron maltratados por sus padres a lo largo de este tiempo. DeMause narra cómo el infanticidio y el sacrificio infantil prevalecieron en muchas sociedades de la antigüedad, habiendo incluso un sesgo de género, puesto que era mucho más frecuente en el caso de las niñas, lo cual llegó a ser causa de un desequilibrio entre la población masculina y femenina.[24]

1. *El derecho de muerte sobre los niños y el infanticidio tolerado en la antigüedad*

En las culturas de la antigüedad, como Grecia y Roma, los hijos eran prácticamente propiedad de la familia y se encontraban completamente sometidos a la voluntad de sus progenitores o de la comunidad, con la consecuente ausencia de derechos.

En Grecia, específicamente en Atenas, la patria potestad conllevaba los siguientes derechos para los padres: *a)* poder de disposición sobre la vida

[21] Anderson, Michael, *Approaches to the History of the Western Family 1500-1914*, New Studies in Economic and Social History, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 61.

[22] Gélis, Jacques, "La individualización del niño", en Ariès, Philippe y Duby, Georges, *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, 1998, 3, p. 28.

[23] Pollock, Linda A., *Los niños olvidados: relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*, México, Biblioteca de Psicología y Psicoanálisis, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 50.

[24] DeMause, Lloyd, *Historia de la Infancia*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

y la muerte del hijo; *b)* poder de exposición del recién nacido; *c)* poder de venta de los hijos como esclavos; *d)* poder de corrección; *e)* poder de dar en adopción al hijo a otra familia; *f)* poder de designarle un tutor por medio de testamento; *g)* poder de dar e incluso modificar el nombre del hijo, y *h)* poder de repudiar al hijo.[25] De esta forma, el niño era considerado como un proyecto de adulto al cual le faltaban diversas cualidades que tenía que desarrollar para llegar a ser persona o ciudadano completo, se le percibía como un ser totalmente moldeable y con grandes carencias en la voluntad y el carácter, al que era necesario enseñar el dominio de la razón.

Por ello, Platón señala la conveniencia de atenuar las penas para los niños en caso de que cometan faltas, pues, además de que no tienen la fuerza de voluntad suficiente, son susceptibles de ser regenerados al no estar totalmente formados. En virtud de que los niños son considerados como "propiedad" de la comunidad, Platón propone en *La República* y en *Las leyes*, separar a los niños de sus padres para convertirlos en ciudadanos virtuosos. Considera que la educación es fundamental para el control de la parte irracional del alma del niño que, según él, se manifiesta por el movimiento irrefrenable y los gritos. Estima necesaria la preparación física y psicológica de las madres, que se faje a los bebés durante los dos primeros años de su vida y que reciban una instrucción equilibrada entre mimos y dureza, así como la enseñanza a través del juego.

Aristóteles, por su parte, también concibe al niño como un mero proyecto de hombre en el que domina la parte irracional, y al que es necesario educar para el dominio de sus apetitos a través de la adquisición de hábitos adecuados y una disciplina estricta. Sin embargo, se pronuncia en contra de fajar a los bebés, y resalta la importancia de que los niños reciban una alimentación adecuada para su buen desarrollo.[26]

En Roma, el niño se encontraba sometido a la potestad del *pater*, quien era el único integrante de la familia con plena capacidad de obrar. El niño se consideraba como un ser vulnerable y sin uso de razón durante los primeros años, por lo cual era necesaria la protección de los adultos. A la muerte del *pater*, un tutor asumía el deber de cuidar a los huérfanos y suplir su incapacidad de obrar.[27] El nacimiento biológico de un niño romano no necesa-

[25] Campoy Cervera, Ignacio *et al.*, *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, tesis, España, Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2000, p. 55.

[26] González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 22.

[27] Brena Sesma, Ingrid, *Intervención del Estado en la tutela de menores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 18-26.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

riamente implicaba su integración a la familia y a la sociedad, pues estaba sujeto a la decisión del patriarca. Así, la potestad del *pater* se acompañaba de un conjunto de amplios poderes: el *iusvendendio* o poder para vender a los hijos; el *iusnoxae dandi* o poder para la entrega noxal, toda vez que en el derecho romano la víctima de un delito podía reclamar del padre el abandono del hijo (también del esclavo o del animal) que le había causado el daño; y el *iusexponendi* o poder para exponer a los neonatos; esto es, para no reconocerlos o abandonarlos de recién nacidos en un lugar público, exponiéndolos a la muerte o a la recuperación por un tercero.[28] Esta práctica era legítima y común en los casos de hijos con malformaciones, en los pobres por carencia de recursos y en la clase media, con el objetivo de concentrar los esfuerzos familiares en un número reducido de hijos.[29]

Asimismo, destaca el *vitae necisque potestas*: el poder de vida y muerte sobre todo hijo varón nacido libre, el cual no recaía sobre todos los hijos, las mujeres o los esclavos. Este poder se ejercía de modo consustancial a la *patria potestas*, es decir, surgía espontáneamente de la relación padre-hijo, pero adquiría una jurisdicción pública, y no solamente doméstica. Agamben afirma que la importancia radica en que el *imperium* del magistrado representa este mismo poder en relación con el pueblo. "Así pues, la vida aparece originalmente en el derecho romano sólo como la contrapartida de un poder que amenaza con la muerte".[30] De este modo, la relación padre-hijo en el derecho romano expresa ya la figura del *homo sacer*, esto es, la posibilidad de disponer de una vida sin cometer homicidio, sin infringir el ordenamiento jurídico y sin necesidad de sacrificar, al margen de un contexto ritual. La figura del *homo sacer* en Agamben alude a la relación de exclusión o abandono en el sistema jurídico que, de acuerdo con el autor, es la lógica de la soberanía aún en nuestros días.[31]

De este modo, en la antigüedad las relaciones familiares debían estar sometidas al bienestar de la comunidad, y desde esos tiempos existió un control biopolítico de la población y la infancia. Para ello, tanto Platón como Aristóteles propusieron el empleo de medidas eugenésicas y de control de la

---

28 Amunategui Perello, Carlos Felipe, "El origen de los poderes del «Paterfamilias» I, El «Paterfamilias» y la «Patria potestas»", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 28*, 2006.

29 Veyne, Paul, "El Imperio romano", en Ariès, Phillipe y Duby, Georges, *Historia de la vida..., cit*.

30 Agamben, Giorgio y Gimeno Cuspinera, Antonio, Homo sacer: *el poder soberano y la nuda vida, 1*, *Ensayo*, Valencia, Pre-Textos, 2010.

31 Mantilla, Lucía, "El lugar de la infancia en la biopolítica contemporánea", en Mantilla, Lucía *et al*. (eds.), *Biopolítica e infancia: niños, niñas e instituciones en el contexto latinoamericano*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2017, p. 31.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

población, tales como establecer un límite de edad y número de hijos, regular las uniones y desechar a los niños que no nacieran con las características físicas óptimas según sus criterios.[32]

Con la expansión del cristianismo de los siglos II a V, la situación de los niños parece cambiar un poco, pues los principios de la religión empezaron a ser reconocidos por los juristas y a permear la vida pública. El espíritu cristiano obligaba a practicar las obras de misericordia que derivan del principio de piedad de las que se desprende la obligación de auxiliar a viudas y huérfanos. Asimismo, la Iglesia intentó fomentar la compasión hacia la infancia y, más tarde, asumió la función protectora institucional por medio de los orfanatos y las instituciones pías, además de que participó en la asignación de tutores dativos a través de los obispos y resguardó en sus archivos los actos tutelares.[33]

En el siglo IV la Iglesia empezó a ejercer presión sobre el Estado con el fin de lograr la prohibición de prácticas que pusieran en peligro la vida de los niños. Por ejemplo, se intentó regular el aborto y convencer a los padres de que los niños eran menos capaces y había que educarlos para que pudieran vivir de acuerdo con la moral cristiana. En el año 374 se declaró el infanticidio como delito punible en el Imperio romano;[34] no obstante, DeMause señala que esta práctica continuó siendo frecuente hasta el siglo IV.[35]

De la obra de san Agustín se infiere que en este periodo se consideraba al niño como un ser inocente por la debilidad de sus miembros, nacido con inclinación al mal como consecuencia de la naturaleza del hombre y dominado por los desórdenes y apetitos irracionales.[36] De Mause denomina esta etapa como "infanticidio" (de la antigüedad al siglo IV), pues los padres resolvían la ansiedad provocada por los niños matando a algunos, y con prácticas de crianza derivadas de una reacción proyectiva sobre los que sobrevivían.[37]

---

32 González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños...*, p. 24.

33 Sesma, Brena *Intervención del Estado en la tutela de menores*, pp. 27 y 28.

34 González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños... cit.*, p. 25.

35 DeMause, Lloyd, *Historia de la... cit*, p. 49.

36 Obispo de Hipona, santo, y Antuñano Alea, Salvador, *San Agustín. Confesiones; Contra los académicos; De la vida feliz; Soliloquios; La inmortalidad del alma; El maestro; La catequesis de los principiantes; La naturaleza del bien, contra los maniqueos: vida de San Agustín por Posidio San Agustín; estudio introductorio Salvador Antuñano Alea*, Biblioteca de Grandes Pensadores, Madrid, Gredos, 2012.

37 DeMause, Lloyd, *Historia de la... cit*, p. 88.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

2. *El abandono de la infancia en el Antiguo Régimen: siglos V a XV*

Para De Mause, el periodo que corresponde a la Edad Media se define por una crianza caracterizada por el "abandono". Los padres reconocían que los hijos tenían alma, pero, a la vez, que estaban llenos de maldad, por lo que era necesario azotarles. Se les enviaba lejos, a la casa de la nodriza, al monasterio o a otro hogar, o se les abandonaba afectivamente en el propio seno de su familia. La actitud hacia los niños cambiaba cuando éstos ya podían andar y hablar, y pasaban a ocupar su lugar dentro de la familia.[38]

En la Alta Edad Media (siglos V a X) se dio un aumento en las tasas de mortalidad, tanto de población infantil como adulta, por lo que se favorecía la procreación y se valoraba a la mujer por su fuerza reproductora. Una vez más las políticas de control de la población se hicieron presentes. Por ejemplo, la pena por asesinato se elevaba si la víctima era una mujer en edad de concebir, además de que en la guerra el niño y la mujer eran un botín muy preciado (sobre todo los más pequeños, pues los mayores eran generalmente aniquilados). La disminución del poder, la monarquía y el fortalecimiento de la familia patriarcal tuvieron como consecuencia que la tutela volviera a ser considerada como un asunto privado, por lo que disminuyó la intervención pública en todo lo referente a su constitución y ejercicio. El jefe de familia acogía bajo su protección a un gran número de personas: hijos, sobrinos, parientes lejanos, viudas y huérfanos. En el Fuero Juzgo hay algunas normas relacionadas con la infancia a través de la regulación de la patria potestad: el padre no tenía derecho a dar en prenda, donar, vender o privar de la vida a sus hijos, y se establecía la edad de quince años como el fin de la minoría de edad.[39]

En la Baja Edad Media (siglos XI a XV), la preocupación constante por la seguridad llevó a la consolidación de un modelo de familia extensa. El patriarca debía reunir el máximo número de hombres bajo su dominio (poder privado) para la defensa de su territorio. La mayor parte de los varones que le asistían estaban vinculados a él por parentesco, filial o político: eran hijos legítimos o bastardos, sobrinos, primos, además de parientes casados con alguna de las mujeres de la familia, que estaban obligados a regresar junto con sus descendientes para integrarse a su mesnada.[40] Bajo este contexto, el niño era considerado parte del gran cuerpo colectivo,[41] y garantizaba la

38 *Ibidem*, p. 88.

39 González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños... cit.*, pp. 26 y 27.

40 *Ibidem*, p. 29.

41 Gélis, Jacques, "La individualización...", *cit.*, p. 313.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

continuidad de la estirpe; de hecho, pertenecía más a la familia que a sus propios padres.

El fajamiento continuó como práctica de crianza con el fin de evitar deformaciones en los miembros, así como para conservar el calor corporal: "no sólo para evitar deformidades que pueden producirse dada la «fluidez» y «flexibilidad» de los miembros infantiles, sino también para que el «interior del cuerpo recupere el calor natural» que favorece la digestión del alimento".[42]

En España, las Partidas contenían disposiciones relativas al ejercicio de la patria potestad y de la mayoría de edad, la cual se alcanzaba a los veinticinco años. El padre tenía limitados sus derechos frente a los hijos; sin embargo, se le autorizaba venderlos o empeñarlos por causa de hambre. Se establecía también la intervención del juez en todos los actos relativos a la tutela. Para la responsabilidad penal, los límites de edad eran distintos: hasta los diez años y medio no podían imponerse penas; hasta los catorce años los niños no respondían de adulterio ni de otros delitos de lujuria, excepto si habían cometido homicidio, robo u otro delito semejante, y de los catorce a los dieciséis años había responsabilidad con pena atenuada.[43]

En la España del siglo XIV también surgió el "padre de huérfanos", una de las primeras instituciones de tratamiento jurídico específico de la infancia que funcionaba a través de mecanismos de control-represión; su fin era proteger y reprimir a los niños abandonados. El "padre de huérfanos" visitaba cada semana los lugares públicos y detenía a los huérfanos, vagabundos y gente de mal vivir para llevarlos a una "casa común", con el fin de que aprendieran un oficio o que se juzgara a los niños que habían cometido un hecho delictivo.[44]

3. *La protección y la disciplina a la infancia: siglos XVI y XVII*

Para DeMause, la siguiente etapa de la infancia fue la "ambivalencia", la cual se prolongó hasta el siglo XVII. En esta fase se percibe al niño como un ser susceptible de ser moldeado, a la par de que proliferan los manuales de instrucción infantil.[45] Las grandes transformaciones ocurridas durante

[42] McLaughin, Mary Martin, "Barbarie y religión: la infancia a fines de la época romana y la Edad Media", en DeMause, Lloyd, *Historia de la..., cit*, pp. 142 y 143.

[43] Ríos Martín, Julián Carlos, *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, Comares, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 1993, p. 12.

[44] González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños..., cit.*, p. 30.

[45] DeMause, Lloyd, *Historia de la..., cit*, pp. 88 y 89.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

el Renacimiento (siglos XV y XVI) originaron un cambio en la concepción y trato del niño. Las mejoras económicas en algunos países permitieron la construcción de viviendas más grandes, en las que los espacios de la sala y la recámara estaban separados; se permitió a las madres elegir entre criar ellas mismas a sus hijos o encomendar la tarea a una niñera; también se extendieron las instituciones destinadas a recoger y atender a los niños abandonados.[46]

Dentro de la incipiente literatura de la época destaca *De la urbanidad en las maneras de los niños*, de Erasmo de Rotterdam (1467-1536), donde se señala que el niño es sencillo e inocente, y que la sociedad es la que lo pervierte a lo largo de su desarrollo, además de que se habla de la importancia de la lactancia materna y se insiste en que las propias madres sean quienes críen a sus hijos.[47] Juan Luis Vives (1492-1540) comparte la opinión de Rotterdam respecto de la conveniencia de la crianza de los niños por parte de la madre.[48] Claramente aquí se puede ver el control de los cuerpos femeninos a través de la figura de los hijos y su cuidado, la cual persiste hasta nuestros días. Vives sostiene que a los niños debe inculcárseles el respeto y sometimiento a los progenitores. Habla de la importancia del ejemplo de los padres y la necesidad del castigo corporal para reprimir la inclinación al mal: "...en efecto, la carne de pecado, inclinada al mal desde su origen, se ha convertido en esclavo ruin, que no tiene enmienda sino con azotes".[49]

La reforma de la Iglesia de Occidente fue otra de las causas del nuevo interés por la infancia, el cual descansó en la preocupación de los reformadores por la educación. Existía la creencia de una inclinación natural del hombre hacia el mal y la necesidad de una pedagogía que controlara sus bajos instintos y permitiera la convivencia política entre los hombres. Se tenía la percepción de los niños como seres en desarrollo, necesitados de apoyo, protección, disciplina y guía.[50] La educación institucionalizada fue el sistema elegido. De los siete a los diez o doce años los varones de las clases medias y altas asistían a la escuela, y posteriormente aprendían un oficio o se preparaban para ser notarios o entrar a la universidad. En el caso

46 González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños..., cit.*, p. 31.

47 Erasmus, Desiderius, *De la urbanidad en las maneras de los niños:* (de civilitate morum puerilium), 2a. ed., Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, Subdirección General de Información y Publicaciones, 2006.

48 Vives, Juan Luis, "De la mujer cristiana", *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1947, p. 990.

49 *Ibidem*,1143.

50 Pollock, Linda A., *Los niños olvidados..., cit.*, pp. 120 y 121.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

de las niñas, a los nueve o diez años ingresaban al convento, o se casaban antes de los dieciséis años.[51]

De finales del siglo XVI al siglo XVII se dan los primeros indicios de un cambio de actitud hacia la infancia. Según Ariès, empiezan a tomar importancia los educadores y moralistas y, con ello, el inicio del respeto a la niñez.[52] El niño conquista un lugar junto a sus padres, deja de confiarse a personas extrañas y se convierte en un elemento indispensable de la vida cotidiana; todos se preocupan de su educación y porvenir. En esta época cambia también la postura moral hacia ciertas actividades que los adultos y los niños compartían. En el siglo XVII se comienza a gestar la actitud moderna hacia la infancia, que prohíbe los pasatiempos y las actividades considerados nocivos, con el fin de educar al niño y preservar su moralidad.[53]

Ariès señala que esta nueva separación entre actividades propias de los niños de aquellas reservadas a los adultos se da en un principio sólo en las clases sociales altas, por lo que existe una relación entre el nacimiento del sentimiento de infancia y el de clase: "Es muy interesante observar que la antigua comunidad de juegos entre niños y adultos, entre el pueblo y la burguesía, haya cesado en el mismo momento. Esta coincidencia nos permite vislumbrar desde ahora una relación entre el sentimiento de la infancia y el sentimiento de clase".[54]

Al niño se le percibe como débil, e incluso imbécil, pero a juicio de Ariès, esta percepción moral poco favorable que hace hincapié en la vulnerabilidad de la infancia se da como reacción a la adquisición de un papel protagónico del niño dentro de la familia. Este sentimiento de pureza conduce a una doble actitud moral respecto de la niñez: por una parte se busca preservarla de la corrupción (especialmente sexual), y, por otra parte, fortalecerla, desarrollando el carácter y la razón, para lo cual los educadores recomiendan moderar los excesos afectivos y desarrollar toda una serie de normas de comportamiento conformes al decoro.[55]

Esta transformación fue promovida por el Estado y la Iglesia, que empezaron a hacerse cargo de la educación con el objetivo de dar instrucción

---

51 Bruce Ross, James, "El niño de la clase media en la Italia urbana del siglo XIV a principios del siglo XVI", en DeMause, Lloyd, *Historia de la... cit*, pp. 233-254.

52 Ariès, Philippe, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen. Ensayistas*, Madrid, Taurus, 1987, pp. 534 y 535.

53 *Ibidem*, p. 119.

54 *Ibidem*, p. 142.

55 Locke, John, *Pensamientos sobre la educación*, Madrid, Akal, 1994, p. 66.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

y garantizar el respeto a la nueva moralidad a través de nuevas estructuras institucionales: las escuelas se extendieron rápidamente, y los padres las aceptaron con agrado ante el sentimiento de sentirse incapaces de cumplir ellos mismos con la misión educadora y estar poco preparados para igualar los conocimientos que podía transmitir la escuela.[56]

Dentro de las prácticas de crianza se recomendó cada vez más la lactancia materna para estimular la creación de vínculos afectivos y transmitir ciertas características del temperamento. Al salir el primer diente se incluían alimentos sólidos en la dieta del bebé, y la aparición del último señalaba el tiempo del destete. El fajamiento seguía utilizándose para que el niño aprendiera a tomar postura humana, ya que la posición fetal era considerada como una regresión al estado animal, para proteger los miembros en formación, y para proteger al niño hasta que tuviera control sobre sus movimientos.[57]

En esta época el Estado realizó un intento de política de protección a la primera infancia, y se tomaron medidas para proteger a los niños indigentes, abandonados e indefensos. Esta nueva actitud se intentó reforzar con la promoción de "modelos ideológicos" de la niñez: el niño Cristo, la infancia de los santos y el niño prodigio. En la literatura surgieron los libros clásicos para niños y proliferaron los villancicos navideños, en los que se refleja la imagen idealizada de los primeros años de la vida de Cristo y el ejemplo de la maternidad por excelencia: la virgen María.[58]

4. *La sociedad disciplinaria y la infancia: siglo XVIII*

Foucault sitúa en la Europa de finales del siglo XVIII y principios del XIX el momento fundacional de una nueva sociedad: la disciplinaria. El poder disciplinario opera con la finalidad de producir cuerpos domesticados. Si bien la disciplina se convierte en la forma más difundida de dominación en esta etapa, con anterioridad existían otras formas de ejercicio de aquélla, como la esclavitud, la domesticidad, el vasallaje o el monasterio. Foucault sostiene que la disciplina fabrica cuerpos sometidos y ejercitados, cuerpos "dóciles"; aumenta las fuerzas del cuerpo (en términos de utilidad)

56 González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños..., cit.*, pp. 36 y 37.

57 Wirth Marwick, Ellizabeth, "Naturaleza y educación: pautas y tendencias de la crianza en los niños en la Francia del siglo XVII", en DeMause, Lloyd, *Historia de la... cit.*, pp. 300 y 301.

58 González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños..., cit.*, p. 39.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

y disminuye esas fuerzas (en términos políticos de obediencia). En una palabra: disocia el poder del cuerpo.[59]

Estas sociedades operan mediante la organización de grandes centros de encierro. El individuo pasa sucesivamente de un círculo cerrado a otro, cada uno con sus propias leyes: primero la familia, después la escuela ("ya no estás en la casa"), después el cuartel ("ya no estás en la escuela"), a continuación la fábrica, cada cierto tiempo el hospital, y a veces la prisión: el centro de encierro por excelencia. El objetivo de los centros de encierro es concentrar, repartir en el espacio, ordenar en el tiempo y componer en el espacio-tiempo una fuerza productiva cuyo efecto debe superar la suma de las fuerzas componentes.[60]

En la sociedad disciplinaria tienen preponderancia los instrumentos de castigo de la policía y las instituciones de encierro, como los asilos y las prisiones. También entran aquí dos pilares en la conformación de la subjetividad infantil: la familia y la escuela. Foucault señala que "la pedagogía se constituyó igualmente a partir de las adaptaciones mismas del niño a las tareas escolares, adaptaciones que, observadas y extraídas de su comportamiento, se convirtieron enseguida en leyes de funcionamiento de la instituciones y en una forma de poder ejercido sobre él".[61]

La sociedad disciplinaria conforma cuerpos dóciles, regularizados y clasificados y presupone un conjunto de saberes correlativos. Su método central es el panoptismo. El panóptico presupone una vigilancia central, continua e individualizada; sobre todo, tiene que hacer y mantener visible al cuerpo disciplinado, al tiempo de mantenerlo invisible y oculto al disciplinador.[62] La sociedad disciplinaria opera a través de: *1)* la vigilancia continua y personalizada, que tiende cada vez más a individualizar al autor del acto, dejando de lado la naturaleza jurídica o la calificación penal del acto en sí mismo; "vigilar a los individuos antes de que la infracción sea cometida", por eso se le simboliza por un ojo siempre abierto; *2)* los mecanismos de control de castigos y recompensas, y *3)* la corrección como forma de modificación y transformación de acuerdo con las normas prefijadas.[63]

El individuo pertenece a un grupo que se desenvuelve en las distintas instituciones que conforman la sociedad disciplinaria: la prisión, la escue-

59 Foucault, Michel y Garzón del Camino, Aurelio, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México-Buenos Aires, Siglo XXI, 1976, pp. 141 y 142.

60 Deleuze, Gilles, "*Post-scriptum* sobre las sociedades de control", *Polis. Revista Latinoamericana, 13*, 2006, párr. 1.

61 Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1978, p. 136.

62 Bustelo, Eduardo, "Notas sobre infancia...", *cit.*, p. 292.

63 Foucault, Michel, *La verdad..., cit.*, pp. 118-121.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

la, el hospital, la fábrica, etcétera. Tales instituciones son denominadas por Foucault como estructuras de vigilancia, y todas tienen un fin común: fijar o vincular a las personas a un aparato de normalización. Este objetivo se basa en "ligar al individuo al proceso de producción, formación o corrección de los productores que habrán de garantizar la producción y a sus ejecutores en función de una determinada norma" y a la par asegurar su exclusión.[64]

Bajo este contexto, a partir del siglo XVIII, los padres de familia, alentados por la Iglesia y el Estado, delegaron parte de sus poderes y responsabilidades en el educador, convencidos de que esto favorecería el desarrollo del niño y el progreso. Esto llevó aparejada una serie de recomendaciones de rigor y disciplina, con el fin de controlar a los niños. Se tomó conciencia de las características y necesidades específicas de cada niño y de la etapa de su desarrollo, y la educación buscó adaptarse: en los colegios se comenzó a separar a los alumnos por grupos de edades.[65]

En la literatura, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), en su *Emilio* (1762), subraya el carácter autónomo que debían tener los estudios en el campo de la infancia.[66] En su obra aparece de manera incipiente la noción de la dignidad del niño (varón), una idea muy avanzada para su época. Toda vez que había una gran mortalidad infantil, y la mitad de los niños que nacían morían antes del octavo año, Rousseau sostiene que el objetivo del aprendizaje no debe estar supeditado al futuro adulto, sino responder al presente del alumno. También señala la existencia de necesidades infantiles, no sólo de tipo físico, sino psicológico, y alienta a los padres a dedicar más tiempo a las actividades de interacción que facilitan el establecimiento de relaciones afectivas.[67]

En el ámbito jurídico sucedieron acontecimientos que marcaron el rumbo de la legislación en materia de la infancia. En el caso de los derechos, las primeras declaraciones vincularon la titularidad de los derechos con la autonomía, entendiendo la igualdad exclusivamente para los hombres libres y racionales, excluyéndose, de este modo, a las mujeres y los niños. En temas de reinserción social, en Italia se creó una institución para la infancia, que tenía una doble función: reeducativa y preventiva. Este lugar recibía a dos tipos de menores de veinte años: los que habían cometido algún hecho

64 *Ibidem*, p. 128.

65 Gélis, Jacques, "La individualización...", *cit.*, p. 238.

66 Rousseau, Jean-Jacques y Bergua, Juan B., *Emilio o de la educación*, Madrid, Librería Bergua, 1932, 2 vols.

67 González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños...*, *cit.*, p. 40.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

delictivo, que antes iban a las cárceles públicas, y los hijos de familias con malas costumbres o inclinaciones al vicio, a petición de los padres o tutores. Se les daba educación religiosa y se les enseñaba un oficio, con el fin de reintegrarlos a la sociedad. En España se generalizó la creación de asilos y casas de misericordia para atender a los ladrones y maleantes más necesitados de reforma. Se buscaba reincorporar a los niños al medio social, dándoles un oficio e imponiéndoles el código moral de la sociedad.[68]

DeMause caracteriza al siglo XVIII como la etapa de "intrusión", en la que se da una gran transición demográfica y hay una aproximación de los padres a los hijos.[69] Nace la pediatría; las madres comienzan a amamantar a sus hijos, y hay una reducción importante en la mortandad infantil, aunque siguen siendo relativamente pocos los niños que logran alcanzar la edad adulta. Ya no se azota sistemáticamente a los niños, pues surgen otros castigos: se trata de dominar su mente y su voluntad, controlar su interior, sus rabietas, sus necesidades y la masturbación. DeMause sitúa también en este siglo el inicio del conflicto sobre el control de los esfínteres: "...la lucha entre padres e hijos respecto del control de la orina y las heces en la infancia es un invento del siglo XVIII, producto de una etapa psicogénica tardía".[70]

A finales del siglo XVIII empezó a existir una preocupación por la vida del niño, por dos situaciones: *1)* la familia pasó a ser un ámbito de afección entre los esposos, así como entre éstos y sus hijos; de este modo, ya no se trataba de una familia formada en función de la propiedad y la fortuna, sino en función de los hijos y su educación. A partir de este momento, los niños salen del anonimato y se constituyen en una dimensión afectiva determinante de la familia; *2)* la escuela surgió como un ámbito de encierro para disciplinar y educar a los niños. La escuela fue el mecanismo para que los niños no se mezclaran más con los adultos. La escolarización marcó, junto con los cambios en la familia, el surgimiento de la categoría de infancia en el capitalismo industrial.[71] En esta etapa no sólo se erigieron diversas instituciones de disciplina y control, sino que también se prestó atención a los fenómenos de la población, como la natalidad y la mortalidad infantil, las formas de higiene y las tecnologías de poder para gestionarlas.

Así, la infancia pasó del derecho de muerte romano y el infanticidio tolerado, a la disciplina y el castigo corporal en el siglo XVIII, en aras de

68 *Ibidem*, pp. 42 y 43.

69 DeMause, Lloyd, *Historia de la... cit.*, p. 89.

70 *Ibidem*, p. 70.

71 Bustelo, Eduardo, "Notas sobre infancia...", *cit.*, pp. 288 y 289.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

hacer vivir más a los niños y dejarlos morir menos. Para ello, el Estado creó instituciones como la escuela, los conventos y albergues, que permitieron el cuidado y disciplinamiento de los cuerpos de los niños. La escuela se convirtió en un espacio no sólo de protección para los niños, sino también de producción de un determinado modelo de sujeto, lo cual permitió al Estado administrar los cuerpos de los niños, regular sus prácticas y conducirlos a una determinada forma de vida.[72]

5. *Disciplina que moldea pequeños ciudadanos: siglo XIX*

A principios del siglo XIX coexistieron dos actitudes opuestas respecto de la infancia: la que sostenía que el niño era malo por naturaleza, por lo que había que doblegar su voluntad por medio del sufrimiento, y la que afirmaba que el niño nacía bueno, por lo que había que desarrollar sus capacidades. El deseo de que los hijos fueran la continuidad del linaje aún estaba fuertemente arraigado, por lo que se trataba de una aspiración muy ligada a la filiación por sangre, y no tanto a la valoración del niño en sí, por lo que en pocas ocasiones se llegaba a la adopción. Como consecuencia de que la anticoncepción se extendió desde el siglo XVIII y aumentó la conciencia acerca de las responsabilidades de la paternidad, la concepción voluntaria fue en aumento estadísticamente. Entonces el niño comenzó a ser más apreciado: había sido deseado y era producto de una decisión cada vez más controlada. Las biopolíticas de natalidad empezaron a tener resultados, y los niños llegaban al mundo cuando sus padres lo deseaban y, sobre todo, en el momento en que se sentían preparados para ello.[73]

Para DeMause, el siglo XIX abarca un periodo de "socialización", que se prolonga hasta mediados del siglo siguiente, en el cual la crianza se enfocó en formar, guiar y enseñar al niño a adaptarse, y los padres de familia comenzaron a tomar un papel activo. De esta etapa derivan los modelos psicológicos del siglo XX, pues el niño ya ocupaba un lugar predominante en la sociedad de finales del siglo XIX.[74]

Durante la primera mitad del siglo XIX el infanticidio continuó practicándose, aunque ahora se reservó a las clases marginadas. Los avances en la medicina, en particular el descubrimiento de las fiebres puerperales

---

72 DeMause, Lloyd, *Historia de la... cit.*, p. 70.

73 Perrot, Michelle, "Figuras y funciones", en Ariès, Phillipe y Duby, Georges, *Historia de la vida..., cit.*, pp. 156-158.

74 DeMause, Lloyd, *Historia de la... cit.*, p. 89.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

y el control de las infecciones, aumentaron la probabilidad de supervivencia tanto de las madres como de los recién nacidos.[75] El fajamiento de los bebés fue desapareciendo durante este siglo, y se fue volviendo cada vez menos frecuente la costumbre de enviar a los niños a vivir con las amas de cría, pues ya no se consideraba de mal gusto que fueran las propias madres quienes los criaran. Respecto de la higiene, en muchos sitios las niñeras mantenían la superstición de que el aseo era peligroso para los niños; por el contrario, en otros lugares, como en Inglaterra, se les bañaba con agua fría, que se consideraba tonificante; también se acostumbraba a vestirlos con mucha ropa, incluso con corsé a las niñas.[76]

En las ciudades disminuyó el castigo corporal hacia los niños, pero se utilizaron otros métodos de disciplinamiento, como los relacionados con alimentos: no se les permitía expresar la preferencia por algún alimento, se les obligaba a comer lo que se les ponía en el plato o se les forzaba a ver comer a otros sin probar bocado. El castigo psicológico también era habitual: se usaban tarjetas ofensivas y orejas de burro, había privación de muestras de afecto, se les encerraba en lugares oscuros, etcétera. En el campo la situación fue distinta: los golpes como método educativo siguieron siendo de uso común; de hecho, la virilidad se relacionaba con la violencia física, aunque cada vez más niños y jóvenes se empezaron a rebelar en contra de esto.[77]

En este siglo inició el estudio especializado de la infancia. Pestalozzi (1746-1827) se preocupó por los niños abandonados; Fröbel (1782-1852) creó los *kindergartens* (1840) para atender a los hijos de las madres trabajadoras de las fábricas; Dickens (1812-1870) describió en sus novelas la realidad del Reino Unido industrializado para los niños; Unamuno (1864-1936) defendió los intereses de la infancia, y Carderera (1816-1893) realizó la clasificación de las etapas de la vida.[78] Asimismo, nació el estudio sistemático de la psicología infantil con Jean Marc Itard (1774-1838) como precursor del caso de Víctor de Aveyron, el llamado «Niño salvaje de Aveyron» de 1801-1807; le seguirían la Sociedad Pedagógica de Berlín en 1870 y Stanley Hall (1844-1924) en 1883. Se elaboraron obras sobre el desarrollo del niño, como las de Millicent Shinn en 1893 y James Sully en 1896. En 1859, Charles Darwin (1809-1882) publicó el *Origen de las especies*, que inspi-

75 Delval, Juan, "Algunas reflexiones sobre los derechos de los niños", *Infancia y Sociedad, 27-28*, 1994, p. 27.

76 Robertson, Priscilla, "El hogar como nido: la infancia de la clase media en la Europa del siglo XIX", en DeMause, Lloyd, *Historia de la... cit.*, p. 451.

77 Perrot, Michelle, "Figuras y...", p. 165.

78 Delgado, Buenaventura, *Historia de la infancia*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 161-184.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

ró otras investigaciones sobre el estudio y conocimiento de los niños, entre ellas la ley biogenética del naturalista Ernest Haeckel y las observaciones sobre el lenguaje de Hyppolite Taine de 1876. Sobre psicología evolutiva destacan *El alma del niño*, de 1882, de William Preyer, y *El desarrollo mental en el niño y en la raza*, de 1895, de James Mark Baldwin.[79]

Los grandes cambios producidos durante el siglo XIX en materia de niñez tuvieron una gran influencia en la consideración del niño en el campo del derecho. Se fue desarrollando la idea de que el Estado debía protegerlo, pues la prosperidad y la seguridad de la nación dependían de la existencia de una clase de ciudadanos sanos. Los medios de enseñanza se extendieron, se introdujo la escolarización obligatoria, diversos servicios sanitarios públicos, y, como consecuencia de la industrialización, en 1841 se adoptaron las primeras leyes sociales para limitar el trabajo de los niños en las fábricas. La idea era mantener la salud de la población con fines productivos encaminados al sostenimiento del Estado, según la gubernamentalidad liberal. De esta forma, los niños dejaron de ser un un asunto de familia y pasaron a ser un asunto del Estado, el cual se apoyó en la biopolítica para la gestión y administración de sus vidas.[80]

Las leyes que hacían referencia a los niños se limitaban a realizar una función protectora dentro de los límites permitidos por el espacio inviolable de la familia como ente soberano; de esta manera, la intervención del Estado se estableció como subsidiaria del control familiar. No obstante, el Estado se enfocó en los niños que por alguna razón se encontraban fuera de la familia: pobres, huérfanos e infractores.[81] En este contexto, surgieron las primeras leyes penales especializadas en niños, destinadas a aquellos que habían salido del ámbito familiar. En 1899 se crearon en Estados Unidos los primeros tribunales "tutelares de menores", y pronto se extendieron por toda Europa, bajo la convicción de que las medidas pedagógicas serían más eficaces que las acciones represivas, pues se veía a los "menores infractores" como seres incapaces de gobernarse a sí mismos y necesitados de la función tutelar del Estado. Como eran considerados peligrosos para la sociedad, éstos debían ser sometidos a medidas terapéuticas. Entonces, el juez asumía el papel de padre de familia e imponía las medidas que a su criterio eran las adecuadas para ellos, sin ningún tipo de garantía procesal. No se consideraba como derecho penal sino como una "obra benéfica y humanitaria de la pedagogía, psiquiatría y el arte del buen gobierno".[82]

79 Delval, Juan, "Algunas reflexiones sobre...", *cit.*, pp. 43 y 44.

80 Ariès, Philippe *et al.*, *Centuries of…*, *cit.*

81 González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños...*, *cit.*, pp. 47 y 48.

82 Ríos Martín, Julián Carlos, *El menor infractor...*, *cit.*, p. 96.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

6. *La sociedad de control y la ayuda a la infancia: siglo XX*

En el siglo XX, la lógica disciplinar se sometió a una lógica de control, y surgió la sociedad de control, donde los medios de comunicación masiva ocuparon un papel central. Se pasó de un biopoder centrado en el Estado para disciplinar poblaciones a un control de públicos operado por empresas. La característica más importante es que se produjo una forma de subjetivación abierta y continua, donde lo más relevante son los flujos permanentes de información, imágenes, prácticas sociales, propaganda y operaciones comunicacionales, que mantienen a la población bajo control. Deleuze llama a esta forma de subjetivación *invaginación*, que es como el pliegue interior de la exterioridad. Se trata de una máquina manipuladora y controladora en funcionamiento constante, cuyo rasgo central es la mercantilización de la información. Dice Deleuze:

> Ahora, el instrumento de control social es el *marketing*, y en él se forma la raza descarada de nuestros dueños. El control se ejerce a corto plazo y mediante una rotación rápida, aunque también de forma continua e ilimitada, mientras que la disciplina tenía una larga duración, infinita y discontinua. El hombre ya no está encerrado sino endeudado. Sin duda, una constante del capitalismo sigue siendo la extrema miseria de las tres cuartas partes de la humanidad, demasiado pobres para endeudarlas, demasiado numerosas para encerrarlas: el control no tendrá que afrontar únicamente la cuestión de la difuminación de las fronteras, sino también la de los disturbios en los suburbios y guetos.[83]

Los medios de comunicación son centrales en la infancia, ya que en esta etapa se conforma un patrón de estilos, deseos y creencias que construye futuros consumidores. La infancia se convirtió así en un sujeto atravesado por influencias sociales, políticas y culturales, que son históricamente determinadas. Es un sujeto producido y sujetado al orden dominador.[84] Podestá sostiene: "…si las disciplinas modulaban los cuerpos construyendo hábitos principalmente en la memoria corporal, las sociedades de control modulan cerebros y configuran hábitos principalmente en la memoria afectiva, volitiva y sensitiva".[85]

---

[83] Deleuze, Gilles, "*Post-scriptum* sobre las...", párr. 9.

[84] Bustelo, Eduardo, "Notas sobre infancia...", *cit.*, p. 292.

[85] Podestá, B., "Derivas de la cuestión biopolítica", en Raffin, M. y Podestá, B. (eds.), *Problemas y debates de la tradición y la actualidad de la filosofía política*, San Juan, Argentina, Universidad Nacional de San Juan, 2012, p. 287.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

El paso de la disciplina al control no es lineal, y hay superposiciones. Así, la conformación de un cuerpo moldeable y una subjetividad controlada es central en la infancia para garantizar la trasmisión y reproducción del orden adulto que la oprime. Se están construyendo nuevas formas de subjetividad centradas en la individualidad; sujetos nómadas, sin determinaciones territoriales ni políticas;[86] cuerpos fragmentados y cosificados por la manipulación biotecnológica.[87] Se trata de la nueva gubernamentalidad. Según Ciriza:

> …el mundo capitalista… transforma los cuerpos en mercancía comprable y vendible en el mercado de órganos, del sexo, en el nuevo mercado de las maternidades biotecnológicas; que divide perfectamente, según clase, quiénes han de disfrutar de esa maquinaria de conocimiento humano muerto que, transformado en fetiche, vuelve sobre la vida humana para dominarla.[88]

DeMause describe el siglo XX como la etapa de "ayuda" de la infancia. Esta etapa "se basa en la idea de que el niño sabe mejor que el padre lo que necesita en cada etapa de su vida e implica la plena participación de padre y madre en el desarrollo de la vida del niño, esforzándose por empatizar con él y satisfacer sus necesidades peculiares y crecientes".[89] En esta etapa se continúan las investigaciones en todos los campos de la infancia, la tasa de mortalidad infantil se reduce dramáticamente gracias a las biopolíticas centradas en la mejora de la higiene, a los avances en medicina preventiva y curativa, así como a la atención de los servicios públicos.

Las distintas corrientes de la psicología también hacen objeto de su estudio al niño, primero para examinar las consecuencias en la vida adulta y después para conocer la niñez como etapa independiente y conocer sus características y necesidades particulares. El desarrollo de la psicología evolutiva en este siglo fue posible por: *1)* el surgimiento del movimiento psicoanalítico, que tiene como exponente principal a Sigmund Freud (1856-1939), quien escribió sobre la importancia de las experiencias vividas en la niñez para la personalidad del adulto; posteriormente, se hicieron trabajos de psicoanálisis directamente con niños; *2)* la extensión de la escolarización obligatoria: muchos autores insistieron en que la educación debía diseñarse

---

86 Araujo, Cicero y Amadeo, Javier, *Teoría política latinoamericana*, Buenos Aires, Ediciones Luxemburg, 2010, p. 182.

87 Bustelo, Eduardo, "Notas sobre infancia...", *cit.*, p. 293.

88 Ciriza, A., "Cuerpo y política: sobre "ciudadanías globales" y "sujetos nómades", en Araujo C. y Amadeo, J. (eds.), *Teoría política..., cit.*, p. 182.

89 DeMause, Lloyd, *Historia de la... cit.*, p. 89.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

sobre la base del conocimiento del niño; *3)* la introducción de los test mentales, los cuales se crearon con la idea de "elaborar un instrumento que permitiera conocer el nivel de cada niño para que pudiera seguir la enseñanza con éxito".[90]

El tratamiento penal de la niñez sufrió una acelerada evolución. En 1911 se celebró el Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, en el que participaron casi todos los países de Europa, así como Estados Unidos, Cuba, El Salvador y Uruguay. Los temas tratados giraron en torno a la necesidad de una jurisdicción de menores y sus principios, el papel de las instituciones de caridad y la libertad vigilada o probatoria. A partir de este congreso se estableció una política de control-protección para la infancia, que diferenció al niño (que vive con sus padres y asiste a la escuela) del "menor" (abandonado y fuera del sistema educativo, que se convierte en objeto de compasión y en control de los tribunales) y convirtió a los jueces en "padres de familia" con una gran discrecionalidad sobre los niños y ninguna garantía para éstos.[91] Décadas más tarde, el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 cambiaría esta situación y obligó a los Estados firmantes a otorgar garantías procesales (principio de legalidad, presunción de inocencia, asistencia jurídica, etcétera) a los niños acusados de haber infringido las leyes penales y al establecimiento de leyes, autoridades e instituciones específicas para los niños.

A lo largo del siglo XX se intensificó la creación de leyes para la infancia, tanto en el derecho interno de muchos países como a nivel internacional. Los estudios sobre niñez y las consecuencias de las dos guerras mundiales hicieron patente la necesidad de protección de la infancia. En 1924, la Asamblea General de la Sociedad de Naciones aprobó la Declaración de Ginebra, que fue el primer instrumento de carácter internacional sobre los derechos de los niños. Años después, en 1946, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), con el fin de auxiliar a los niños víctimas de la guerra; en 1953, este fondo se convertiría en un organismo permanente de atención para la infancia. En 1959 se aprobó la Declaración sobre los Derechos del Niño, la cual fue enunciada en diez principios con carácter proteccionista que imponían obligaciones a las personas e instituciones.[92]

---

90 Delval, Juan, "Algunas reflexiones sobre...", *cit.*, pp. 45-48.

91 García Méndez, Emilio, "La legislación de menores en América Latina...", *cit.*, pp. 45-47.

92 González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños...*, *cit.*, pp. 49 y 50.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Finalmente, en 1989 la comunidad internacional, tras años de discusión, adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la cual fue adoptada en un momento del desarrollo de la categoría infancia, en el que el objetivo era constituir al "niño" como "sujeto de derechos", derechos que serían emulables a los de los adultos. La CDN reconoce la dignidad del niño, sus necesidades, y establece como consideración primordial para todas las medidas concernientes a la infancia el principio del "interés superior de la niñez". La discusión que se planteó respecto a este principio en los trabajos preparatorios de la convención da luz sobre la consideración real de la infancia en esta etapa.

Inicialmente, la propuesta consistía en nombrarlo "el interés *superior* del niño" (*the paramount interest of the child*); no obstante, varios países se opusieron, y el nombre que prevaleció fue "el mejor interés del niño" (*the best interest of the child*).[93] Ciertamente, en idioma español se ha traducido como la primera propuesta de denominación (el interés *superior* del niño/*the paramount interest of the child*), pero el cambio final en su denominación en idioma inglés denota la visión adultocéntrica en el tratamiento de la infancia. Como cuestiona Bustelo, ¿quién define qué es lo "mejor" para los niños?, ¿son los padres?, ¿es el Estado?, ¿son los códigos sociales que se han desarrollado históricamente y conforman un hábito socialmente establecido? La respuesta en todos los casos es: los adultos en general son los que deciden y definen "lo mejor" para los niños, y lo hacen, por supuesto, desde el poder.[94]

De acuerdo con Bustelo, en la CDN quedan patentes tres visiones sobre la infancia:[95]

1) *La infancia como autonomía*. Bajo esta visión, el niño, de acuerdo con su edad, adquiere progresivamente derechos, y, en la medida que accede a su subjetividad, conquista su plena autonomía. El punto final de este proceso sería un mundo donde el niño sea visto como un continuo y no exista ninguna fractura generacional: la niñez es un tiempo de preparación para la adultez, para repetir "la adultez" de los adultos. Se trata, pues, de una visión idealizada de la infancia pero cercana a la imagen de la infancia "neoliberal", que cuenta la historia de los niños que se encaminan con certeza hacia un destino marcado por el consumo y la competencia, y en donde se asegura el triunfo de

93 Alston, P. y Gilmour-Walsh, B., *El interés superior del niño*, Buenos Aires, UNICEF Argentina, 2002.

94 Bustelo, Eduardo, "Infancia en...", *cit.*, pp. 265 y 266.

95 *Ibidem*, 263 y 264.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

los "más aptos". Aquí lo más importante es el acceso a la libertad y los derechos individuales. No existe la infancia, existen niños individualizados cada vez más tempranamente. La igualdad que implica la sustentación de una relación simétrica con otros es considerada como igualdad de oportunidades. El niño es un adulto "menor".

2) *La infancia como heteronomía*. Bajo esta perspectiva, el niño es un ser en evolución, la cual culmina en un proceso autónomo que se define por su diferencia y oposición al mundo de los adultos, y por la emancipación del niño, es decir, cuando éste supera el mundo adulto. Esta visión sostiene una subjetividad individual del niño al no promoverse las instancias institucionales heterónomas que colocan al niño en su relación e ingreso a la sociedad: se trata de un niño, esta vez distinto del adulto; pero su evolución hacia la adultez termina en una especie de "alternativismo individualista". Se plantea una fractura sólo intergeneracional, y, en consecuencia, se produce una individualidad "sin sociedad".
3) *La infancia como autonomía y heteronomía*. Bajo esta óptica, la autonomía y la heteronomía son definidas como dimensiones constitutivas en tensión continua. En este proceso, los elementos heterónomos que sitúan al niño y al joven como parte de una sociedad y su historia no son una imposición, sino un diálogo entre la generación adulta y la generación más joven sobre cómo construir y direccionar el proceso emancipatorio. Si bien hay una tensión insalvable entre el adulto y la infancia, la principal contradicción radica en que ambas categorías se corresponden en una relación social en donde ambas son oprimidas.

III. Hacer vivir y dejar morir: el paradigma biopolítico

Foucault utilizó la noción de "biopolítica" para designar las formas en que la vida de las poblaciones es incluida en los cálculos del poder político a través de métodos de gestión administrativa que la hacen proliferar en el proceso productivo capitalista. Afirma que "para la sociedad capitalista, en primer lugar, es importante lo biopolítico, lo biológico, lo somático, lo corporal", y que el cuerpo es una realidad biopolítica.[96] Entonces, analiza la relación del poder con el cuerpo viviente y, al mismo tiempo, con la construcción de sub-

[96] Foucault, Michel, "Historia de la medicalización. Segunda conferencia dictada en el curso de medicina social que tuvo lugar en octubre de 1974 en el Instituto de Medicina So-

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

jetividad. La biopolítica define el acceso a la vida y las formas de su permanencia y proliferación a través de relaciones de dominación. En las instancias iniciales de la vida la biopolítica marca la situación donde la política suprime el *bíos* para despojar todo lo humano de las personas, dejándolas sólo como *zoé*. Según Foucault, en la antigüedad las personas tenían una existencia destinada a la vida política; en la actualidad, esa relación se invierte, y la política tiene como objeto al ser viviente: a la nuda vida.[97]

Para Foucault, el poder moderno no funciona de manera deductiva, como en su representación jurídica tradicional; tampoco lo hace reprimiendo ni mediante mecanismos ideológicos. Por el contrario, parte de múltiples relaciones de fuerzas y prácticas que se configuran y consolidan en ciertos dispositivos.[98] El poder moderno conduce conductas (no personas): induciéndolas, facilitándolas, dificultándolas, limitándolas o impidiéndolas. Y usa como vehículo ideal al *discurso*, que es un conjunto de elementos o bloques de tácticas en las relaciones de fuerza, y que forma *subjetividades* y tiene efectos de verdad; establece visiones subjetivas, objetos y saberes que dividen lo falso de lo verdadero.[99] El discurso se produce y se distribuye a través de *dispositivos*,[100] que son aparatos políticos, jurídicos y económicos que permiten establecer la división entre lo falso y lo verdadero, las formas en que uno y otro se sancionan, las técnicas y los procedimientos para la obtención de la verdad, así como el estatus de los sujetos que tienen la función de decir lo que funciona como verdadero.[101]

Foucault[102] diferencia tres tipos de poder que no se reemplazan el uno con el otro, sino que se complementan:

---

cial, Centro Biomédico de la Universidad Estatal de Río de Janeiro, Brasil", *Educación Médica y Salud 11*, núm. 1, 1977, p. 5.

97 Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad*, vol. I, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 1991), p. 173.

98 Saidel, Matías, "Lecturas de la biopolítica: Foucault, Agamben, Esposito", *Opción 177*, 2013, p. 88.

99 Foucault, Michel, "El sujeto y el poder", *Revista Mexicana de Sociología 50*, núm. 3, 1988, pp. 3-20.

100 En términos más amplios, y de acuerdo con Giorgio Agamben, un dispositivo es cualquier cosa que tiene, de algún modo, la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivientes. Agamben, Giorgio, *What is an Apparatus? and Other Essays*, Stanford, California, Stanford University Press, 2009, p. 14.

101 Foucault, Michel, *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, trans. Horacio Pons, Michel Senellart (ed.), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 66 y 67.

102 Foucault, Michel y Faubion, James D., *Power, Essential Works of Foucault (1954-1984)*, Nueva York, New Press, Distributed by W. W. Norton, 2000; Foucault, Michel *et al.*, *The Birth*

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

1) *Poder soberano o ley*. Funciona aplicando las leyes en un territorio determinado y castigando a los trasgresores que dañan la soberanía.
2) *Poder disciplinario o saberes e instituciones*. Se ejerce directamente sobre los cuerpos individuales para disciplinarlos y hacerlos dóciles para vigilarlos, entrenarlos, utilizarlos y castigarlos en función de la productividad económica. La *anatomopolítica* es lo que Foucault entiende como la intervención disciplinaria sobre los cuerpos individuales en aras de condicionar sus movimientos, vigilarlos y ponerlos a producir. El poder disciplinario, a diferencia del poder soberano, no tiene como fin extraer bienes y riqueza, sino energías, tiempo y trabajo con el mínimo de gastos y el máximo de eficacia posibles, lo que da lugar progresivamente a un saber clínico que tiene como patrón de medida *no a la ley, sino a la norma* o *patrón*. Esto supone un ejercicio del poder sobre la persona en tanto ser viviente de manera individualizada.[103]
3) *Biopoder o políticas de regulación de la población*. Se aplica sobre la vida de la población como cuerpo político a través de tecnologías de poder/saber llamadas "biopolíticas", que son las formas y prácticas que se utilizan para objetivar y transformar a los sujetos y poseen efectos individualizantes y totalizantes. El biopoder tiene como fin "hacer vivir y dejar morir", y se enfoca en los procesos particulares de la vida, como la natalidad, la mortalidad, la longevidad, la reproducción, la migración y la enfermedad. Controla un campo biológico que se divide en una jerarquía de razas donde se deja morir a aquellas que están en la parte inferior.[104] A aquellos que amenazan la sobrevivencia de la mayoría se les deja morir al ser omitidos como objetos de política pública y otras tecnologías. Se trata de un *asesinato indirecto*, porque sin necesidad de que poblaciones enteras sean matadas intencionalmente, éstas mueren como consecuencia de que el Estado no haga algo por ellas.[105]

---

of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979, Nueva York, Basingstoke England, Palgrave MacMillan, 2008, disponible en: *http://www.loc.gov/catdir/toc/ecip0814/2008011805.html*. Foucault, Michel, *Seguridad, territorio, población*, *Curso en el Collège de France, 1977-1978*.

[103] Foucault, Michel, *Los anormales. Curso en el Collége de France 1974-1975*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007; Foucault, Michel y Garzón del Camino, Aurelio, *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*, Madrid, Biblioteca Clásica, Biblioteca Nueva, 2012.

[104] Foucault, Michel *et al.*, *The Essential Works of Foucault, 1954-1984*, Nueva York, New Press, 1997, 3 vols.; Foucault, Michel *et al.*, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France (1978-1979)*; Foucault, Michel, *Seguridad, territorio..., cit.*

[105] Foucault, Michel *et al.*, *Defender la sociedad: curso en el Collège de France (1975-1976)*, 2a. ed., sección de Obras de Sociología, México, Fondo de Cultura Económica, 2002; Foucault, Michel, *Seguridad, territorio..., cit.*

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

En el biopoder no están en discusión la distribución del poder o su subordinación a la ley, el tipo de régimen o el consenso que obtiene, sino el *bíos*; esto es, cómo la vida de las poblaciones es determinada y penetrada por los cálculos de poder político. La *biopolítica* produce subjetividad o muerte; es decir, o vuelve sujeto a su propio objeto o lo objetiviza definitivamente: o es política de la vida o sobre la vida.[106] Foucault concibe como atributo del poder soberano el "derecho de vida y muerte", y sostiene que durante la antigüedad existía, sobre todo, un poder de "hacer morir o dejar vivir". No obstante, el antiguo derecho de hacer morir se muestra inoperante tanto frente a la industrialización como frente a la explosión demográfica y la disminución de la mortalidad y, con ella, la desaparición[107] de la ritualización pública de la muerte, que en la modernidad ha quedado confinada al ámbito privado.[108]

Entonces, la biopolítica implicó una transformación masiva del derecho político del siglo XIX. El viejo derecho ahora se complementa con uno nuevo o un poder exactamente inverso: "el derecho de soberanía es el de hacer morir o dejar vivir. Y el nuevo derecho es el de hacer vivir y dejar morir".[109] Por ello, afirma Foucault, el tema no es "…defendernos contra la sociedad, sino… defender la sociedad contra todos los peligros biológicos de esta otra raza, de esta subraza, de esta contrarraza que, a disgusto, estamos construyendo".[110] La biopolítica posibilita el racismo, escenario en el que la violencia y el poder de causar o promover la muerte se dispersa a un nivel mucho más generalizado en el tejido social.[111]

En la biopolítica el poder interviene no sólo para hacer vivir, sino también para modelar el cómo vivir: la manera de vivir. El ejercicio del biopoder requiere una forma de gobierno para operar: la *gubernamentalidad*, que es el aparato burocrático que permite su ejercicio a través de técnicas (como instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas, nor-

106 Esposito, Roberto, *Bíos: biopolítica y filosofía. Mutaciones*, Buenos Aires, Madrid, Amorrortu, 2006, p. 53. Véase también Ortega Velázquez, Elisa, "Biopolítica legal", en Ortega Velázquez, Elisa (ed.), *El derecho como regulación de la vida y la muerte: biopolítica y necropolítica legal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 3.

107 Valenzuela refuta acertadamente a Foucault en este punto, al evidenciar como en el siglo XXI, la ritualización pública de la muerte no ha desaparecido. Véase Valenzuela Arce, José Manuel, *Trazos de sangre y fuego: bionecropolítica y juvenicidio en América Latina*, Bielefeld, Bielefeld University Press, 2019, pp. 21 y ss.

108 Mantilla, Lucía, *Biopolítica en el juego y el jugar*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2016, p. 35.

109 Foucault, Michel *et al.*, *Defender la sociedad..., cit.*, p. 218.

110 *Ibidem*, p. 65.

111 Mantilla, Lucía, "El lugar de la infancia...", p. 28.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

mas de regulación) para dirigir el comportamiento humano.[112] En el análisis foucaultiano, el gobierno es "una actividad que se encarga de conducir a los individuos a lo largo de sus vidas situándolos bajo la autoridad de un director responsable por lo que hacen y les sucede".[113] La gubernamentalidad neoliberal crea, por su énfasis en las técnicas de dominación y de control de sí, un individuo autocontrolado e interesado en la maximización de su propia función económica. Sin embargo, el Estado no es el único agente de la gubernamentalidad neoliberal.[114]

Los Estados neoliberales no sólo controlan el comportamiento individual a través de la disciplina, sino que también regulan y administran el crecimiento y la mortandad de la población para su reproducción a través de técnicas de autocuidado. Las llamadas "tecnologías del yo" permiten a los individuos efectuar, por cuenta propia o con la ayuda de otros, cierto número de operaciones sobre su cuerpo, sus pensamientos, su conducta, o cualquier forma de ser, obteniendo así una transformación de sí mismos con el fin de alcanzar cierto estado de felicidad, pureza, sabiduría e inmortalidad.[115] Estas técnicas, que se refieren a la regulación de los propios deseos y el cuerpo y al autocuidado, tienen como fin controlar los cuerpos a lo largo de su vida, así como prolongar y reforzar los efectos del poder con prácticas manipulativas que no aparentan ser impositivas, sino reiterativas o sugerentes (casi siempre a través del discurso y el lenguaje), buscando mantenerse ocultas y latentes con formas adaptadas a las condiciones históricas y/o socioculturales que les rodean.[116]

Las "tecnologías del yo" tienen como fin crear ciudadanos moralmente adecuados, imparciales y emocionalmente significativos, a un estilo de vida aceptable, incluso anhelado. A su vez, estos ciudadanos "responsables, adaptados y autogobernados" introyectarán el estilo de vida que se debe alcanzar, y, en consecuencia, lo reproducirán entre las nuevas generaciones que "aún-no" se desarrollan: los niños. Las ideas adultocéntricas encuentran en las tecnologías del yo la herramienta para anclar su marco lógico y

112 Foucault, Michel y Rabinow, Paul, *Ethics: Subjectivity and Truth*, Nueva York, New Press, 1997, p. 82. Véase también Rose, Nikolas *et al.*, "Gubernamentalidad", *Astrolabio 8*, 2012, p. 119.

113 Foucault, Michel y Rabinow, Paul, *Ethics: Subjectivit…, cit.*

114 Foucault, Michel, *The History of Sexuality*, Nueva York, Vintage Books, 1988, disponible en: *http://www.loc.gov/catdir/description/random048/79007460.html*.

115 Foucault, Michel y Morey, Miguel, *Tecnologías del yo y otros textos afines. Pensamiento contemporáneo*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2010, p. 50.

116 Loredo Narciandi, José Carlos y Jiménez Alonso, Belén, "Pequeños ciudadanos: la construcción de la subjetividad infantil en la primera puericultura española e hispanoamericana", *Universitas Psychologica 13*, núm. 5, 2014.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

sumarse a los saberes desarrollados por las técnicas "científicas" de crianza, y que son congruentes con el estilo de vida que se busca implantar.[117] En conjunto, el poder adultocéntrico y las "tecnologías del yo" facilitan el dominio sobre el cuerpo que va perdiendo valor y se va transformando en nuda vida, obediente, sumisa y ordenada[118] al "alma que lo habita y conduce a la existencia… prisión del cuerpo",[119] despojando de humanidad a los cuerpos desde las primeras etapas de la vida.[120]

IV. El adultocentrismo como tecnología de poder

Las personas que integran el campo de la infancia, esto es, niñas, niños y jóvenes, se encuentran constantemente entre dos ámbitos normativos que se contradicen: uno de protección y uno de control.[121] El primero está referido al marco de derechos de la niñez y la "preocupación general" por la infancia, mientras que el segundo se refiere al marco que regula los contextos en los que los niños se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, como la situación de calle, la orfandad, la migración, los problemas con la ley penal, etcétera. Ambos marcos normativos, no obstante, ocultan relaciones sociales de dominación sobre niños y jóvenes y parten de un enfoque adultocéntrico. En el primer caso, porque los adultos son quienes definen "el mejor interés de la niñez", o, en otras palabras, "qué es lo mejor para los niños". En el segundo caso, porque existe una marginación y atropello mañoso de derechos de los niños en tales situaciones, no sólo por la edad, sino por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran, y que los convierte en "problema" para las sociedades.

Históricamente, las niñas, los niños y los jóvenes han sido considerados como objetos de representación, protección y cuidado por parte de las personas adultas —principalmente de sus padres—, quienes han podido disponer de ellos según su criterio. Esto ha permitido su invisibilización en el ámbito social, la negación a sus derechos y el ejercicio de malos tratos en su contra. Se entiende como *invisibilización* los procesos culturales dirigi-

117 *Idem*.

118 Bustelo, Eduardo, "Infancia en...", *cit.*, p. 259.

119 Foucault, Michel y Garzón del Camino, Aurelio, *Vigilar y castigar..., cit.*, p. 30.

120 Graffigna, Bustelo, "Infancia en...", *cit.*

121 Ortega Velázquez, Elisa, "Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado 144*, 2015, p. 187.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

dos por un grupo hegemónico para omitir la presencia de un grupo social (considerado) minoritario, con la finalidad de suprimir su identidad, y así reducir la resistencia a la dominación y mantener el poder político (toma de decisiones) y el control sociocultural (coerción) sobre el mismo.[122] De este modo, social y culturalmente se ha trazado una grieta intergeneracional entre niños/jóvenes y adultos con base en el poder.

Para Michel Foucault,[123] toda relación es una relación de poder, y la posibilidad del lazo social está dada por el poder, es decir, por las relaciones de fuerza y la imposición de "unos" sobre "otros", donde la mayor fuerza ejercida está en cualquier uso de poder de violencia simbólica. Así, la categoría "adulto" y las características asociadas a la edad adulta, como madurez, pleno desarrollo, capacidad de decidir, mayor experiencia, etcétera, la ubican en situación de privilegio frente a las categorías de "niñez" y "adolescencia". Todo esto acompañado de la creencia de que los niños son personas que no han alcanzado su total y pleno desarrollo, que son algo así como "adultos a escala". De esta forma, se van construyendo sociedades adultocéntricas, en las que la mayor parte del poder se concentra en los adultos, y donde ser adulto es el fin del desarrollo.[124]

El adultocentrismo indica que existen relaciones de poder entre los diferentes grupos de edad que son asimétricas en favor de los adultos, es decir, que éstos se ubican en una posición de superioridad.[125] Se trata de un sistema de creencias y prácticas donde se construyen y normalizan situaciones de dominio que consideran que la capacidad de control y decisión social sólo es propia de las personas mayores de dieciocho años. Se concibe a niñas, niños y jóvenes como sujetos deficitarios de "razón (déficit sustancial), madurez (déficit cognitivo-evolutivo), responsabilidad y/o seriedad (déficit moral)", arraigándose la idea de superioridad y privilegios sólo en el adulto, al que el niño debe aspirar e igualar.[126]

Los adultos gozan de privilegios por el solo hecho de ser adultos, toda vez que la sociedad y la cultura así lo han definido. Esta mirada adultocéntrica

---

122 Bastidas, F. y Torrealba, M., "Definición y desarrollo del concepto «proceso de invisibilización» para el análisis social. Una aplicación preliminar a algunos casos de la sociedad venezolana", *Espacio Abierto 23*, núm. 3, 2014, p. 516.

123 Foucault, Michel, "El sujeto...", *cit*.

124 Rojas, Mónica, "El adultocentrismo violenta a todos los niños, niñas y adolescentes", *Revista para el Aula-IDEA 27*, Quito, 2018, p. 9.

125 Rodríguez Tramolao, Sergio, *Superando el adultocentrismo*, Santiago de Chile, UNICEF, 2013, p. 18.

126 Vásquez, Jorge Daniel, *Adultocentrismo y juventud. Aproximaciones foucaulteanas*, Ecuador, Sophia, Colección de Filosofía de la Educación 15, 2013, p. 222.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

se aprende y se sostiene a lo largo de la historia a través de las instituciones sociales disciplinarias: la familia, la escuela, la Iglesia, el Estado, etcétera. Se normaliza el pensar que un niño es inferior a un adulto, que un niño es un ser incompleto e incapaz de pensar, sentir y tomar decisiones, y que la fragilidad, debilidad y vulnerabilidad del niño se asocian al orden natural de las cosas. Todas estas ideas concebidas como naturales hacen que la dominación sobre los niños se perpetúe.

La concepción adultocéntrica descansa en la noción del *ciclo vital*, que sostiene que los cuerpos de niñas, niños y jóvenes, con el paso del tiempo, progresarán en ciertas funciones, que les permitirán alcanzar su desarrollo y llegar a la adultez, etapa en la que su vida biológica se expresará a través de la reproducción y subsistencia hasta la muerte. Esta visión ordena y naturaliza al adulto como lo potente, valioso y con capacidad de decisión y control sobre los demás, situando en condición de inferioridad y subordinación a la niñez, a la juventud y a la vejez.[127]

El adultocentrismo es una biopolítica de "poder sobre la vida" que cuenta con un escenario en el que no sólo se reproducen las relaciones cotidianas del poder soberano frente a niños y jóvenes, sino que las acciones reiteradas y regulares de un sistema de creencias pueden someter y reproducir su sistema de disciplina, vigilancia y control para beneficiarse en el mediano y largo plazo de la vitalidad de un sector potencialmente necesario.[128]

Giorgio Agamben afirma que el nacimiento no produce directamente hombres, sino niños, que en todas las sociedades tienen un particular estatuto diferencial.[129] Así, a pesar de que existen diferencias culturales en la crianza de los niños, las categorías de niño y adulto han sido universalizadas en la medida en que resultan apropiadas a la biopolítica moderna, donde la *zoé* ocupa el lugar central de la *bíos*, o donde la vida biológica ocupa el centro de la escena política.[130] Para Foucault, el niño, al igual que el adulto, es objeto del poder disciplinario y de las disciplinas que acarrea el poder de regulación sobre la población. Es decir, el ser niño no constituye una excepción para el poder soberano ni tampoco es ajeno al poder vinculado con la vigilancia.[131] No obstante, la forma en que el poder soberano se ejerce en la modernidad paradójicamente crea y diluye la diferencia entre adultos y niños.

---

127 Duarte Quapper, Claudio, "Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción", *Última Década 36*, 2012, pp. 113, 119 y 120.

128 Vásquez, Jorge Daniel, "Adultocentrismo y juventud...", pp. 226 y 227.

129 Agamben, Giorgio y Mattoni, Silvio, "Infancia e historia: destrucción de la experiencia y origen de la historia", *Filosofía e historia*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2007, p. 222.

130 Mantilla, Lucía, *Biopolítica en el juego..., cit.*, pp. 15-28.

131 Mantilla, Lucía, "El lugar de la infancia...", pp. 28 y 29.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

El biopoder define las condiciones de ingreso de las personas en la fuerza laboral, las relaciones de "filialidad" en la familia, controla la individuación y la heteronomía en el proceso educativo, sistematiza su incersión en el mercado de consumo y regula su comportamiento a través de la ley. La infancia es la etapa de la inauguración de la vida donde el biopoder aparece en su forma más álgida. Existen tres instituciones que marcan a la niñez y la juventud en su desarrollo: la familia, la escuela y los medios de comunicación.[132]

El enfoque biopolítico permite situar y destacar las interpretaciones, los dispositivos y las prácticas que inciden en la conformación social e histórica de los grupos de edad. La biopolítica moderna sitúa al adulto como un ser racional que deviene jurídicamente en persona, esto es, en alguien apto para un orden social que está regido por el derecho, el contrato y el trabajo remunerado. El adulto también se define como alguien que tiene acceso limitado a aquello reservado para el niño y como alguien que ha dejado la infancia atrás o la ha superado y, de este modo, la animalidad que se atribuye al niño.[133]

Los estudios sobre niñez y juventudes se asemejan a los estudios del género no sólo por la condición de invisibilidad de sus sujetos sociales de estudio (mujeres y niños), o por la negación de la infancia como cualidad propia de lo humano, sino también porque desde la antigüedad mujeres y niños han sido ubicados como sujetos cercanos con el mundo natural; esto es, en el ámbito de la *zoé*, por oposición al mundo de la cultura y la civilización, que se encuentra incorporado en los atributos de la masculinidad; esto es, en la *bíos* como vida políticamente cualificada.

V. *Homo sacer*: vidas desechables en el estado de excepción

Agamben explica que los griegos tenían dos palabras para representar la vida: *zoé* para la vida biológica (la nuda vida), y *bíos*, para la vida política (la vida relacional que implica el lenguaje, la política y la ciudadanía).[134] Para el autor, esta distinción constituye el centro originario, pero oculto, del poder soberano, y las dicotomías tradicionales, como naturaleza/cultura,

132 Bustelo, Eduardo, "Infancia en...", *cit.*, p. 255.

133 Mantilla, Lucía, *Biopolítica en el juego..., cit.*, p. 29.

134 Quintana Porras, Laura, "De la nuda vida a la «forma-de-vida». Pensar la política con Agamben desde y más allá del paradigma del biopoder", *Argumentos 19*, núm. 52, 2006, p. 49.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

femenino/masculino o niños-jóvenes/adultos ocultan una trama biopolítica.[135]

De hecho, Agamben vincula la soberanía con el nacimiento de la política, y su tesis considera que la política occidental —desde su origen— es una biopolítica que se distingue por tener la posibilidad de matar y producir *nuda vida* a través de la suspensión temporaria del derecho en el estado de excepción. De este modo, todo ordenamiento jurídico tiene un carácter violento que no puede ser desconocido, ya que el soberano tiene el poder de proclamar el estado de excepción y la vigencia o suspensión de la ley.[136] Para Agamben, el modelo jurídico-institucional y el modelo biopolítico de poder son indisociables,[137] y hay una relación de identidad estructural entre los dispositivos biopolíticos y el poder soberano.[138] Así, por definición, el gobierno soberano es biopolítico: no sólo tiene la capacidad de establecer el dominio de lo legal, sino que puede producir estados de excepción en los que cualquier vida puede ser reducida a *nuda vida*.[139]

Agamben encuentra en una figura del derecho romano arcaico los *homines sacri*, la forma de explicar la facultad del poder soberano no sólo de establecer la ley, sino de suspenderla y crear un "estado de excepción", donde se despoja a ciertas personas de las cualidades que las especifican como una forma de vida.[140] El *homo sacer* era un bando de excepción que consistía en excluir de la comunidad a un individuo como castigo por haber cometido una falta grave. A través de esta excepción el sujeto perdía todos sus derechos como ciudadano y era despojado del *bíos* y convertido en *zoé*: nuda vida. Aún más, se podía disponer de su vida sin cometer homicidio, sin infringir el ordenamiento jurídico y sin sacrificarle, es decir, sin considerarlo desde un contexto ritual.[141] El *homo sacer* quedaba en la total desprotección de la ley, pero se encontraba incluido en ésta a través de su exclusión. Es decir, la estructura de la excepción permite la introducción de la *zoé* en la *polis* en forma de una exclusión inclusiva.

---

135 Mantilla, Lucía, *Biopolítica en el juego..., cit.*, p. 14.

136 Agamben, Giorgio, *Altísima pobreza: reglas monásticas y forma de vida:* Homo sacer, IV, 1, *Filosofía e Historia*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2013, p. 210.

137 Agamben, Giorgio y Cuspinera, Gimeno, Homo sacer: *el poder..., cit.*, pp. 15 y 16.

138 Muhle, Maria, "Sobre la vitalidad del poder. Una genealogía de la biopolítica a partir de Foucault y Canguilhem", *Revista de Ciencia Política*, 29, núm. 1, Santiago, 2009, p. 152, disponible en: *https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2009000100008*.

139 Agamben, Giorgio, *Medios sin fin: notas sobre la política*, Ensayo, Valencia, Pre-textos, 2010, pp. 39 y 40.

140 *Ibidem*, p. 13.

141 Quintana Porras, Laura, "De la nuda vida a la «forma-de-vida»...", *cit.*, p. 49.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

En el *estado de excepción* se suspende la validez del orden jurídico: se crea una zona de indiferenciación en la que exterior e interior, *zoé* y *bíos*, ley y naturaleza, derecho y hecho se confunden. Por tanto, en el estado de excepción la soberanía y la nuda vida se vinculan: la soberanía produce nuda vida al decretar el estado de excepción.[142] Agamben afirma que en la política moderna el estado de excepción tiende a convertirse en regla, con la novedad de que ya no se declara abiertamente. Cuando esto sucede, el espacio de la nuda vida va coincidiendo progresivamente con el espacio político, de forma que *zoé* y *bíos*, derecho y hecho, entran en una zona de indiferenciación.[143]

El espacio donde ciertas vidas pueden ser reducidas a meros vivientes —a *homo sacer*— y donde el poder soberano tiene la facultad de suspender la ley es el *campo de concentración*. Este lugar de exterminio se abre cuando el estado de excepción empieza a convertirse en regla y la norma es indiscernible de la excepción: hecho y derecho coinciden y "todo es posible". Se trata de un experimento biopolítico de producción de *zoé* en un espacio donde la excepción soberana es la regla y se extiende a toda una población civil.[144]

Para Agamben, las declaraciones de derechos humanos inscriben la nuda vida en el orden políticojurídico del Estado nación y son el fundamento de su legitimidad y soberanía. En específico, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 es una de las piezas fundamentales de la biopolítica moderna:

> Un simple análisis del texto de la Declaración de 1789 demuestra que es justamente la nuda vida —esto es, el simple hecho de nacer— lo que aparece aquí como la fuente y el portador de derechos. "Los hombres", dice el primer artículo, "nacen y permanecen libres e iguales en derechos...". Al mismo tiempo, sin embargo, la misma vida natural que al inaugurar la biopolítica de la modernidad se coloca en la base del orden se desvanece en la figura del ciudadano, en quien los derechos se preservan... Y la Declaración puede atribuir soberanía a la nación... precisamente porque ya ha inscrito este elemento de nacimiento en el mero corazón de la comunidad política. La nación —el término deriva etimológicamente del vocablo *nascere* (nacer)— cierra el círculo abierto del nacimiento del hombre.[145]

---

142 Agamben, Giorgio y Costa, Flavia, *Estado de excepción:* homo sacer II, 1, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2004.

143 *Idem*.

144 Agamben, Giorgio, "¿Qué es un campo?", *Artefacto 2. Pensamientos sobre la técnica*, 1998, pp. 52 y ss.

145 Agamben, Giorgio y Gimeno Cuspinera, Antonio, Homo sacer: *el poder..., cit.*, pp. 126 y 127.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

De este modo, la Declaración de 1789 hizo del nacimiento el fundamento de la soberanía y los derechos. Aún más, el concepto mismo de derecho se halla fracturado, pues al distinguirse derechos pasivos y derechos activos se excluyó (incluyendo) de los derechos activos a mujeres y niños, pero también a otras categorías de personas, como los extranjeros, por la necesidad de definir a cada momento el umbral que articula y separa lo que está fuera y dentro de la vida. En consonancia con la Declaración de 1789, y a medida que los países de América se fueron independizando, las Constituciones nacionales establecieron los derechos y las garantías para los hombres. No fue hasta 1948, con la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando se reconocieron los derechos humanos para todas las personas y se acordaron derechos especiales para los niños.

La politización de la nuda vida es evidente cuando la adjudicación de derechos transforma al simple "hombre" en "ciudadano", y en ese pasaje lo inviste de soberanía. Agamben sostiene que en las declaraciones de derechos humanos lo que queda en la base no es la persona como un sujeto político, consciente y libre, sino simplemente la nuda vida del hombre. Una vez que el *zoé* se politiza con las declaraciones de derechos, es más difícil encontrar los umbrales que definen al nuevo *homo sacer*, la persona que en nuestro tiempo puede ser asesinada, mas no sacrificada, y cuya vida puede arrebatarla cualquier individuo sin ser perseguido por ello, pues en teoría hoy todas las personas tienen derechos humanos que las respaldan e incluyen en la *polis*.[146]

Agamben afirma que el *homo sacer* de nuestro tiempo es el refugiado: quien tiene una vida de exclusión jurídica y política, sujeta a violencia y vulnerabilidad. Aquel que no puede adscribirse a ninguna nacionalidad y que, por no poder identificarse como ciudadano, acaba perdiendo todos los derechos que le proporcionaba su identidad nacional. El refugiado se encuentra incluido en lo político y en lo jurídico únicamente a través de su exclusión, por lo cual puede ser asesinado sin que ello se considere un crimen.[147] Agamben sostiene que el refugiado encarna la nuda vida, una vida

[146] Estévez, Ariadna, "Asilo y derechos humanos en Estados Unidos y Canadá. Cuestionamientos a Giorgio Agamben", *Norteamérica. Revista Académica del CISAN-UNAM 7*, núm. 1, 2012, p. 187.

[147] Darling, Jonathan, "Becoming Bare Life: Asylum, Hospitality, and the Politics of Encampment", *Environment and Planning D: Society and Space 27*, núm. 4, 2009, disponible en: *https://doi.org/10.1068/d10307*. Zembylas, Michalinos, "Agamben's Theory of Biopower and Immigrants/Refugees/Asylum Seekers. Discourses of Citizenship and the Implications for Curriculum Theorizing", *JCT: Journal of Curriculum Theorizing 26*, núm. 2, 2002. Muller, Benjamin, "Globalization, Security, Paradox: Towards a Refugee Biopolitics", *Refuge. Cana-*

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

humana simplemente biológica sin valor político, por lo que su protección se ha sustraído del campo político y se ha dejado en el campo estrictamente humanitario.[148] Los campos de detención de refugiados son, en consecuencia, el nuevo campo de concentración que expresa la sofisticación totalitaria de la biopolítica contemporánea.[149] Así, el autor afirma que el refugiado es una figura central en la historia política del siglo XX:

> …conviene no olvidar que los primeros *campos* fueron construidos en Europa como espacios de control para los refugiados, y que la sucesión "campos de internamiento-campos de concentración-campos de exterminio" representa una filiación perfectamente real. Una de las pocas reglas a las que los nazis se atuvieron constantemente en el curso de la *solución final* era que los judíos y gitanos sólo podían ser enviados a los campos de exterminio después de haber sido completamente desnacionalizados.[150]

En otras palabras, cuando los refugiados pierden su condición de ciudadanos con derechos se convierten en *homo sacer*. Al perder su personalidad jurídica se colocan en la antesala de su inminente destrucción como seres morales revestidos de dignidad humana. Sin nacionalidad y sin un Estado en cuya legislación ampararse, apátridas y refugiados se ubican en un umbral difuso, en el que ya convertidos en nuda vida no pueden reclamar para sí mismos el amparo de los derechos humanos. Para Hannah Arendt, la producción de individuos superfluos es el rasgo característico de las sociedades totalitarias, y señala que "el totalitarismo busca no la dominación despótica sobre los hombres sino un sistema en que los hombres sean superfluos".[151]

Agamben manifiesta que la producción de personas superfluas o nudas vidas no se limita a los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX, sino que se ha fusionado, progresivamente, con la democracia a través de la figura del estado de excepción:

> En el curso del siglo XX, se ha podido asistir así a un fenómeno paradójico, que ha sido eficazmente definido como una "guerra civil legal" (Schnur, 1983). Tómese el caso del Estado nazi. No bien Hitler toma el poder (o, como

da's Journal on Refugees 22, 5 de enero de 2004, disponible en: *https://doi.org/10.25071/1920-7336.21317*, *https://refuge.journals.yorku.ca/index.php/refuge/article/view/21317*.

148 Agamben, Giorgio, "Beyond Human Rights", *Social Engineering 15*, 2008, pp. 90-95.

149 Agamben, Giorgio y Gimeno Cuspinera, Antonio, Homo sacer: *el poder..., cit.*

150 Agamben, Giorgio y Gimeno Cuspinera, Antonio, *Medios sin fin: notas sobre la política*, Valencia, Pre-Textos, 2001, p. 27.

151 Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1987, p. 677.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

> se debería decir acaso más exactamente, no bien el poder le es entregado), proclama el 28 de febrero el Decreto para la protección del pueblo y el Estado, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. El decreto nunca fue revocado, de modo que todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró doce años… El totalitarismo moderno puede ser definido, en este sentido, como la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político. Desde entonces, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino en una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aun de aquellos así llamados democráticos.[152]

No obstante, en el panorama contemporáneo las personas perseguidas ya ni siquiera pueden acceder a la categoría jurídica de refugiado a la que alude Agamben, ya que la consigna de los Estados es impedírselos o dificultárselos al máximo. Entonces, la categorización del *homo sacer* podría tener aplicación, más bien, a las personas que huyen de sus países y aspiran a la protección internacional, y que han sido agrupadas en distintas categorías sociológicas y políticas que no otorgan el estatuto jurídico que conlleva la de refugiado: solicitantes de asilo, migrantes forzados, irregulares, económicos, migrantes climáticos/medioambientales, desplazados forzados internos, etcétera.[153] Y, aún más, la categorización del *homo sacer* corresponde de manera abrumadora con los grupos más vulnerables dentro de las categorías arriba señaladas, como niños y mujeres migrantes.

VI. La biopolítica de la infancia y la producción del niño *sacer*

La biopolítica de la infancia administra, regula y controla la vida de los niños con el fin de producir cierto modelo de sujetos y conducirlos a una forma de vida determinada: *pequeños ciudadanos* que aspiran a ser adultos y en el futuro serán los ciudadanos que sigan los cánones del sistema ecónomico en términos de productividad, consumo y autocuidado; o *niños sacer* cuya trayectoria

152 Agamben, Giorgio y Costa, Flavia, *Estado de excepción...*, *cit.*, 25.

153 Ortega Velázquez, Elisa, *El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, p. 17.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

de vida está marcada por condiciones de desigualdad, violencia y vulnerabilidad; en suma, por la precariedad y la desechabilidad misma de su vida.

La biopolítica de la infancia funciona a través de dos dispositivos que parten del adultocentrismo.

— El primero está relacionado con el *zóe* o la nuda vida, y se refiere al poder directo sobre la vida de los niños. Desde el derecho romano la vida de los niños ha sido definida a partir de un poder que puede eliminarla. El proverbio latino "*vitae necisque potestas*" (el poder de la vida o la muerte) indica que en el nacer está la potestad del padre de dar vida o muerte al hijo.[154]
— El segundo está relacionado con el *bíos*, y se refiere a la construcción de la subjetividad de los niños: al control de su vida desde ellos mismos. Desde el adultocentrismo se construye tanto la visión que los adultos tienen sobre los niños como la que los propios niños tienen sobre su relación con los adultos y el mundo.

A través de estos dispositivos se mantienen relaciones de dominación y desigualdad entre adultos y niños a modo de inhibir o regular el acceso de los niños a los derechos y al desarrollo de ciudadanía. Los niños permanecen en el mundo del *zoé* en la medida en que se ven inmersos en relaciones sociales de desigualdad con los adultos, que son el *bíos* al que deben aspirar a ser. Entonces, la cuestión central en la relación infancia/vulnerabilidad es el poder, puesto que niños, niñas y jóvenes son por definición quienes "no tienen poder".

En la infancia se define quién accede al *bíos*, quién no, y las condiciones o reglas de esa permanencia. El máximo dominio sobre niños y jóvenes se logra cuando los agentes que detentan el poder se legitiman con un discurso distorsionado que otorga "legitimidad" a los participantes dóciles y, al mismo tiempo, consigue que dejen de ser reconocidos como lo que son. En la infancia se inicia el proceso de dominación y se oculta de manera tenue bajo discursos proteccionistas o humanitaristas. De este modo, en esta etapa de la vida se cumple el principio de que una relación de dominación para ser efectiva debe permanecer oculta.[155]

En términos biopolíticos, la infancia y la juventud son consideradas como etapas de desarrollo subversivas o como un peligro potencial, ya que son vida abierta a la posibilidad de un nacer como principio emancipador.

154 Agamben, Giorgio, *Medios sin fin...*, *cit.*, p. 14.
155 Bustelo, Eduardo, "Infancia en...", *cit.*, p. 258.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

La biopolítica educa a poblaciones enteras para que se maten mutuamente en nombre de la necesidad que tienen de vivir. Bustelo señala que la biopolítica desata "los mecanismos de inducción al odio, a la demonización del «otro» y la dinámica de intransigencia que se desata se asocia al extermino".[156] Foucault apunta que "si el genocidio es, por cierto, el sueño de los poderes modernos, ello no se debe a un retorno, hoy, del viejo derecho de matar; se debe a que el poder reside y ejerce en el nivel de la vida, de la especie, de la raza y de los fenómenos masivos de población".[157]

La nuda vida o *zóe* —que es distinta de la vida natural— es una producción específica del poder, y no un dato natural, por lo que ni siquiera los niños son nuda vida, a pesar de que representan el inicio de la vida misma. La creación de condiciones de vulnerabilidad para determinados grupos de personas propicia la producción de *zóe*, nudas vidas, vidas superfluas o *personas sacer*, sean adultos o niños. Al respecto, Butler sostiene que existen zonas "invisibles" o "inhabitables" de la vida social que están densamente pobladas por quienes no gozan de la jerarquía de los sujetos, pero cuya condición de vivir bajo el signo de lo "invivible" es necesaria para circunscribir la esfera de los sujetos.[158]

La producción de niños *sacer* se propicia en entornos hostiles y precarios donde proliferan relaciones de dominación y distintas formas de violencia social que afectan de manera desproporcionada a la infancia y a las juventudes. Entre éstas se encuentran:[159]

— *Violencia económica*, que propicia que niños y jóvenes no tengan los mínimos de bienestar, ocasionando que dejen la escuela para trabajar o que migren en busca de oportunidades.
— *Violencia institucional*, que busca controlar el cuerpo de los jóvenes a través de la imposición de patrones estéticos, la significación corporal, la prohibición y penalización del aborto, las esterilizaciones forzadas, la violencia obstétrica, las disposiciones eugenésicas, etcétera.
— *Violencia contra los movimientos sociales*, que son antisistema o disidentes, y que tienen como protagonistas a los jóvenes.

156 *Idem*.

157 Foucault, Michel, *Historia de la..., cit.*, pp. 165 y 166.

158 Butler, Judith, *Cuerpos que importan sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 19 y 20.

159 Valenzuela Arce, José Manuel, *Sed de mal. Feminicidio, jóvenes y exclusión social*, México, El Colegio de la Frontera Norte-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2012; Valenzuela Arce, José Manuel, *Trazos de sangre y fuego..., cit.*, pp. 59 y ss.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

— *Violencia social*, que se relaciona con los marcos prohibicionistas y punitivistas utilizados para abatir el consumo de drogas. Estos marcos han ampliado los escenarios de violencia y han afectado de manera particular a la población joven.
— *Violencia criminal*, que afecta de manera central a los jóvenes que participan como víctimas y victimarios. El crimen organizado incorpora a los jóvenes mediante diversos objetivos y funciones, como cultivo y trasiego de droga; labores como "ojos" o "halcones", "burros" o "mulas", guardaespaldas o sicarios; ladrones de carros o de casas habitación; participación en secuestros, en levantones y en ejecuciones.
— *Violencia barrial o pandilleril*, que confronta a los jóvenes con los conflictos y la violencia y criminaliza las identidades juveniles pobres asentadas en los barrios como formas delincuenciales: el hecho mismo de ser joven y pobre los convierte en delincuentes. Además, los jóvenes se adscriben en identidades límite, y el sentido de pertenencia implica defender de manera violenta a los miembros del grupo, la clica o la pandilla.
— *Violencia discriminatoria*, que reposa en ordenamientos donde prevalecen los prejuicios, los estereotipos, los estigmas y el racismo, de los cuales son víctimas los jóvenes que son pobres. También muchos jóvenes sufren de este tipo de violencia por pertenecer a poblaciones marginadas, como las personas racializadas y las poblaciones indígenas.
— *Violencia publicitaria*, que difunde patrones y modelos de vida consumistas que excluyen a la mayoría de los jóvenes.
— *Violencia adulto-gerontocrática*, que obedece a relaciones sociales que tienden a excluir a los jóvenes de los espacios de poder usualmente dominados por los adultos.
— *Violencia sexual*, que afecta desproporcionadamente a niñas y jóvenes a través de la comisión de distintos delitos en su contra, como la trata con fines de explotación sexual, la explotación sexual comercial infantil y adolescente (en la prostitución, en los viajes y en el turismo y la pornografía infantil), el acoso sexual y la violación, y
— *Violencia a través de redes sociales e internet*, que propicia la exhibición, la violencia y la agresión hacia los jóvenes mediante la publicación por terceras personas de fotografías e imágenes, con el objetivo de exhibirlas, herirlas y desacreditarlas.

De acuerdo con Valenzuela, los escenarios donde tienen lugar estas formas de violencia se encuentran conformados por:

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

> …precarización económica, malos empleos, informalidad, pobreza, desigualdad social, imposibilidad de comprar una vivienda, obliteración de los canales de movilidad social, exclusión de los parámetros de consumo publicitados e inaccesibilidad a la mayoría de los productos, limitaciones, restricciones y condiciones que afectan de manera especial a los jóvenes. Al mismo tiempo, se viven procesos intensos de precarización social que incluyen escenarios violentos, agresivos, fractura del orden institucional, corrupción, impunidad, limitaciones estructurales profundas para definir y desarrollar proyectos viables de vida, expulsión masiva de personas que deben abandonar su país para tratar de construir un mejor futuro para ellos y sus familias, decisión que conlleva el reconocimiento de la escasez de opciones en los lugares de origen que los obliga a asumir riesgos y desafíos del proceso migratorio que les expone a la extorsión, la violencia y, en ocasiones, la muerte. También observamos la criminalización de grupos sociales a quienes se imputan identidades precarizadas, proscritas, estereotipadas y estigmatizadas, así como una fuerte precarización de los sistemas de justicia.[160]

Además, en estos entornos hostiles y precarios aumentan las posibilidades de que niños y jóvenes pierdan la vida y sean víctimas de *juvenicidio*, concepto acuñado por Valenzuela para hacer visibles las formas específicas de violencia y muerte que afectan a los jóvenes en nuestras sociedades, y que se refiere a la "muerte artera e impune que se ha ensañado con las juventudes precarizadas inscritas en grandes estrategias bio y necropolíticas".[161] El juvenicidio, como refieren Urteaga y Moreno, también se asienta en la desciudadanización; es decir, en la condición que niega a un grupo de personas su condición de sujetos de derecho y los expone a la violencia y a la muerte.[162] En este supuesto se encuentran las personas que han migrado de manera forzada de sus lugares de origen (migrantes irregulares, solicitantes de asilo y niños no acompañados, etcétera).

Sin embargo, como afirma Valenzuela, el juvenicidio no aparece de manera repentina, sino que es producto y conclusión de diversas formas de precarización económica, social, cultural e identitaria de aquellos jóvenes que son prescindibles (o desechables) a partir de su situación social y desacreditación identitaria, que los coloca "en zonas sociales prescindibles, zonas de exclusión, zonas de vulnerabilidad, zonas criminalizadas, zonas de

---

160 Valenzuela Arce, José Manuel, *Trazos de sangre y fuego..., cit.*, pp. 58 y 59.

161 *Ibidem*, p. 61.

162 Urteaga Maritza y Moreno, Hugo César, "Corrupción e impunidad versus justicia y derecho en México", en Valenzuela Arce, José Manuel (ed.), *Juvenicidio. Ayotzinapa y las vidas precarias en América Latina*, México, Ned Ediciones-El Colegio de la Frontera Norte-ITESO, 2015.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

desecho, zonas precarias y zonas de muerte o necrozonas".[163] Así, la precarización de la vida produce vidas frágiles en términos económicos, sociales, ciudadanos, culturales, identitarios y simbólicos; genera *iuvenis sacer* o vidas nudas juveniles, que no cuentan con las condiciones necesarias para desarrollar proyectos de vida viables y que habitan zonas precarizadas donde existe alto riesgo de morir de forma artera y violenta.[164]

De este modo, todos los días niños, niñas y jóvenes mueren porque nadie hace algo para que no mueran de hambre o de enfermedades curables o prevenibles; también mueren por las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran en razón de su situación de migración o de calle; asimismo, porque son víctimas de guerra, del crimen organizado, de la trata de personas, de la desaparición forzada, de los secuestros o los de feminicidios. Además, existen muchas interseccionalidades que agudizan su situación: ser mujer, afrodescendiente, indígena, lesbiana, gay, transgénero, transexual, tener alguna discapacidad, etcétera.

Niños, niñas y jóvenes se convierten en niños *sacer*, porque se producen las condiciones biopolíticas de desigualdad, violencia y precariedad para que sus vidas sean desechables o prescindibles, porque se consideran una amenaza para la sobrevivencia de la mayoría. Por ello, son omitidos como objetos de política pública. Como refiere Fouacult, "se trata de un *asesinato indirecto* porque sin necesidad de que poblaciones enteras sean matadas intencionalmente, éstas mueren como consecuencia de que el Estado no haga algo por ellas".[165] Esto sucede a la vista pública, y, sin embargo, nadie hace algo para que los niños no mueran; aún más, su muerte no entraña ninguna consecuencia jurídica.[166] La violación de sus derechos humanos se encuentra normalizada, es tolerada y hasta es justificada dada su condición específica de vulnerabilidad (calle, migración, guerra, crimen organizado, etcétera). La muerte de estos niños es la forma más silenciada de la biopolítica moderna: sus muertes están completamente naturalizadas en las sociedades, y nadie puede ser condenado por ellas.

---

163 Valenzuela Arce, José Manuel, *Trazos de sangre y fuego..., cit.*, p. 65.

164 *Ibidem*, p. 73.

165 Foucault, Michel *et al.*, *Defender la sociedad..., cit.*; Foucault, Michel, *Seguridad, territorio..., cit.*

166 Bustelo, Eduardo, *El recreo de la infancia. Argumentos para otro comienzo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2007, p. 26.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Capítulo segundo

CONDICIONES DE VULNERABILIDAD QUE PRODUCEN AL NIÑO *SACER*

I. Vulnerabilidad y niñez migrante

1. *Entendiendo la vulnerabilidad*

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

---

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

---

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

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

7 *Idem*.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

2. *Niñez migrante y vulnerabilidad*

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

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

---

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

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

11 ACNUR, "Arrancados de raíz", México, ACNUR, 2014, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9828.pdf*.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

II. ¿Quiénes son los niños migrantes?

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

1. *Niños migrantes acompañados*

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

2. *Niños migrantes no acompañados*

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

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

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

[23] Comité de los Derechos del Niño, "Observación general núm. 6 «Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen»", CRC/GC/2005/6, Ginebra, Comité de los Derechos del Niño, 1o. de septiembre de 2005, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf*.

[24] *Idem*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

3. *Niños nacidos en países de destino*

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

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

III. Violencia, niñez y migración: una peligrosa intersección

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

[25] Council of Europe, "Public Register of Authentic identity and Travel Documents Online (PRADO)", disponible en: *http://prado.consilium.europa.eu/en/searchByIssuingCountry.html*.

[26] PICUM, "Niños primero y ante todo", Bruselas, PICUM, 2013, p. 13.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

1. *Violencia cultural*

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

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

---

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

[28] Galtung, Johan, "Cultural Violence", *Journal of Peace Research 27*, núm. 3, 1990.

[29] *Idem*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

2. *Violencia directa*

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

---

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

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

32 Galtung, Johan, "Cultural Violence", *cit*.

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

---

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

[37] *Ibidem*, p. 38.

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

3. *Violencia indirecta o estructural*

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

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

---

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

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

[41] Hernández-Hernández, Óscar Misael, "Cartografías de la violencia...", *cit.*, p. 219.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

[50] *Ibidem*, p. 51.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

53 Peña, J., "There's no Racism in Canada, but…", *cit.*

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

---

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

59 *Idem*.

60 *Idem*.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

---

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

A nivel internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[66] adoptó las siguientes definiciones clave en su artículo 2o. para atender su objeto:

a) "Grupo delictivo organizado", conformado por tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.
b) Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.
c) Por "grupo estructurado", un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, y en el que no necesariamente se hayan asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

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

El crimen organizado no sólo incluye el tráfico de drogas de cualquier tipo, sino también el robo de automóviles, materias primas, piratería y tráfico de personas. De acuerdo con el artículo 3o. del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,[67] se entiende por trata de personas la

> …captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concepción o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.[68]

---

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

70 *Ibidem*, p. 14.

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

---

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

---

83 *Idem*.

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

IV. Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes

1. *Trata de personas*

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

> Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la

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

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

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

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

94 Artículo 2o. del Protocolo.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

> fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Esto es, la trata de personas comprende tres elementos:

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

2. *Tráfico ilícito de migrantes*

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

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

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

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

3. *Trata y tráfico: una línea borrosa*

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

96 Artículo 2o. del Protocolo.
97 Artículo 6o. del Protocolo.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

Con la separación de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en los Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada[100] ambos delitos pueden ser considerados como separados. Sin embargo, en la vida real es difícil hacer distinciones claras entre tráfico y trata, lo que lleva a

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

[102] UNODC, "UNODC's Comprehensive Strategy to Combat Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants", Vienna, UNODC, 2012.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

---

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

V. Trata infantil

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

115 *Ibidem*, p. 2.
116 *Idem*.
117 UNODC, "Global Report…", *cit.*, 31.
118 *Ibidem*, p. 81.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

1. *Factores de riesgo*

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

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

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

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

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

120 UNODC, "Global Report…", p. 90.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

2. *Trata infantil con fines de trabajo forzado*

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

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

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

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

124 UNODC, "Global Report…", *cit.*, p. 9.

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

126 UNODC, "Global Report…", *cit.*, p. 83.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

3. *Trata infantil con fines de explotación sexual*

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

VI. Trabajo infantil

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

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

---

127 *Ibidem*, p. 84.

128 *Ibidem*, pp. 84 y 85.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

B) Los *trabajos pesados o peligrosos que realizan niños entre doce y catorce años*, y que no están comprendidos dentro del "trabajo ligero", permitido para niños dentro de ese rango de edad, y

C) Las *peores formas de trabajo infantil* que, de acuerdo con el artículo 3o. del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se refieren a la explotación de niños, niñas y jóvenes por parte de adultos en actividades económicas, que ocasionan daño a su desarrollo físico, psicológico y moral; en suma, que ponen en riesgo su salud, su integridad física, psicoemocional y el acceso a la educación.[130] Entre estas actividades se encuentran:

1) Todas las formas de esclavitud o cualquier práctica análoga a la esclavitud, que se puede entender como cualquier acto de captura, enganche, adquisición o cesión que tenga por objeto venta, y/o trueque de un niño con el fin de venderlo, cambiarlo, transportarlo o realizar actos de los cuales se obtiene un beneficio económico a través de su explotación, y que implican la violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales y el no acceso a una vida de calidad que propicie su desarrollo y cuidado integral. En esta categoría se incluyen:

— La *trata laboral* de personas, que incluye el trabajo doméstico, el empleo en fábricas, maquiladoras, así como en espacios agrícolas o de la construcción, minas, entre los más comunes.
— La *mendicidad ajena*, que es una actividad mediante la cual una persona se aprovecha y abusa de un niño para obtener un beneficio económico de éste al usarlo y controlarlo para actividades de mendicidad.
— La *servidumbre*, que es cuando los niños son tomados como trabajadores de limpieza; por ejemplo, de cocina, restaurantes, negocios, locales, o en casas como trabajadores domésticos. Los niños son sometidos a esta forma de actividad a cambio de obtener un lugar para dormir o vivir, pagar alimentos y subsistir. También se incluyen aquí el uso de niñas y jóvenes para negocios de maternidad subrogada, o de adopciones o venta de niños.
— El *matrimonio forzado o servil*, que es una simulación jurídica a través de la cual se entrega una niña en matrimonio a un tercero con fines económicos, como pagar deudas, acrecentar o aumentar un patrimonio, la compra de ganado, etcétera.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

La Convención sobre los Derechos del Niño no utiliza el concepto de "peores formas de trabajo infantil"; no obstante, en su artículo 32 señala el "derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social", debiendo cada uno de los Estados parte establecer la edad mínima, los horarios, las condiciones de trabajo y las sanciones. Asimismo, refiere que se deberán adoptar medidas para "impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de sustancias" (artículo 33). Y que los Estados protegerán a los niños, niñas y jóvenes contra "la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos" (artículo 34).

VII. Explotación sexual comercial infantil

El comercio de niños, niñas y jóvenes para fines de explotación sexual u otra está previsto en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: "Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma". De otro lado, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del 25 de mayo de 2000, la define como "la utilización de un niño, niña o adolescente menor de 18 años en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución". Y enuncia los actos que, al menos, los Estados deben tipificar y sancionar, entre ellos: la explotación sexual del niño, la oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, la producción, distribución, divulgación,

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

---

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

La UNICEF afirma que aproximadamente 1.8 millones de niños en todo el mundo han sido víctimas de explotación sexual comercial, especialmente para actividades de prostitución y pornografía. Igualmente, la OIT[140] afirma que se calcula que la explotación sexual afecta anualmente a un millón de niños en el mundo. Sin embargo, se presupone que esta cifra es mucho más elevada dado el carácter secreto, delictivo y marginal del fenómeno. Es muy difícil, si no imposible, establecer de forma precisa el número de víctimas de ESCIA, ya que la mayoría de ellas son "invisibles" para la sociedad, por estar inmersas en contextos inaccesibles para la mayor parte de la población.[141]

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

[143] Azaola, Elena, "La explotación sexual...", *cit.*

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

La explotación de niños en la prostitución consiste en la acción de contratar u ofrecer los servicios de un niño para realizar actos sexuales a cambio de dinero u otra contraprestación con esa misma persona u otra.[147] Esta forma de explotación se ha denominado comúnmente "prostitución infantil" en instrumentos jurídicos internacionales[148] y en leyes, políticas y programas nacionales, así como en los medios de comunicación. No obstante, en épocas recientes se ha reconocido que el uso del término "pornografía infantil" puede dar lugar a interpretaciones erróneas, ya que implica que esta forma de explotación es meramente un subtipo de prostitución,[149] y no reconoce que el niño es una víctima de explotación sexual al sugerir que posiblemente da su consentimiento.[150]

---

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

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

148 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual.

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

150 ECPAT International, "Summary Paper on Sexual Exploitation of Children in Prostitution", Bangkok, ECPAT International, November 2020, p. 1, disponible en: *https://ecpat.*

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

154 ECPAT International, "Summary Paper on Sexual…", *cit.*, p. 4.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

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

159 *Ibidem*, pp. 55 y 56.

160 *Ibidem*, pp. 62 y 63.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

3. *Pornografía infantil*

La Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a "la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos" en su artículo 34, inciso c). Sin embargo, no ofrece una definición de este término. Por otro lado, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía define a la pornografía infantil en su artículo 2o. como "toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".

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

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

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

161 *Ibidem*, pp. 49 y 50.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

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

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

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

164 *Ibidem*, p. 44.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

2016, p. 14, disponible en: *https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7211/1/TUBAB106-2016.pdf*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Capítulo tercero

EL DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ MIGRANTE

I. El discurso de los derechos humanos en el orden internacional: teoría, derecho y crítica

1. *A modo de génesis*

El origen de los "derechos humanos" en la era moderna[1] se remonta al uso que el liberal John Locke dio a la noción de "derecho natural" en su teoría del contrato social, *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (1690), donde postuló que las personas, al pasar a la sociedad civil, no renuncian a los derechos que tenían en el estado de naturaleza, sino que asignan al Estado facultades para la protección de esos derechos.[2]

Esta doctrina sirvió para criticar el orden social existente, fue la justificación de las revoluciones liberales[3] y quedó plasmada en la declaraciones de Derechos de Virginia y de Independencia (1776) de Estados Unidos y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia (1789). De este modo, los "derechos naturales", inherentes a los hombres por su mera naturaleza y posesión de razón, estuvieron inicialmente vinculados a intereses específicos de clase, y fueron las armas ideológicas y políticas en la lucha de la emergente burguesía contra el poder político despótico y la organización social estática.

---

[1] El origen de la noción se puede rastrear desde el derecho romano, a través de las figuras de *ius* e *ius in rem*. Tuck, R., *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 8 y 9.

[2] MacDonald, M., "Natural Rights", en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 1985.

[3] Sin embargo, esta misma noción de "derecho natural" anteriormente había sido usada por otros teóricos para justificar instituciones tan cuestionables, como el absolutismo (Thomas Hobbes), el dominio imperial de los mares por Holanda e Inglaterra (Hugo Grocio y John Selden, respectivamente) y la esclavitud (teólogos y teóricos de la conquista española). Páramo, J., "Derecho subjetivo", en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Desde principios del siglo XX, en pleno apogeo del positivismo, el auge de la teoría de los derechos naturales declinó;[4] sin embargo, al fin de la Segunda Guerra Mundial la noción de derechos naturales fue retomada, pero ahora bajo la categoría de "derechos humanos". Esta categoría de derechos se convirtió en el único instrumento normativo capaz de criticar un orden jurídico inmoral (el nacionalsocialismo alemán) y juzgar a sus autoridades por actos legalmente admitidos al momento de su comisión, haciendo una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal.[5] A partir de 1945, con la fundación de la Organización de las Naciones Unidas por los poderes vencedores de la Segunda Guerra Mundial y la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, los derechos humanos se convirtieron en objeto de interés global, pero en un contexto marcado por las rivalidades y tensiones de los procesos de descolonización y la Guerra Fría.[6]

Tras el colapso del comunismo, los derechos humanos fueron elevados a la categoría de principio central de los poderes hegemónicos. Ahora forman parte del nuevo orden mundial, y acciones como intervenciones, tribunales de crímenes de guerra y persecuciones de jefes de Estado se hacen por infracción y en pro de los derechos humanos. Así, los presupuestos ontológicos de los derechos naturales (ahora derechos humanos): los principios de igualdad y libertad humanas y su corolario político —la pretensión de que el poder político debía someterse a las demandas de la razón y el derecho— se han convertido en parte de la ideología básica de casi todos los regímenes, propagándose así su parcialidad.[7]

2. *Los derechos humanos en el orden internacional*

El discurso vigente en materia de derechos humanos predica que éstos son derechos inherentes a todas las personas por el solo hecho de su humanidad y estar dotadas de razón y conciencia, y que deben ser garantizados *sin discriminación* alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen

[4] Weston, B., "Human Rights", en Steiner, H. J. y Alston, P. (eds.), *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

[5] Juristas como Hans Kelsen (1947) y Gustav Radbruch (1962) vertieron sus críticas y dudas sobre la legitimidad de los Juicios de Nuremberg.

[6] Woodiwiss, A., "Human Rights and the Challenge of Cosmopolitanism", *Theory, Culture & Society 19*, núm. 1-2, 2002.

[7] Douzinas, C., "El fin(al) de los derechos humanos", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla 22*, 2008.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Entre estos derechos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y expresión; a la educación y al trabajo; a buscar y recibir asilo; al debido proceso y a un juicio justo, entre otros muchos. Los titulares de estos derechos son *todas* las personas, sin discriminación alguna.

Los derechos humanos fueron consagrados en diversos instrumentos internacionales, universales y regionales, en los que se plasmó la obligación de los Estados, de asegurar este mínimo de protección a *todas* las personas bajo su jurisdicción. Es comúnmente aceptado que la plena vigencia y el respeto de los derechos humanos son elementos fundamentales para la consolidación de la paz y seguridad a nivel internacional, regional y local, así como también para construir sociedades en las que se respete el Estado de derecho.

Existen tres tipos de instrumentos internacionales de derechos humanos: *1)* los tratados internacionales de derechos humanos, que son acuerdos celebrados entre Estados que regulan dicha materia y crean obligaciones jurídicas para los Estados que manifiestan su consentimiento mediante la ratificación, aceptación, aprobación, adhesión u otra forma de consentimiento; *2)* las declaraciones de derechos humanos, que recomiendan reglas para los Estados en materia de derechos humanos, y que pueden poseer o llegar a adquirir obligatoriedad para éstos por contener normas consuetudinarias o principios generales del derecho internacional,[8] y *3)* los demás instrumentos internacionales de derechos humanos que por su variedad podrían agruparse bajo el criterio de que marcan pautas a los Estados sobre la materia. Son tres tipos de instrumentos que gozan de un diferente valor jurídico en el derecho internacional. Al respecto, Carrillo Salcedo señala:

> El valor jurídico de este conjunto de instrumentos no puede tener una respuesta única, ya que una cosa son las Declaraciones que constituyen interpretaciones generalmente aceptadas de la Carta de Naciones Unidas...; otro las Resoluciones y Declaraciones incitatorias, programáticas, y otra, por último, las Reglas mínimas. Estos dos últimos tipos de instrumentos jurídicos, que *per se* no son obligatorios, tienen no obstante significado normativo en la medida en que señalan *objetivos de política jurídica*. Por otra parte, si los Estados los incorporan en tratados internacionales, adquieren la fuerza jurídica de las reglas convencionales, obligatorias para los Estados parte en el tratado que incorpore dichos principios. Finalmente, si son generalmente aceptados en la

[8] En esta situación se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

> práctica de los Estados pueden transformarse en principios y reglas del derecho internacional general.[9]

La exigencia del cumplimiento de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no se basa en la reciprocidad entre Estados, a diferencia de otro tipo de tratados, en los que la regla general establece que la violación grave de un tratado bilateral o de tratados multilaterales por una de las partes facultará a la otra u otras partes a la terminación o suspensión de su aplicación.[10]

Esto significa que el hecho de que una parte incumpla las obligaciones que le impone un tratado internacional de derechos humanos no da derecho a las otras partes a incumplir el mismo. Lo anterior se debe a que, si bien la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos se contrae frente a otros Estados, los beneficiarios del cumplimiento del tratado son *todas* las personas bajo la jurisdicción de los Estados.[11] Como expone Cassese:

> ...el mecanismo de la reciprocidad ya no funciona: la culpa del otro no nos legitima para considerar nulo el compromiso anteriormente asumido. Y *ello porque dicho compromiso se ha contraído a beneficio de las personas*: los intereses recíprocos de los Estados pasan a un segundo plano. Lo que importa es tutelar las exigencias de la persona humana.

Por ello, las normas contenidas en los tratados de derechos humanos deben cumplirse de buena fe por los Estados.[12] Esta regla excepcional está prevista en el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: "Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados".

---

9 Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La declaración universal de derechos humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 89 y 90.

10 Esta regla se encuentra contenida en el artículo 60, apartados 1 y 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

11 Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trans. Atilio Pentimalli y Blanca Rivera de Madariaga, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 243 y 244.

12 La jurisprudencia internacional también se ha pronunciado en este sentido. Por ejemplo, véase CoIDH, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 74 y 75", Opinión Consultiva, OC-2/82, serie A, núm. 2, San José, CoIDH, 24 de septiembre de 1982, p. 29.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Asimismo, conviene resaltar lo dispuesto por el artículo 50.1, inciso b), del Proyecto de artículos relativo a la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001, que señala: "Las contramedidas no afectarán: b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales". De este modo, en ambas disposiciones se busca resaltar la importancia de los tratados de derechos humanos respecto a otros tratados internacionales, y que las obligaciones de derechos humanos deben ser respetadas bajo cualquier circunstancia.

3. *La crítica de los derechos humanos: el caso de las personas en contextos de movilidad*

Douzinas[13] señala que si bien el siglo XX fue la época de los derechos humanos, su triunfo en ese siglo y lo que va del XXI es paradójico, pues un récord apabullante de violaciones a estos derechos y sus principios ha tenido lugar: el siglo XX fue el siglo de la masacre, el genocidio, la limpieza étnica, la era del holocausto; y el siglo XXI, en lo que lleva, ha presenciado la era del terrorismo, la securitización y cómo el no ser blanco y ser pobre son las principales fronteras para acceder a los derechos y a una vida vivible, libre de persecución y amenazas a la vida, a la libertad y a la seguridad personales; en suma, libre de violencias y precariedad.

Baxi[14] subraya que los derechos humanos se nos han presentado como "un regalo de Occidente para el resto", desconociéndose así las tradiciones no occidentales que refuerzan la idea contemporánea de los derechos humanos. Por ello, distingue dos clases de derechos humanos: los "derechos humanos modernos", cuya visión es eurocéntrica y está construida sobre el derecho a la propiedad, que excluye al pobre y al colonizado, y los "derechos humanos contemporáneos", cuya visión es incluyente, y son movimientos de resistencia frente a los supuestos teóricos de la concepción moderna de derechos humanos y a las formas contemporáneas de explotación, por lo que han llevado a la construcción de nuevos derechos (como los de las mujeres), e implican negociación entre organizaciones civiles y gobiernos.

Woodiwiss[15] afirma que, al olvidarse el origen occidental de los derechos humanos, también se olvida su conexión con las formas socioestruc-

[13] Douzinas, Costas, "El fin(al) de los derechos humanos", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. 22*, 2008.

[14] Baxi, U., *The Future of Human Rights*, New Delhi, Oxford University Press, 2002.

[15] Woodiwiss, A., "Human Rights and the Challenge…", *cit.*

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

turales e institucionales existentes y el riesgo que implica depender de ellas para asegurar su cumplimiento. Por ello, hay una tendencia a asumir que una vez que los derechos humanos han sido proclamados se cumplirán de forma automática o que las instituciones o relaciones sociales ya existentes los harán cumplir, lo cual es erróneo, según lo muestran las habituales violaciones de derechos humanos a nivel mundial.

Para la literatura crítica en la materia, y siguiendo la teoría analítica de poder de Michel Foucault, los derechos humanos son un discurso del poder moderno, el cual parte de múltiples relaciones de fuerzas y prácticas, y consiste en conducir conductas (no personas).[16] El poder se vale del discurso, que es un saber experto que usa diferentes fuerzas para promover sus intereses. Los discursos utilizan dispositivos para operar, que son las redes de relaciones sociales construidas en torno a un discurso, y tienen como fin mantener el poder; por ejemplo: instituciones, leyes, políticas, disciplinas, declaraciones científicas y filosóficas, conceptos y posiciones morales. Hay dispositivos de poder, subjetividad y verdad, y se mantienen a través de diversas estrategias, que son los elementos que definen las formas y los fines, y que van cambiando en el tiempo. Vistos así, los derechos humanos son un discurso de los poderes hegemónicos triunfantes de la Segunda Guerra Mundial.

Para poder entender el estadio actual de violaciones flagrantes de derechos humanos para las personas en condiciones de movilidad, es preciso recordar que las grandes declaraciones del siglo XVIII proclamaron estos derechos "inalienables" en nombre del "hombre" universal, a la par de otorgar a una organización política específica, el Estado nación, el poder de hacerlos valer para sus beneficiarios: los ciudadanos de la nación. Al iniciar la era del nacionalismo y la ciudadanía se introdujo un nuevo tipo de privilegio, que protege a unas personas —los nacionales— a costa de excluir a otras —los extranjeros— con todas sus consecuencias más perversas, como el genocidio, las guerras étnicas y civiles y la limpieza étnica. Como señala Douzinas,[17] desde las revoluciones liberales los Estados nación han sido definidos por fronteras territoriales y han desplazado la exclusión por clase a la exclusión por nacionalidad, que en la modernidad es la barrera formal de clase.

---

[16] Foucault, Michel *et al.*, *Defender la sociedad: curso en el Collège de France (1975-1976)*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2002; Foucault, Michel, *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, trans. Horacio Pons, ed. Michel Senellart, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.

[17] Douzinas, Costas, "El fin(al) de los derechos...", *cit.*

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

De este modo, es posible empezar a entender por qué los derechos humanos no alcanzan a proteger a las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo. Desde la vertiente subjetiva, el derecho moderno tiene como característica principal la separación entre hombre y ciudadano. Llegamos a ser humanos a través de la ciudadanía: se es humano en mayor o menor grado al ser ciudadano o no, y la subjetividad moderna está basada en esa distancia entre hombre y ciudadano: la existencia del extranjero es muestra de la universalidad de la naturaleza humana, pero su exclusión es absolutamente crucial y necesaria para afirmar la personalidad concreta del ciudadano.[18]

Los derechos humanos son un discurso político-jurídico que otorga a las personas, garantías jurídicas mínimas para que puedan vivir con dignidad; pero no es un discurso estático ni único. Por un lado, porque la noción de dignidad, uno de sus pilares, se va definiendo de acuerdo con el contexto histórico y territorial y con componentes axiológicos, materiales y culturales. Por ello, los derechos que garantizaban la dignidad de las personas en cierta época no necesariamente la garantizan en la actualidad (o en el futuro). Y, por otro lado, porque el fundamento moral de los derechos humanos no sólo se define por la moral legal y el consenso político que fundamenta a los instrumentos internacionales que los consagran, sino también por la legitimidad de las distintas luchas sociales que los van reivindicando (por ejemplo, feminismo, LGBT, migrantes) y el carácter ético-político de su declaración discursiva.

Las violaciones flagrantes a los derechos humanos de personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo constituyen una dislocación del discurso de derechos humanos. Para Laclau, la dislocación se define como una acción permanente (no ocasional) de descentrar un discurso determinado.[19] Tie señala que en materia de derechos humanos la dislocación se refiere a la ruptura de la coherencia de este discurso, no a simples excepciones, que son marginales a su lógica interna.[20]

De este modo, podemos entender que el discurso de derechos humanos de las personas migrantes se encuentra dislocado: está vacío, carente de contenido y significación. En teoría, y bajo este discurso, las personas migrantes son titulares de todos los derechos humanos por su sola humanidad;

---

18 *Idem*.

19 Laclau, E. y Mouffe, C., *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, Nueva York, Verso, 2014.

20 Tie, W., "Beyond the Dislocation(s) of Human Rights", *Social and Legal Studies 18*, núm. 1, 2009.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

sin embargo, en la realidad tienen un acceso a los derechos muy limitado, pues éstos siguen estando anclados a la membresía de la nacionalidad.

Entonces, estas personas están en un limbo jurídico, en el que les aplica y no el derecho: les aplica en términos de las disposiciones legales de extranjería y migración, siendo acreedores a sanciones en caso de incumplir con ellas (por ejemplo, no contar con documentos que acrediten su estancia legal en los Estados de tránsito y destino), pero no en términos de protección, ya que los derechos humanos están plagados de *excepciones legales* en su aplicación para estas personas. Así, pareciera que para los Estados los migrantes son menos humanos a raíz de su extranjería (y pobreza), lo cual conlleva a la dislocación del discurso hegemónico en materia de derechos humanos, que predica otorgar garantías mínimas a todas las personas para que puedan vivir con dignidad.

II. El discurso de derechos humanos de la niñez migrante: estándares internacionales de protección

1. *Ámbito universal: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1990*[21]

La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional de mayor relevancia en materia de niñez, en virtud de ser un tratado de aceptación universal y el más completo en lo que se refiere a la protección de los derechos de todos los niños. Detalla una serie de derechos universales que constituyen requisitos mínimos que los Estados deben cumplir para garantizar la protección de todos los niños presentes en su jurisdicción. Los Estados parte de la Convención están obligados legalmente a garantizar que todos sus estándares y protecciones aparezcan reflejados en las leyes, en las políticas o en los procedimientos jurisdiccionales relacionadas con niños. La Convención se rige por cuatro principios:

1. *Principio de no discriminación*. Implica que todos los derechos protegidos por la Convención están garantizados a *todos* los niños presentes en la jurisdicción de los Estados miembros de la CDN sin discriminación o distinciones de ningún tipo (artículo 2o.).

[21] La Convención de los Derechos del Niño fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

2. *Principio del interés superior de la niñez*. El artículo 3.1 de la CDN señala que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha señalado que este principio implica que el desarrollo de los niños y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de las normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida.[22] El interés superior de la niñez es una protección especial reforzada que todos los derechos humanos deben tener cuando se trate de niños, y una necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños que obliga al Estado.[23]

El principio se funda en la dignidad de la persona, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.[24] Este principio conlleva para los Estados parte de la CDN la adopción de medidas específicas, con el propósito de que los niños gocen efectivamente de sus derechos y garantías.[25] Dichas medidas varían según las circunstancias del caso, la condición personal[26] y las características particulares de la situación en la que los niños se hallen.[27]

De acuerdo con el Comité sobre los Derechos del Niño,[28] el interés superior de la niñez, como eje rector de los derechos de los niños, es:

a) *Un derecho sustantivo*: el derecho de los niños a que su interés superior sea una consideración primordial, y la garantía de que ese derecho

[22] CoIDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva OC-17/02, San José, CoIDH, 28 de agosto de 2002, p. 61.

[23] CoIDH, "Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas", San José, CoIDH, 24 de noviembre de 2009), p. 184; CoIDH, "Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, fondo, reparaciones y costas", San José, CoIDH, 8 de septiembre de 2005, p. 134.

[24] CoIDH, "Condición Jurídica...", *cit.*, p. 56.

[25] CoIDH, "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", San José, CoIDH, 2 de septiembre de 2004, p. 209; CoIDH, "Condición Jurídica...", *cit.*, p. 98.

[26] CoIDH, "Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala", San José, CoIDH, 25 de mayo de 2010, p. 166.

[27] CoIDH, "Caso Furlan y Familiares vs. Argentina", San José, CoIDH, 31 de agosto de 2012, p. 126.

[28] Comité de los Derechos del Niño, "Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3o., párr. 1)", Observación general 14, CRC/C/GC/14, ONU, Ginebra, 29 mayo de 2013.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que les afecte.

b) *Un principio jurídico interpretativo fundamental*: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de la niñez. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) *Una norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a los niños, a un grupo de ellos o a la niñez en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) en ellos. La evaluación y determinación del interés superior de la niñez requieren garantías procesales y un procedimiento que las garantice. No obstante, este principio no puede ser utilizado para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.[29]

Los estándares internacionales desarrollados para la protección de los niños parten del reconocimiento del niño como sujeto de derechos y del respeto de su interés superior. Por ello, en su labor de armonización con el derecho internacional y los estándares desarrollados, los Estados deben incorporar a su ordenamiento el principio de interés superior de la niñez.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que

> … 48. Al respecto, esta Primera Sala ha subrayado la importancia de tomar en cuenta el interés superior del niño y ha dicho que éste implica, entre otras cosas, considerar aspectos relativos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para la elaboración de normas y aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño, de conformidad con lo establecido en el Texto Constitucional y en la Convención sobre los Derechos del Niño; asimismo, ha sostenido que el establecimiento y definición de los derechos derivados de la patria potestad, como institución primordial en esa labor de protección de niños, infantes y adolescentes, no sólo se refiere al derecho de los menores a convivir con ambos padres o al ejercicio de su representación legal, sino también se refiere a la protección integral del niño en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y su custodia, la administración de los bienes y el derecho de corrección, es

[29] CoIDH, "Caso Forneron e hija vs. Argentina", San José, CoIDH, 27 de abril de 2012, p. 105.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

> decir, el contenido de la patria potestad comprende un conjunto de deberes y facultades de ámbito no solamente personal, sino también patrimonial, en la medida de que se impone a aquellos que ejercen la patria potestad, la tarea de administrar los bienes que son propiedad del menor (quehacer que incluye gestión y disposición), en cuyo ejercicio cobra relevancia la representación legal de la que son titulares, por ser éste el medio para llevar a cabo su encargo.[30]

En otros países del continente americano los tribunales constitucionales han seguido la misma línea. Por ejemplo, la Corte Suprema de Argentina ha indicado que toda decisión que tomen los jueces debe ser conforme al interés superior de la niñez:

> Salvo casos de evidentes voluntarismos o direccionamientos de decisiones en base a predilecciones subjetivas del magistrado y al margen de las constancias de la causa, que cuando las hemos constatado han sido revocadas sistemáticamente, el juez antes que tomar la decisión que quiere, adopta la que puede, la que aprecia como más positiva o menos dañosa, de acuerdo a las circunstancias de la causa, la prueba acreditada en ella, y siempre, absolutamente siempre, anteponiendo a otras consideraciones la situación e interés de niñas, niños y adolescentes. Eso es, en definitiva, el principio del interés superior del niño (artículo 3o., Ley 26061 y Convención de los Derechos del Niño).[31]

En Guatemala, la Corte Constitucional ha manifestado que

> …para el análisis del presente caso… a este Tribunal le resulta de especial relevancia, establecer qué debe entenderse por el principio del interés superior del niño. En ese sentido, debe indicarse que tal principio debe ser una "consideración primordial", es decir, debe tener preferencia sobre cualquier otro interés, sea económico, político, o relativo a la seguridad del Estado o de los infantes.[32]

3. *Principio de supervivencia y desarrollo del niño*. La Convención señala que "todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida", lo cual va más allá de la mera supervivencia física, e incluye el desarrollo del niño, puesto que los

---

30 *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis 1a./J. 12/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 40, tomo I, México, SCJN, marzo de 2017, p. 254.

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "G., J. S. s/Violencia Familiar, Expte. N° 364 - Año 2014 CAT, Sentencia del 12/02/2015", Buenos Aires, CSJA, 2015.

32 Corte de Constitucionalidad en Guatemala, "Expediente 2317-2012", Guatemala, CCG, 17 de octubre de 2012.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Estados deben "garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" (artículo 6o.).

4. *Principio del derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo*. El derecho está contemplado en el artículo 12 de la CDN, que a la letra afirma que:

> 1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
> 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Este derecho puede ser desdoblado en los siguientes términos:

a) Derecho de expresar su opinión libremente, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, de acuerdo con su edad y madurez

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que este derecho y principio obliga a los Estados a que lo garanticen directamente o adopten o revisen sus leyes para que los niños puedan disfrutarlo plenamente. No obstante, para los niños se trata un derecho y no de una obligación, por lo que es optativo para ellos el ejercerlo. En caso de que decidan ejercerlo, los Estados deben proporcionarles la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.[33]

Así, el derecho de los niños de ser escuchados implica para los Estados la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente ese derecho. Deben existir mecanismos para recabar sus opiniones respecto a todos los asuntos que les afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones. Los Estados deben dar por supuesto que los niños tienen capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tienen derecho a expresarlas. No hay ningún límite de edad que restrinja su derecho de ser escuchados en todos los asuntos que les afectan, porque la edad no puede determinar la trascendencia de sus opiniones. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme con su edad biológica, porque la experiencia, el entorno, las expectativas sociales

[33] Comité de los Derechos del Niño, "Observación General No. 12 El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12", Ginebra, ONU, 20 de julio de 2009, pp. 15, 16 y 22.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad de los niños para formarse una opinión. Por ello, las opiniones de los niños tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.[34]

b) Derecho de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte

Este derecho es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten a los niños sin limitaciones y con inclusión de cuestiones como la separación de los padres, la custodia, el cuidado y la adopción, los niños en conflicto con la ley, las víctimas de violencia física o psicológica, los abusos sexuales u otros delitos, la atención de la salud, la seguridad social, los niños migrantes no acompañados, los solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, las decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección de los niños. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje.[35]

El Comité recalca que una vez que los niños hayan decidido ser escuchados, deberán elegir cómo se les escuchará: "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado", pero recomienda que se les brinde la oportunidad de ser escuchados directamente y en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional, sin que ello signifique alguna restricción o impedimento para el disfrute de este derecho fundamental.[36]

La aplicación del artículo 12 de la Convención implica que los Estados cumplan con estas medidas:[37]

1. Preparación. Se debe preparar a los niños antes de que sean escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se les escuchará y quiénes serán los participantes.
2. Audiencia. El contexto en el que los niños ejerzan su derecho a ser escuchados tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escucharlos y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar.

---

34 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12..., *cit.*, pp. 17, 20, 21 y 29.
35 *Ibidem*, p. 32.
36 *Ibidem*, pp. 35-38.
37 *Ibidem*, pp. 40-47.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

3. Evaluación de la capacidad de los niños. Las opiniones de los niños deben tenerse debidamente en cuenta siempre que un análisis caso por caso indique que son capaces de formarse un juicio propio.
4. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones de los niños. El encargado de adoptar decisiones debe informarles el resultado del proceso y explicarles cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados a los niños es una garantía de que sus opiniones no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover a los niños a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia.
5. Quejas, vías de recurso y desagravio. Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños, procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho de ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea ignorado y violado.

2. *Ámbito regional: el sistema interamericano de derechos humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la existencia de un *corpus juris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños, que debe ser utilizado como fuente de derecho para establecer el contenido y los alcances de las obligaciones que han asumido los Estados al respecto.[38] El concepto de *corpus juris* se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas, con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños.[39] Tanto la Corte como la Comisión interamericanas han utilizado esta noción en sus decisiones concernientes a los derechos de los niños para fortalecer la interpretación que han hecho de diversas disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).[40] El *corpus juris* que es aplicable en materia de niñez abarca desde

[38] CoIDH, "Derechos y garantías de las niñas y los niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", Opinión Consultiva 21/2014, San José de Costa Rica, CoIDH, 2014, p. 57.

[39] El concepto de *corpus juris* se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños. CIDH, "Violencia, niñez y crimen organizado", OEA/Ser.L/V/II.Doc. 40/15, Washington D. C., OEA, 2015, p. 259.

[40] CoIDH, "Caso Gelman vs. Uruguay", San José, CoIDH, 24 de febrero de 2011, p. 121.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

los tratados internacionales hasta la jurisprudencia (consultiva y contenciosa) de la Corte.

Entre la diversidad de instrumentos internacionales del sistema interamericano de derechos humanos que son relevantes para la protección de los derechos humanos de los niños destacan los siguientes:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo VII señala que todo niño tiene derecho a protección, a cuidados y a ayuda especiales,
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 19 establece que los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere por parte de su familia, la sociedad y el Estado. Esta disposición debe entenderse como un derecho adicional que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial.[41]
3. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), cuyo artículo 16 señala que los niños requieren medidas especiales de protección de parte de su familia, la sociedad y el Estado; que los niños no deben ser separados de sus madres; así como su derecho a la educación.

Estas disposiciones, sin embargo, no deben ser interpretadas exclusivamente a través del sistema interamericano de derechos humanos, pues existen otros instrumentos internacionales que pueden contener normas más específicas en relación con la protección de la niñez, como la Convención sobre los Derechos del Niño.[42] Por ello, la Corte ha afirmado que "tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir... para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana".[43]

De este modo, los niños cuentan con el derecho a *medidas de protección especial o reforzada*. La necesidad de esas medidas radica en que se trata de

[41] CoIDH, "Condición Jurídica...", *cit.*, pp. 53, 54 y 60; CoIDH, "Caso Chitay Nech...", *cit.*, p. 164.

[42] CIDH, "Violencia, niñez...", *cit.*, p. 261.

[43] CoIDH, "Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", (San José: CoIDH, 19 de noviembre 1999), p. 194; CoIDH, "Caso Forneron e hija...", *cit.*, p. 137.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

personas en crecimiento que tienen una serie de diferencias respecto de las personas adultas en cuanto a las posibilidades y los desafíos para el efectivo ejercicio y la plena vigencia de sus derechos.[44]

La familia, la sociedad y el Estado tienen deberes específicos con la niñez.[45] El Estado debe asumir una posición especial de garante y prestar atención a las necesidades y a los derechos de los niños considerando su particular condición de vulnerabilidad.[46] Además, debe adoptar medidas especiales que estén orientadas por el principio del interés superior de la niñez,[47] las cuales deben adaptarse al crecimiento, a los estadios de madurez y a la progresiva autonomía personal de los niños. Las medidas de derecho interno pueden ser de carácter general (dirigidas a todos los niños), de carácter específico (dirigidas a determinados grupos de niños) o especiales (protección del niño como individuo en su contexto particular) para brindar una protección idónea, adecuada e individualizada.[48]

III. Premisas del discurso de derechos humanos de la niñez migrante

1. *Los niños son sujetos plenos de derecho que requieren medidas especiales de protección*

Debido a su edad, los niños constituyen un grupo humano en condiciones de vulnerabilidad[49] que enfrenta situaciones de desigualdad y discriminación estructural por razones históricas y sociales. Para entender su situación de desventaja, es útil recurrir al principio de igualdad, pero no en su vertiente individualista y descontextualizada de la situación de cada persona (principio de igualdad de trato en igualdad de circunstancias),[50] sino en la vertiente que contextualiza las circunstancias específicas de cada persona, que la hacen

44 CoIDH, "Condición Jurídica...", *cit.*, p. 51.

45 CoIDH, "Instituto de Reeducación...", *cit.*, p. 147.

46 CoIDH, "Caso de la Masacre de las Dos Erres...", *cit.*, p. 184; CoIDH, "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México", San José, CoIDH, 31 de agosto de 2019, p. 201.

47 CoIDH, "Condición Jurídica...", *cit.*, p. 164.

48 *Ibidem*, p. 61.

49 Uribe Arzate, E. y Gonzalez Chávez, L., "La protección jurídica de las personas vulnerables", *Revista de Derecho 27*, 2007, pp. 205-229; Bustelo, Eduardo, *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina*, Bogotá, UNICEF, Fondo de Cultura Económica, 1986.

50 Saba, Roberto, "(Des)igualdad estructural", *Revista Derecho y Humanidades 11*, 2005, pp. 12, 18 y 19.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

estar sometida a ciertas prácticas o tratos sociales por pertenecer a un grupo determinado. Esto es, hay que ver al principio de igualdad desde una dimensión estructural, tal como lo ha denominado Fiss[51] y otros autores, como Post, Siegel, MacKinnon y Saba apoyan.[52] La vertiente estructural de la igualdad ante la ley tiene como fin evitar la constitución y el establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos. No sólo se refiere a la idea de no discriminación, sino también a la de proscribir los tratos segregacionistas y excluyentes que tienden a consolidar la situación de grupo marginado.[53]

Teniendo en cuenta que los niños se enfrentan a condiciones de desigualdad y discriminación estructural, es preciso que se les considere como sujetos plenos de derechos, pero que requieren medidas específicas de protección, distintas a las de los adultos, con el fin de que puedan desarrollar plenamente sus capacidades. Éste es el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual claramente señala en su preámbulo:

> …toda persona tiene todos los derechos y libertades…, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición… la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales… el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento… para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad [y]… poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (párr. 4-7 y 10).

La Convención reconoce a los niños los derechos humanos reconocidos a las personas adultas, con el fin de que no sean discriminados en su ejercicio por su edad, pero a través de garantías reforzadas. Lo anterior no excluye que puedan tener otras condiciones de vulnerabilidad; por ejemplo, la condición de movilidad o discapacidad, la etnia, etcétera. De hecho, es

---

51 Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs 5*, 1976, p. 107.

52 Post, Robert, "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en Post, Robert (ed.), *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003; Siegel, Reva B., "Discrimination in the Eyes of the Law: How Color Blindness Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification", in Post, Robert (ed.), *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003; MacKinnon, Catharine A., *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press, 1979, pp. 102 y 103.

53 Saba, Roberto, "(Des)igualdad...", *cit.*, p. 20.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

común que existan diversas condiciones de vulnerabilidad, de hecho y de derecho, y hay que hacer un análisis caso por caso.[54]

Como afirma White, el tema clave de la Convención es "el reconocimiento de que los niños no deben ser simplemente considerados como un modelo a escala de los adultos, sino en sus propios términos, como un conjunto de sujetos en desarrollo que requiere de un enfoque diferenciado y particular".[55] Por ello es que la Corte Interamericana ha destacado que los niños, además de ser titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, gozan de medidas especiales de protección, que deben ser definidas según las circunstancias de cada caso concreto,[56] y que dichas medidas "adquieren fundamental importancia debido a que [los niños] se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de alguna forma su proyecto de vida".[57]

En la Opinión Consultiva 17/2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la Corte reconoció al niño como sujeto de derechos. En palabras del voto concurrente del juez Cançado Trindade:

> …la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño "como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección" (párr. 48).

2. *Todos los niños, todos los derechos*

Todos los niños se encuentran protegidos por todas las normas del marco internacional de derechos humanos, las cuales se basan en el principio de igualdad y no discriminación, y están redactadas en un lenguaje inclusivo. A nivel universal, estas normas incluyen a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los cinco tratados fundamentales sobre derechos

---

54 Ortega Velázquez, Elisa, *Estándares para niños, niñas y adolescentes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos*, vol. 2, Colección de Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CDMX, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, CNDH, 2017, pp. 11 y ss.

55 White, Sara, "Being, Becoming and Relationship: Conceptual Challenges of a Child Rights Approach in Development", *Journal of International Development 14*, núm. 8, 2002.

56 CoIDH, "Caso Gelman...", *cit.*, p. 121; CoIDH, "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile", San José, CoIDH, 24 de febrero 2012, p. 196. CoIDH, "Caso Forneron e hija...", *cit.*, p. 44.

57 CoIDH, "Instituto de Reeducación...", *cit.*, p. 172.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. A nivel regional incluyen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

A nivel especializado, los niños se encuentran protegidos por tres normas internacionales que abordan el tema de los derechos de los niños en distintos contextos: como marco general y piso mínimo de cumplimiento la Convención sobre los Derechos del Niño,[58] en materia de migración, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990,[59] y en materia laboral los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Trabajo Infantil.[60]

3. *La calidad de niño prevalece sobre la condición de migrante*

El discurso vigente en materia de derechos humanos sostiene que el *ser niño, niña o joven* debe primar sobre el hecho de *ser migrante*.[61] Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con niños migrantes deberán determinar que la protección de sus derechos sea primordial. De este modo, 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.[62] Sin embargo, como apunta la UNICEF:

---

58 Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

59 Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990. La Convención tiene un récord bajísimo de ratificación y ningún país mayor de migración y desarrollado lo ha hecho.

60 Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo de 1973, y Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999.

61 Crawley, I., *Child First, Migrant Second: Ensuring that Every Child Matters*, Londres, ILPA, 2006.

62 ACNUDH, "Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración", A/HRC/15/29, Ginebra, ONU, 5 de julio de 2010, p. 24.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

> En la actualidad, nos encontramos ante un escenario preocupante: la situación de los niños migrantes está determinada, casi únicamente, por su condición migratoria y, en consecuencia, por las políticas que adoptan los países en el ámbito de la migración. Por lo general, en estos casos hay una muy limitada —sino nula— intervención de las autoridades que tienen algún mandato específico en materia de protección integral de la infancia. También es usual que los programas y dispositivos existentes para la infancia no contemplen debidamente a los niños migrantes.[63]

El Comité de Derechos del Niño es más claro, al indicar que se debe reconocer la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos de los niños.[64] Es decir, que el Estado proteja de manera integral e interdependiente sus derechos por encima de su política migratoria y otros principios, como la soberanía nacional. Como observa el Comité:

> …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.[65]

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que los hijos de los extranjeros "tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere".[66] Así también, la Comisión Africana de Derechos Humanos ha llamado a los Estados a la protección de la niñez por encima de las políticas migratorias, al señalar que los Estados deben, entre otras cosas, "desarrollar enfoques alternativos a la detención de niños

---

63 UNICEF, "Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe. Solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Buenos Aires, UNICEF, 2013.

64 Comité de los Derechos del Niño, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General núm. 5", Ginebra, ONU, 2003, p. 18.

65 Comité de los Derechos del Niño, "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", Observación General núm. 6, CRC/GC/2005/6, Ginebra, ONU, 1o. de septiembre de 2005, p. 12, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf*.

66 Comité de Derechos Humanos, "La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, Observación General No. 15", Ginebra, ONU, 1986, p. 7.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

migrantes y asegurarse que en todas las acciones se tome en consideración su interés superior".[67]

Sin embargo, las leyes y políticas migratorias de control de la migración irregular carecen de un enfoque compatible con los derechos y las necesidades de la niñez, y comúnmente prima el enfoque de control migratorio sobre los derechos de los niños.[68] La falta de consideración del principio del interés superior de la niñez, que debería guiar toda política y decisión que pudiera afectar a los niños, repercute directamente en los derechos de la niñez migrante. Algunos obstáculos para el goce efectivo de sus derechos son:

1. La falta de armonización normativa tanto entre las leyes migratorias nacionales y los acuerdos multilaterales e internacionales como dentro de cada país, en relación con los estándares de protección de derechos de las personas migrantes en general y de la niñez en particular.
2. La ausencia del enfoque de derechos de la niñez en las leyes migratorias.[69]
3. La ausencia de procedimientos adecuados de identificación de situaciones de vulneración de derechos de los niños.
4. La falta de canales de coordinación entre los sistemas que regulan las migraciones y los sistemas de protección de derechos de los niños.

El enfoque de derechos de la niñez debe estar presente a la hora de regular las decisiones, las medidas y las prácticas que se adopten en relación con el ingreso, permanencia o salida del país de niños y/o de sus padres.[70] En este sentido, es preciso que

---

67 Comisión Africana de Derechos Humanos, *Situación de los migrantes en África*, Resolución 333, 25 de febrero de 2016.

68 Consejo de Derechos Humanos, "Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7", Ginebra, ONU, 14 de mayo de 2009, pp. 24 y 25.

69 Argentina: Ley de Migraciones núm. 25.871, sancionada del 17 de diciembre de 2003; Brasil: Lei que de ne a situação juridica do estrangeiro no Brasil núm. 6.815, del 19 de agosto de 1980; Bolivia: Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo No 24.423, del 29 de noviembre de 1996; Chile: Decreto Ley núm. 1094 (Establece normas sobre extranjeros en Chile), del 19 de julio de 1975, *Diario Oficial* núm. 29.208 del 14 de julio de 1975; Paraguay: Ley de Migraciones núm. 978, del 27 de junio de 1996; Uruguay: Ley de Migración núm. 18.250, del 17 de enero de 2008.

70 Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, "La implementación de los acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes Migrantes. Estudios e investigaciones. Diagnóstico y lineamientos para la acción", Buenos Aires, IPPDH, 2012.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

1. Todos los niños migrantes sean protegidos a través de la plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño sin discriminación de ningún tipo. En el contexto de la migración, el derecho a la nacionalidad es de vital importancia para los niños, puesto que ser nacional de un Estado les garantiza sus demás derechos.[71]
2. Todas las decisiones, medidas y prácticas que adopten los Estados en relación con su ingreso, permanencia o salida del país —y/o de sus padres— deben estar determinadas por el principio del interés superior de la niñez.[72] Respecto de los niños que corren mayor riesgo a la apatridia, es importante reducirla, alentando a sus padres a solicitar la nacionalidad en su nombre y permitiendo que ambos progenitores transmitan la nacionalidad a sus hijos.[73]
3. Deben garantizarse plenamente los demás principios rectores de la Convención: no discriminación, derecho de participación y a ser oídos y derecho al desarrollo, a la vida y a la supervivencia.
4. Respecto de los niños migrantes no acompañados, debe existir un procedimiento de determinación del interés superior de la niñez que se aplique en cada caso.

IV. Principales derechos de los niños en contextos de movilidad

1. *Derechos a la vida e integridad personal*

El derecho a la vida está previsto en el artículo 3o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala: "Todo individuo tiene derecho a la

[71] CoIDH, "Caso de las Niñas Yean...", *cit.*, pp. 136 y 137; CoIDH, "Nadege Dorzema vs. República Dominicana", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de octubre de 2012.

[72] Así señala el Tribunal Constitucional de Chile: "no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado… de manera que, de ejecutarse la medida, ciertamente se transgrede el interés superior de la menor, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y se afecta lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta". Corte Suprema de Chile, Fallo 2.309-2015, Segunda Sala, 19 de febrero de 2015, considerando 7o.

[73] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Observación general 30, Discriminación contra los no ciudadanos", Ginebra, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 1o. de octubre de 2004, p. 16.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Asimismo, está consagrado en el artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en el artículo 4o. de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 6o. de la Convención de los Derechos del Niño, que dispone:

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

El goce del derecho a la vida es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos, lo que le otorga un carácter fundamental.[74] Por ello, no son admisibles enfoques restrictivos de aquel derecho; es decir, no puede ser suspendido en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado. La existencia de contextos de inseguridad y violencia generalizada no pueden ser alegados por los Estados para justificar la restricción o suspensión de estos derechos.[75]

El derecho a la integridad personal está relacionado de manera cercana con el derecho a la vida: es un derecho humano fundamental y básico, y constituye un mínimo indispensable para el ejercicio de cualquier otro derecho.[76] En el sistema interamericano está previsto en el artículo 5o., fracciones 1 y 2, de la Convención Americana, que señalan que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Los derechos a la vida y a la integridad personal imponen a los Estados las siguientes obligaciones:[77] *1)* impedir que particulares atenten contra estos derechos (por ejemplo, miembros del crimen organizado o grupos militantes);[78] *2)* abstenerse de interferir activamente con esos derechos (por ejemplo, los cuerpos encargados de hacer cumplir la ley), y *3)* operar los

74 CoIDH, "Caso de los Niños de la Calle...", *cit.*, p. 144.

75 CIDH, "Violencia, niñez...", *cit.*, p. 297.

76 *Ibidem*, p. 295.

77 Vido, Sara de, "States Positive Obligations to Eradicate Domestic Violence: The Politics of Relevance in the Interpretation of the European Convention on Human Rights", *ESIL Reflections*, núm. 6, 2017.

78 Comité de Derechos Humanos, "Observación general núm. 36 sobre el artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida", CCPR/C/GC/36, Ginebra, ONU, 30 de octubre de 2018, p. 21.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

medios para que las violaciones a estos derechos se investiguen, se sancionen y se aseguren medidas de no repetición.[79] La falta de una investigación adecuada, de un enjuiciamiento y de una sanción a los responsables de vulneraciones a estos derechos, así como la de reparación de las víctimas y sus familiares, conlleva a su violación.[80] Así, estas obligaciones no sólo implican que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente o que no sufra violaciones a su derecho a la integridad personal (obligación negativa), sino que además requieren la adopción de las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida e integridad personal (obligación positiva).[81]

El derecho internacional de los derechos humanos es flexible para considerar situaciones de gran urgencia o gravedad (por ejemplo, terrorismo o crimen organizado), al tiempo que afirma la necesidad de cumplir con las obligaciones positivas del Estado en este contexto. Así lo reconoce la Comisión Africana de Derechos Humanos en su Observación General sobre el derecho a la vida:

> …la delincuencia organizada y el terrorismo pueden representar amenazas importantes para el disfrute del derecho a la vida y requieren una respuesta sólida del Estado, pero que en todo momento tenga en cuenta los requisitos del derecho internacional de los derechos humanos.[82]

La consideración de factores contextuales no puede implicar la abrogación de derechos. El Comité de Derechos Humanos, en relación con el respeto del derecho a la vida en el contexto de la operación de los cuerpos encargados de hacer cumplir la ley y la regulación del uso de la fuerza, observó que ésta debe ser: *1)* estrictamente necesaria en función de la amenaza que representa el atacante, *2)* debe ser un último recurso, *3)* debe ser la estrictamente proporcional, *4)* debe ser exactamente dirigida al atacante, *5)* la amenaza debe implicar muerte o lesión severa inminente.[83]

La violación del derecho a la vida se produce tanto por la privación arbitraria de la vida por parte de actores estatales, tales como las fuerzas de

79 Vido, Sara de, "States Positive Obligations to Eradicate Domestic Violence…", *cit.*

80 CIDH, "Seguridad ciudadana y derechos humanos", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, Washington, D. C., OEA, 31 de diciembre de 2009, p. 108.

81 CoIDH, "Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú", San José, CoIDH, 8 de julio de 2004, p. 129.

82 African Commission on Human and Peoples' Rights, "General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples Rights: The Right to Life (Article 4)", 18 de noviembre de 2015, p. 2.

83 Comité de Derechos Humanos, "Observación general 36...", *cit.*, p. 32.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

seguridad, como por la incapacidad del Estado para ejercer la debida diligencia y tomar medidas razonables para prevenir muertes.[84] El estándar de "debida diligencia" es el punto de referencia para juzgar las acciones estatales para prevenir o responder a los derechos humanos y otras violaciones que se originan en los actos de terceros. Una evaluación de si un Estado ha cumplido con tal estándar dependerá del contenido de la obligación original, así como de los hechos y las circunstancias del caso.[85]

La niñez migrante vive y crece en contextos en los que la inseguridad, la violencia y el delito son una constante en la cotidianidad, y están expuestos de forma continuada a distintos riesgos, que los hacen especialmente vulnerables a sufrir violaciones a todos sus derechos. Por ello, los Estados tienen la obligación de garantizar estándares especiales de protección como consecuencia de su especial situación de vulnerabilidad. Así, cuando el Estado se encuentra en presencia de un niño migrante, además de las obligaciones que se desprenden de los derechos a la vida y a la integridad personal ya señaladas, concurren una serie de obligaciones adicionales como consecuencia de su condición de niños, de migrantes y de las interseccionalidades que se encuentren presentes.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado su preocupación respecto de los niños 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 por las condiciones que se experimentan en esos contextos. Si bien la violencia letal en su contra por agentes estatales y terceros es alarmante, por los elevados números de víctimas mortales entre niños y jóvenes, 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.[86]

Por ello, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de todas las personas bajo su jurisdicción, incluidos los niños migrantes. Ese deber también implica la protección contra la violencia ejercida por grupos armados y el crimen organizado.[87] Por ejemplo, el diseño y la implementación de políticas públicas sobre seguridad ciudadana, planes y programas eficaces de prevención que tengan como objetivo disminuir el riesgo de reproducción de la violencia y el delito y hacer

84 CoIDH, "Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala", San José, CoIDH, 25 de noviembre de 2003, p. 153.

85 Gallagher, Anne T., *International Law and Human Trafficking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 565.

86 CIDH, "Violencia, niñez...", *cit.*, p. 301.

87 *Ibidem*, p. 302.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

efectivos todos los recursos necesarios para perseguir y poner a disposición de los organismos del sistema judicial a los autores de crímenes.[88]

En el caso del derecho a la integridad personal, la Corte Interamericana ha establecido que su violación tiene diversas connotaciones de grado, y abarca desde la tortura hasta otro tipo de tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros).[89] La violación de este derecho también incluye que el Estado incumpla con el deber de investigar sus violaciones con la debida diligencia, como iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa cuando existan indicios de la ocurrencia de tortura, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento.[90]

Cuando se trata de la integridad personal de niños, el Estado tiene la obligación de adoptar una posición de garante, la cual debe estar reforzada por las condiciones especiales de este grupo de personas y por factores endógenos, como la edad, el sexo, el efecto de la tensión y el miedo que se haya experimentado, el estado de salud de la víctima y su madurez.[91] Además, se deben tener presentes los factores exógenos que pueden repercutir en el grado de la tortura o en los tratos crueles, inhumanos y degradantes llevados a cabo en contra de los niños, como el contexto de inseguridad y violencia en el que se encuentran. Todas estas medidas especiales de protección deben estar orientadas por el interés superior de la niñez.[92]

La Corte y la Comisión interamericanas han entendido que, por encontrarse ante personas en desarrollo, en el caso de los niños se aplica un estándar más riguroso para la calificación como tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes o tortura ciertas acciones que atentan contra la integridad física, psíquica o moral de aquéllos.[93] Así, la prohibición contra la tortura es absoluta, y se reconoce como válida sin importar la conducta del sujeto pasivo o su estatus como sospechoso de un delito.[94]

---

88 CIDH, "Seguridad ciudadana...", *cit.*, p. 109.

89 CoIDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", San José, CoIDH, 26 de noviembre de 2010, p. 133.

90 *Ibidem*, 135.

91 CIDH, "Informe No. 33/04. Caso 11.634. Fondo. Jailton Neri da Fonseca. Brasil", 11 de marzo de 2004, p. 64.

92 CoIDH, "Condición Jurídica...", *cit.*, p. 60.

93 CIDH, "Violencia, niñez...", *cit.*, p. 300; CoIDH, "Caso de los Hermanos Gómez...", *cit.*, p. 170.

94 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Bobrov vs. Russia, sentencia (1a sección)", 23 de octubre de 2014, p. 31.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

De acuerdo con el Relator Especial sobre Tortura, las violaciones a la integridad física de niños pueden implicar la participación de éstos como víctimas de trata. Por ello, los protocolos de atención deben tomar en cuenta la edad de los niños y sus necesidades, para evitar la revictimización. Otro grupo de población en riesgo son los jóvenes en detención, a quienes se somete a aislamiento en solitario. En el caso de los niños, la normatividad permite que éstos habiten con sus madres en centros de detención, por virtud de su interés superior y el riesgo psicológico que implica para la madre la separación de sus hijos. Finalmente, se observa un riesgo adicional en conflicto con la ley penal para las niñas que han sido detenidas, en lugar de haberse empleado otras medidas alternativas, pues este hecho implica que no existen medidas con perspectiva de niñez y de género en la administración de justicia.[95]

La explotación contra los niños es una manifestación de violación a la integridad personal. Por ello, el PIDESC establece en su artículo 10.3 un deber de protección especial para los niños:

> Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

En resumen, en materia de niños migrantes, los derechos de provisión y protección son de especial importancia para el cumplimiento de sus derechos a la vida y a la integridad personal. Los derechos de provisión se refieren a la realización de las necesidades básicas, y se traducen en el derecho a gozar del nivel de vida más alto posible, derecho que se relaciona con los derechos a la salud, a la seguridad social y a la educación. Los derechos de protección abarcan los derechos contra la violencia, el abuso, la discriminación y todas las formas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como la protección frente a la explotación y el abuso sexual.

---

95 Consejo de Derechos Humanos, "Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", A/HRC/31/57, Ginebra, ONU, 5 de enero de 2016, pp. 22, 27, 28, 30 y 41.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

2. *Derecho a la educación*

El derecho a la educación está previsto tanto en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), así como en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

La Corte Interamericana ha señalado que los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad y sostenibilidad de la educación básica gratuita a todos los niños presentes en su jurisdicción,[96] y que la educación constituye un pilar fundamental para garantizar a los niños el disfrute de una vida digna, lo que supone la adopción de diversas medidas de protección.[97] Estas medidas adquieren una importancia fundamental, debido a que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, que impactará de una forma u otra en su proyecto de vida.[98]

A partir de su sentencia en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, y basándose en el trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte Interamericana ha desarrollado estándares específicos para garantizar el derecho a la educación que deben ser cumplidos en todos los niveles educativos:[99]

1. *Disponibilidad*. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros el contexto de desarrollo en el que actúan. Por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etcétera; algunos necesitarán bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etcétera.
2. *Accesibilidad*. Se refiere a que las instituciones y los programas de enseñanza deben ser accesibles a todos los niños. La accesibilidad consta de tres dimensiones:

96 CoIDH, "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", San José, CoIDH, 24 de agosto de 2010, p. 211.

97 *Ibidem*, p. 258.

98 CoIDH, "Instituto de Reeducación del Menor...", *cit.*, p. 172.

99 Sociales y Culturales Comité de Derechos Económicos, "Observación General 13, E/C.12/1999/10", Ginebra, ONU, 8 de diciembre de 1999, p. 6.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

a) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos los niños, especialmente a aquellos en mayores condiciones de vulnerabilidad de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos.
b) Accesibilidad material. La educación debe ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).
c) Accesibilidad económica. La educación debe estar al alcance de todos los niños. La enseñanza primaria debe ser gratuita para todos, y se deben implementar gradualmente de manera gratuita la enseñanza secundaria y superior.

3. *Aceptabilidad*. Se relaciona con la forma y el fondo de la educación: comprende los programas de estudio y los métodos pedagógicos, los cuales deben ser aceptables, adecuados culturalmente y de buena calidad para los estudiantes y, cuando proceda, para los padres.
4. *Adaptabilidad*. La educación debe tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de las sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

El principio de igualdad de trato exige a los Estados eliminar toda discriminación contra los niños migrantes en sus sistemas educativos. Por lo tanto, deben evitar la segregación escolar y la aplicación de normas de trato distintas a los hijos de las personas migrantes, y eliminar todas las formas de discriminación contra sus hijos en las aulas. Así, los Estados no deben exigir a los migrantes que presenten un permiso de residencia para inscribir a un hijo, dado que con ello privarían a los niños migrantes en situación irregular de su derecho a la inscripción de su nacimiento y, por ende, de la posibilidad de acceder a la educación, a los servicios de salud, al empleo y a otros derechos.[100] En el caso de los niños no acompañados o separados de su familia, independientemente de su estatuto, se les debe dar pleno acceso a la educación en el país de recepción, y los Estados deberán inscribirlos ante las

[100] Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General no. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares", CMW/C/GC/2, Ginebra, Comité de Trabajadores Migratorios, 28 de agosto de 2013, pp. 76-79.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

autoridades escolares competentes lo antes posible y ayudarlos a que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje.[101]

A pesar de los estándares señalados, los niños migrantes tienen un acceso complicado al derecho a la educación por obstáculos de distinto tipo; por ejemplo, los institucionales, como las legislaciones discriminatorias que no cumplen con los estándares internacionales de derechos humanos que otorgan el derecho a la educación a todos los niños,[102] y los prácticos, como el escaso conocimiento del idioma, lo cual limita el acceso a la educación no sólo a los niños migrantes irregulares, sino a todos los niños migrantes.

Igualmente, la falta de recursos económicos para los gastos extracurriculares representa un obstáculo, ya que las familias irregulares están excluidas de las ayudas económicas para los gastos extra, tales como libros, transporte, etcétera. Las condiciones de vida precarias en las que viven estos niños también tienen efecto en la escolarización: el tener que mudarse no les permite completar todo un año escolar,[103] y los obstáculos sociales, ya que es común que los migrantes irregulares no matriculen a sus hijos en las escuelas por temor a ser detectados por las autoridades y deportados.[104] De hecho, como para matricular a los niños se pide que demuestren su residencia en el distrito escolar,[105] el riesgo continuado de ser detectados y expul-

---

101 Comité de los Derechos del Niño, "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", Observación general 7, CRC/C/GC/7, noviembre de 2005, p. 24.

102 Por ejemplo, en Hungría el derecho a la educación sólo se extiende a los extranjeros que poseen algún tipo de estatus *legal* de solicitantes de asilo, refugiados, personas temporalmente protegidas (refugiados), inmigrantes, inmigrantes estables, menores con permiso de residencia humanitario, pero no acompañados por un tutor, o menores que poseen permiso de residencia junto al de sus padres. Véase la Ley LXXIX de 1993, sobre educación pública, enmendada en 2003, por la Ley 2003/LXI, Preámbulo, artículos 3o., 6o., 110.

103 PICUM, "Los niños indocumentados en Europa. Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración", Bruselas, PICUM, 2008, p. 46.

104 Por ejemplo, en Francia, a principios de 2006, el entonces ministro del interior (Sarközy) envió a la policía a las escuelas para detectar a los padres de familia irregulares que recogían a sus hijos en el colegio. Esto demuestra cómo las políticas de control de la migración irregular pueden, de hecho, eliminar un derecho universal como el acceso a la educación. Sobre este tema, véase el trabajo hecho por *Réseau Éducation Sans Frontières* – RESF ("Red Educación Sin Fronteras"), la cual es una asociación creada por estos sucesos con el fin de proteger el derecho a la educación para los niños migrantes, disponible en: *www.educationsansfrontieres.org*.

105 Esta práctica, si bien puede estar justificada, porque muchas escuelas sólo son responsables de los niños que residen en su propio distrito, representa una violación al derecho a la educación para todos los niños. Pedir un documento a estos niños, aunque no sea el permiso de residencia, sino algún tipo de documentación de identidad que pueda probar la residencia en el distrito es un grave acto de discriminación que los excluye de la posibilidad de inscribirse en la escuela.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

sados hace que estas familias sean muy sensibles a la petición de cualquier documento que pueda comprometer su residencia.[106]

Al negarles el acceso a la educación a los niños migrantes se les niega la posibilidad de integrarse en la sociedad de destino, lo cual se consigue principalmente a través de su incorporación al sistema educativo.[107] Aún más, se les impide que en un futuro puedan acceder a un permiso de residencia regular, ya que algunos países[108] otorgan el permiso a los dieciocho años, tras la permanencia continuada en su territorio durante un número determinado de años y que hayan asistido a un curso escolar de forma regular, entre otras condiciones.

3. *Derecho a la salud*

La Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su artículo 25 que "toda persona tiene derecho a un buen nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". Por otro lado, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales refiere en su artículo 12.1 que "los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha señalado que el derecho a la salud comprende un sistema de protección de la salud que brinde a todas las personas, oportunidades iguales para

106 PICUM, "Los niños indocumentados en Europa...", *cit.*, p. 23.

107 Guimont, A., "Le droit a l'éducation des enfants migrants", Geneve, OACDH, 2007, p. 2, disponible en: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/Droit_leducation_fr.pdf*.

108 Por ejemplo, en Italia, el artículo 32 de la Ley 286/98, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, señala que para obtener el permiso de residencia al cumplir los dieciocho años, el niño debe haber estado en Italia por lo menos durante tres años y haber atendido a un "proceso de integración social" (que incluye escuela y formación profesional) durante dos años. En Francia, hasta noviembre de 2003, los niños migrantes irregulares monitorizados por los servicios de seguridad social tenían derecho a pedir la nacionalidad francesa al cumplir los dieciocho años. Sin embargo, la Ley 2003/1119, del 26 de noviembre de 2003, *Relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* cambió esta situación al señalar en su artículo 15, que los jóvenes extranjeros sólo pueden pedir el permiso de residencia si han estado inscritos en el sistema escolar francés, al menos desde los dieciséis años, y a los dieciocho años prosiguen con sus estudios de educación superior. La Circular Nor/Int/D/04/00006/C, del 20 de enero de 2004, sobre la aplicación de la Ley 2003-1119, explica que el cambio tiene como fin restringir la "inmigración ilegal de menores no acompañados".

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

disfrutar del más alto nivel posible de salud; el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades y la lucha contra ellas; el acceso a medicamentos esenciales; la salud materna infantil y reproductiva; el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos; el acceso a la educación y a la información sobre cuestiones relacionadas con la salud; la participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional.[109]

De acuerdo con el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

> …los Estados parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados parte se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios…

Así, los niños, en cualquier condición en la que se encuentren, tienen el derecho más amplio para acceder a los servicios de salud que presta el Estados, sin importar su raza, identidad de género, preferencia sexual, edad, etcétera; esto es, sin discriminación alguna. Esta atención varía de acuerdo con la edad, ya que los niños requieren una atención específica si se encuentran en su primera o segunda infancia. Los jóvenes necesitan otro tipo de atención, porque se encuentran en una etapa de cambios físicos y emocionales que requiere orientación para tener un desarrollo más equilibrado para cuando entren a la edad adulta. Además, con el fin de obtener una buena calidad de vida, los Estados deben crear un entorno seguro y propicio para llevar a cabo todas las actividades para el desarrollo de los niños.[110]

En este sentido, el artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos de Niño dispone que "los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación…". Y el artículo 34 señala el compromiso de los Estados, de proteger a los niños contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Así, el Estado, debe implementar medidas para que los niños no se vean envueltos en este tipo de conductas comunes

[109] Comité de los Derechos del Niño, "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño", Observación general 4, CRC/GC/2003/4, Ginebra, ONU, julio de 2003.

[110] *Ibidem*, p. 14.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

en los grupos del crimen organizado y que tienen severas consecuencias al causar gran daño físico y psicológico y dejar a la víctima humillada física y emocionalmente.

El Comité de los Derechos del Niño interpreta el derecho a la salud como un derecho inclusivo que también abarca el derecho de los niños de crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que les permitan disfrutar del nivel de salud más alto posible.[111] Así, el derecho a la salud no debe entenderse solamente como un derecho a estar "sano", sino como un derecho que abarca la atención a la salud oportuna y apropiada y los principales factores determinantes de la salud: el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro de alimentos sanos, nutrición, vivienda, condiciones sanas en el trabajo y en el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud sexual y reproductiva.[112] Sin embargo, los niños no siempre logran vivir en un ambiente adecuado y disfrutar de todos los servicios. En ocasiones no pueden acceder a la escuela, a una vivienda digna y a los servicios de salud porque viven en zonas precarias donde las constantes son la violencia y la pobreza.

En el ámbito interamericano, el derecho a la salud se encuentra previsto en el artículo 10 del Pacto de San Salvador. Haciendo una interpretación comprensiva, se puede señalar que este derecho también está incluido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, el cual regula el derecho a la integridad personal, y señala que "toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral", y que nadie debe sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esto es, la Convención traduce el derecho a la salud en el derecho a la integridad personal que tiene cada persona, puesto que la salud abarca varios factores que el ser humano debe tener para considerar que lleva una vida digna tanto física como emocionalmente.

Al respecto, la Corte Interamericana ha reconocido los derechos a la integridad de los migrantes en su calidad de detenidos, aludiendo al derecho a la salud y condenando al Estado por no brindar la atención médica necesaria por enfermedad a las personas detenidas.[113] De igual forma, ha señalado los deberes y la responsabilidad del Estado en asuntos relacionados con personas sometidas a tortura y a tratos crueles durante la detención, así

111 *Ibidem*, p. 2.

112 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", Observación general 14, E/C.12/2000/4, Ginebra, ONU, 11 de agosto de 2000, p. 11.

113 CoIDH, "Caso Tibi vs. Ecuador", San José, CoIDH, 7 de septiembre de 2004.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

como su deber de respetar la vida e integridad de las personas detenidas y de proteger a las personas bajo su custodia.[114]

En materia de niñez, la Corte ha consolidado criterios relacionados con la violación de los derechos a la integridad de niños en centros penitenciarios, y ha señalado la obligación del Estado de brindarles asistencia médica.[115] Ha sostenido que, para salvaguardar los derechos de los niños en detención, especialmente el derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los adultos detenidos y que los centros de detención de niños (infractores o procesados) deben tener personal debidamente capacitado en materia de infancia para el desempeño de su cometido.[116] Además, que están estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro su salud física o mental.[117]

De este modo, los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar a todos los niños, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de la atención primaria básica de la salud, garantizando el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria.[118] No obstante, los niños migrantes encuentran serias dificultades para acceder a una asistencia sanitaria completa en términos de impedimentos burocráticos, falta de información adecuada (para migrantes y médicos) de que al menos tienen derecho a la atención médica de urgencia, problemas para entender el idioma, miedo a ser detectados y deportados, falta de recursos económicos y el poder discrecional del que gozan los médicos para decidir si les otorgan o no la atención.[119] Por estos obstáculos es difícil que los niños migrantes tengan acceso continuo a un médico de cabecera, quedando relegados a las situaciones de emergencia. Por supuesto, el acceso a los servicios dental, oftalmológico, psiquiátrico y de otras especialidades queda fuera de su alcance en la mayoría de los casos.

---

114 CoIDH, "Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia", San José, CoIDH, 12 de septiembre de 2005.

115 CoIDH, "Instituto de Reeducación...", *cit.*

116 CoIDH, "Caso Bulacio vs. Argentina", San José, CoIDH, 18 de septiembre de 2003, p. 136.

117 CoIDH, "Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el «Complexo do Tatuapé» da FEBEM respecto Brasil", San José, CoIDH, 30 de noviembre de 2005, p. 13.

118 Comité de los Derechos del Niño, "La salud y el desarrollo de los adolescentes...", *cit.*, p. 38.

119 PICUM, "Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa", Bruselas, PICUM, 2007.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

La protección otorgada a los niños migrantes varía dependiendo del país del que se hable, si bien en la práctica existen ciertos patrones. Algunos países conforman su práctica y legislación en materia de salud a los estándares internacionales que otorgan este derecho a todos los niños sin discriminación alguna.[120] Otros países[121] distinguen entre niños migrantes irregulares no acompañados y acompañados por sus padres: los no acompañados tienen un estatus igual a los niños nacionales, mientras que los acompañados por sus padres sólo tienen acceso a la asistencia sanitaria esencial, al igual que sus padres.[122] Esto contraría los estándares internacionales en la materia, puesto que si bien es importante reconocer la vulnerabilidad de los niños no acompañados, aquellos que sí lo están también se encuentran en una situación delicada y deben tener derecho a la asistencia sanitaria completa.

120 El caso de España es ejemplar: el acceso al sistema de urgencias está garantizado y es gratuito para todos los extranjeros presentes en el país que se enfermen gravemente o tengan accidentes, para toda la duración de los tratamientos. En cuanto al acceso a la asistencia sanitaria y a los medicamentos, los niños y las mujeres embarazadas pueden acceder al sistema nacional español de asistencia sanitaria gratuitamente en las mismas condiciones que los nacionales. El resto de migrantes irregulares sólo goza de este derecho si está registrado en el padrón de su localidad. Véase el artículo 12.3 de la Ley 4/2000, del 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE* núm. 10, del 12 de enero).

121 En Italia, a los niños no acompañados se les garantiza un permiso de residencia y de protección social que les permite registrarse en el sistema sanitario nacional. Sin embargo, esto no se concede a los niños irregulares acompañados, por lo que están sujetos a las mismas leyes que los adultos, y sólo tienen derecho a los tratamientos de urgencia o esenciales (STP). Al respecto, véanse los artículos 34 y 35 de la Ley de Inmigración 286/98 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

122 En Bélgica, los niños no acompañados, independientemente de su estatus, se pueden inscribir al sistema de seguro sanitario, al igual que los niños nacionales, pero deben haber asistido a una escuela primaria o secundaria por tres meses consecutivos. Al respecto, véanse *Loi portant dispositions diverses en matière de santé* (13/12/2006) y la circular OA 2008/198 (9/05/2008). Sin embargo, los niños irregulares acompañados sólo pueden acceder a la asistencia sanitaria básica, salvo que estén alojados junto con sus familias en centros de acogida para solicitantes de asilo. Véase el Real Decreto del 12 de diciembre de 1996, concerniente a la asistencia médica de urgencia proporcionada por el Centro de Bienestar Social (SWA) para los extranjeros que residen irregularmente.

En Francia existe un sistema llamado "Ayuda Médica del Estado" (Aide Médicale de l'Etat-AME), el cual permite a los migrantes irregulares, y a los que están a su cargo, acceder a la asistencia pública subvencionada si se respetan determinadas condiciones, como el llevar viviendo en el país tres meses. Los niños irregulares no acompañados tienen acceso a la asistencia sanitaria completa en el marco de la Ley de Cobertura Sanitaria Universal (CMU), siempre que la Ayuda Social para la Infancia (*Aide Sociale d'Enfance* - ASE) se encargue de ellos. Al respecto, véase el artículo 3o. de la Ley de cobertura sanitaria universal (*Loi n°99-641 du 27 juillet 1999. Loi portant la création d'une couverture maladie universelle, Journal Offi ciel de la République Française of 28 juillet 1999*).

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Hay países[123] en los que la legislación no prohíbe ni permite el acceso completo a la asistencia sanitaria de los niños migrantes irregulares, dejando el asunto a la discrecionalidad del médico de cabecera.[124] En otros Estados no se establece ningún cuidado especial para los niños migrantes irregulares, por lo que se les brinda la misma atención que a los adultos que son migrantes irregulares.[125] Por último, están los países[126] en los que toda la asistencia sanitaria (incluso los cuidados de urgencia) es de pago, y los tratamientos suelen ser inaccesibles para los migrantes irregulares.[127] Por ello, sólo acuden a los hospitales en casos muy graves, y quedan a deber recibos médicos muy altos, lo cual tiene consecuencias para aquellos que llegan a regularizar su situación: obtienen el permiso más una deuda que puede durar toda su vida.

---

123 En Reino Unido, los hijos de migrantes irregulares tienen derecho a la asistencia sanitaria gratuita cuando sea "urgente" e "inmediatamente necesaria", siendo sus padres o tutores responsables de los gastos de los tratamientos secundarios. Los tratamientos para los niños no acompañados también son "cobrables": se entregará una factura a la persona que acompaña al niño y "se enviarán copias a sus padres". Desde 2007 entró en vigor una nueva reglamentación que señala que los médicos de cabecera pueden decidir discrecionalmente si registran a grupos excluidos legalmente como pacientes del NHS. Véanse Instrumento Legislativo 2004, 614' (SI614), del Departamento de Salud; *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) (Amendment) Regulations 2004*, marzo de 2004; y Medact, *Proposals to Exclude Overseas Visitors from Eligibility to Free NHS Primary Medical Services: Impact on Vulnerable Migrant Groups*, 2004.

124 En los Países Bajos, la Ley de Conexión de 1998 establece que los migrantes irregulares sólo pueden recibir los "tratamientos que son médicamente necesarios". En principio, ellos deben pagar el costo del tratamiento médico, pero si no pueden pagarlo, será cubierto por un fondo especial llamado "Koppelingsfonds", que rembolsa directamente al proveedor de asistencia sanitaria, pero nunca al paciente. La ley hace una distinción específica en el caso de las mujeres embarazadas y sus hijos: "todo tipo de tratamiento se considera necesario si es antes o después del nacimiento y si se encuentra relacionado a los tratamientos preventivos y vacunaciones del niño". Además, en 2007 se publicó un informe oficial en que se establecen los criterios para los tratamientos médicamente necesarios para los migrantes irregulares. Véase la ley del 26 de marzo de 1998, Koppelingswet.

125 En Hungría, los migrantes irregulares no tienen acceso a ningún tipo de asistencia sanitaria pública reembolsada, salvo el cuidado de urgencia que siempre es gratuito. Para los niños irregulares no hay ninguna disposición específica, por lo que siguen la suerte de los adultos. Hungarian Ministry of Human Capacities and WHO, "Hungary: Assessing Health-System Capacity to Manage Sudden, Large Influxes of Migrants", Copenhagen, WHO, 2016.

126 Por ejemplo, en Austria, véase la ley *Bundesgesetz über Krankenanstalten- und Kuranstalten (KAKuG) BGBI*. Nr. 1/1957, secciones 22 y 23.

127 Si bien hay atención médica sin costo para enfermedades como tuberculosis, véase Tuberkulosegesetz, BGBl Nr. 127/1968, secciones 2 y 10.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

4. *Derecho a la libertad personal y seguridad de las personas*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) dispone en su artículo 3o. que "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Esto es, vida, libertad y seguridad están intrínsecamente relacionados: para poder vivir, las personas necesitan tener la libertad de realizar lo que deseen, y también la seguridad para hacerla efectiva, sin que menoscaben otros derechos. Para ejercer este derecho, las personas tienen que sujetarse a las limitaciones establecidas por la ley para asegurar este mismo derecho a las demás personas, según dispone el artículo 29 de la propia DUDH.

Este derecho también está previsto en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala: "todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". A nivel interamericano, el artículo 7o. de la Convención Americana prevé este derecho con una serie de garantías que lo protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), el derecho de conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), el derecho al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), el derecho a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y el derecho a no ser detenido por deudas (artículo 7.7).[128]

En materia de niños, la Convención sobre los Derechos del Niño señala en su artículo 37 que los Estados parte velarán por que:

> a) 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.
>
> b) 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.
>
> c) Todo niño privado de 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,

[128] CoIDH, "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador", San José, CoIDH, 21 de noviembre de 2007, p. 51.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

todo niño privado de 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 familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) 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.

Para cumplir con este artículo, los Estados deben, de acuerdo con el Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de la UNICEF de 2004:[129]

En materia de tortura:

— Definir y prohibir en la legislación la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes para todos los niños sujetos a la jurisdicción del Estado.
— Excluir cualquier excepción al artículo 37 de la CDN, cualesquiera que sean las circunstancias.
— Prohibir la pena capital en la legislación para delitos cometidos por niños.
— Excluir la cadena perpetua sin posibilidad de excarcelación para niños.
— Excluir para niños las penas por un periodo indefinido o indeterminado, cualesquiera que sean las circunstancias.
— Prohibir en la legislación toda forma de castigo corporal para niños: como pena pronunciada por un tribunal o como sanción en instituciones penales, como castigo en escuelas, como castigo en cualquier otra forma de cuidado alternativo y como castigo dentro de la familia.
— Prohibir el confinamiento solitario de niños bajo cualquier circunstancia.
— Promover campañas de concienciación e información para proteger a los niños contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En materia de detenciones:

129 UNICEF, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, UNICEF, 2004, pp. 599 y ss.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

— Brindar trato como niño a toda persona menor de dieciocho años en el sistema de justicia.
— Garantizar en la legislación, en la política y en la práctica que la detención de niños se realice sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.
— Establecer una edad por debajo de la cual los niños no puedan ser detenidos y encarcelados con anterioridad a la detención por parte de la policía u otras autoridades.

En materia de privación de la libertad tras la detención:

— Definir en la legislación un periodo máximo de encarcelamiento para los niños tras la detención.
— Fijar una edad mínima por debajo de la cual no se puede encarcelar a los niños tras su detención y antes de la audiencia.
— Asegurar en la legislación que cualquier encarcelamiento de niños tras su detención se realice sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.

En materia de privación de la libertad previa al juicio:

— Asegurar que todo encarcelamiento de un niño pendiente de juicio sea realizado sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.
— Fijar una edad mínima por debajo de la cual no se puede privar de la libertad a niños pendientes de juicio.
— Asegurar en la legislación la separación de los niños pendientes de juicio de aquellos que cumplen condena.
— Disponer de medidas alternativas para evitar la privación de libertad previa al juicio, siempre que sea posible.

En materia de privación de la libertad como sentencia de los tribunales:

— Fijar una edad mínima por debajo de la cual no se puede imponer una sentencia de prisión a niños.
— Excluir por debajo de esa edad mínima cualquier otra disposición que autorice restringir la libertad de los niños de quienes se alegue que han cometido determinados delitos o a quienes se acuse o declare culpables de haberlos cometido.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

— Establecer garantías para asegurar que las sentencias de prisión o las sentencias que impliquen una privación de libertad para los niños se realicen sólo como medida de último recurso.

En materia de restricción de libertad distinta de la restricción derivada de una pena pronunciada por un tribunal:

— Armonizar con el artículo 37 y otros relativos de la Convención cualquier otra legislación que permita la restricción de la libertad de niños, en todos los casos en que esta restricción se pueda producir: en el sistema de justicia penal de niños, en el sistema de protección social, en el sistema educativo, en el sistema sanitario (incluido el de salud mental), en relación con la solicitud de asilo y la inmigración, en cualquier otra circunstancia, sea cual fuere.
— En cada caso, la legislación debe definir una edad mínima por debajo de la cual no se puede restringir la libertad de ningún niño.
— Asegurar en la legislación que toda privación de libertad fuera del sistema penal se realice sólo como medida de último recurso, durante el periodo más breve que proceda y no por un periodo indeterminado.
— Establecer garantías para que no se restrinja la libertad de niños en circunstancias no establecidas en la legislación.
— Evitar la detención arbitraria de niños en instituciones y servicios del Estado y otros servicios e instituciones.
— Limitar legalmente la privación de la libertad de niños por parte de sus padres, tutores, familias de acogida y otros.

En materia de condiciones de encarcelamiento:

— Incorporar en la legislación las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de niños privados de libertad.
— Establecer una inspección y vigilancia eficaces en todas las instituciones en que se puede privar de libertad a los niños.
— Definir legalmente el derecho de los niños privados de su libertad a una revisión periodica de su situación y tratamiento.
— Registrar y documentar los detalles de cualquier restricción a la libertad de niños.
— Disponer de datos desglosados acerca de los niños privados de su libertad.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

— Garantizar el acceso de todos los niños privados de libertad a procedimientos de denuncia efectivos relacionados con todos los aspectos de su tratamiento.

Todos los niños deberían tener garantizada su seguridad dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona.[130] Deberían poder vivir en un ambiente adecuado, tranquilo y libre de toda violencia y desarrollarse en sus comunidades de origen sin perturbaciones en su vida. Sin embargo, los niños en contextos de movilidad ven afectados sus derechos a la libertad y seguridad de forma sustancial. Desde sus países de origen, al igual que en los países de tránsito, los secuestros a cambio de dinero y la tortura y malos tratos por parte de miembros del crimen organizado para que se unan a sus filas son comunes. Además, al moverse en un ámbito de conflicto con la ley corren el riesgo de sufrir de extorsiones y violaciones a sus derechos por parte de agentes del Estado a través de lesiones, detenciones ilegales o arbitrarias, e incluso desapariciones forzadas.[131]

De hecho, aun cuando no se practiquen detenciones arbitrarias sino basadas en otros motivos lícitos (por ejemplo, por verificación migratoria cuando los niños se han desplazado a otro país), son comunes los malos tratos por parte de agentes del Estado.[132] De ese modo, la libertad y seguridad personal de los niños son vulneradas, lo que hace que vivan en una constante de inseguridad e inestabilidad, que a través del paso del tiempo los afecta de manera determinante en su desarrollo.

5. *Derecho a la libertad de circulación y residencia*

El artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos regula la libertad de circulación en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

130 CoIDH, "Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", San José, CoIDH, 30 de mayo de 1999, p. 89.

131 CoIDH, "Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", p. 332.

132 Comité de Derechos Humanos, "Observación General 35, artículo 9o., libertad y seguridad personal", Ginebra, ONU, 16 de diciembre de 2014, p. 9.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Esto es, se reconoce el derecho de todas las personas de circular con libertad y elegir su residencia y de salir de cualquier país. No obstante, no se reconoce el derecho de migrar.

Por otro lado, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone en su artículo 12 que:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

El artículo 12.2 del PIDCP muestra el carácter asimétrico de la libertad de circulación, ya que al mismo tiempo que reconoce un aspecto de la libertad de circulación entre Estados (al menos en lo que se refiere al derecho a salir libremente de cualquier país) guarda silencio respecto a cualquier obligación de los Estados de otorgar acceso a sus territorios a extranjeros (como tradicionalmente ha estado establecido en el derecho internacional). De modo similar, el artículo 12.4 establece que "nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país". Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que esta prohibición implícita de una persona extranjera de entrar a otro país que no sea el de su nacionalidad está sujeta a una excepción para quienes son residentes de larga duración.[133]

De igual forma, el artículo 12.1, al ligar expresamente la libertad general de circulación con un estatus migratorio legal, establece la base para una jerarquía de los derechos otorgados a las personas con base en su condición migratoria, la cual se extiende a otros derechos relacionados con la presencia en un país extranjero; por ejemplo, a las protecciones en caso de expulsión.[134] Las personas migrantes irregulares no son inmunes a las penalidades

[133] Comité de Derechos Humanos, "Artículo 12. La libertad de circulación, Observación General 27, HRI/GEN/1/Rev.7", Ginebra, ONU, 1999, p. 20.

[134] El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiera entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiera regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12. Por lo que todas

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

por estar presentes de modo irregular en el territorio de un Estado extranjero, a diferencia de lo que, *en teoría*, pasaría con las personas solicitantes de asilo.[135] Por ello, ha sido señalado que esta jerarquía de protección, que otorga privilegios solamente sobre la base del estatus migratorio regular/legal, está en contra de las políticas nacionales progresistas que otorgan derechos no sobre la base del estatus migratorio, sino por las acciones ganadas por virtud de su presencia en el territorio de un Estado.[136]

Esta lógica prevalece aún en las disposiciones más básicas del PIDCP. El artículo 26, que prohíbe la discriminación sobre la base del origen nacional o social o 'cualquier otra condición social', no especifica su prohibición sobre la base de ser ciudadano o extranjero o el estatus migratorio. En un esfuerzo por resolver esta incertidumbre, el Comité de Derechos Humanos ha concluido que la mayoría de disposiciones del Pacto generalmente tienen aplicación a todas las personas en el territorio de un Estado, incluidos los extranjeros que no se encuentren en un estatus regular.[137] Sin embargo, también ha concluido que "no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto".[138]

Aún más, la regulación del mercado de trabajo, la seguridad nacional, el orden público y la salud y seguridad pública han sido considerados como razones legítimas para restringir los derechos de las personas extranjeras.[139] Como resultado, algunas prácticas estatales que tienen un impacto desproporcionado sobre los derechos de las personas extranjeras no serán discriminatorias si se prueba que el estatus migratorio es un aspecto relevante del trato. En el mismo sentido, algunas prácticas estatales no serán consideradas arbitrarias si están dirigidas exclusivamente contra las personas migrantes. Por ejemplo, la prohibición contenida en el artículo 9.1 del PIDCP contra

---

las restricciones a sus derechos garantizados por los párrafos 1 y 2 del artículo 12, así como todo trato diferente del dado a los nacionales, deberán justificarse en virtud de las normas establecidas en el párrafo 3 del artículo 12. Comité de Derechos Humanos, "Artículo 12...", *cit.*, p. 4.

135 Véase el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951.

136 Martin, Susan, "The Legal and Normative Framework of International Migration, Global Commission on International Migration, Paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme", Geneve, GCIM, 2005, p. 9.

137 Comité de Derechos Humanos, "La situación de los extranjeros...", *cit.*, p. 2.

138 Comité de Derechos Humanos, "Observación general 18. No discriminación", HRI/GEN/1/Rev.7, Ginebra, ONU, 10 de noviembre de 1989, p. 13.

139 Guiraudon, Virginie y Lahav, Gallya, "A Reappraisal of the State Sovereignity Debate: The Case of Migrant Control", *Comparative Political Studies 133*, 2000, p. 168.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

el arresto y detención arbitrarios no puede ser leída como una prohibición de todas las detenciones de las personas migrantes irregulares.

A nivel interamericano, el artículo 22.1 de la Convención Americana señala: "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él, con sujeción a las disposiciones legales". Como ha manifestado el Comité de Derechos Humanos, con criterios aceptados por la Corte Interamericana, este componente del derecho de circulación y residencia implica la posibilidad de trasladarse libremente de un lugar a otro y establecerse en el lugar de su elección, sin que la persona deba indicar un motivo en particular para circular o permanecer en un sitio específico.[140] Sin embargo, ese componente del derecho no es una garantía universal establecida para todas las personas, sino únicamente para aquellas que se hallen legalmente en el Estado.

Las restricciones a la libertad de circular en el territorio de un Estado y escoger libremente el lugar de residencia no se reducen a aquellas que se fundan en una decisión directa adoptada por las autoridades estatales. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las restricciones a este derecho también pueden darse *de facto,* lo cual ocurre cuando las personas se ven obligadas a *abandonar su lugar de residencia* por una *situación de inseguridad o violencia.* En tales casos, a pesar de que no existe ninguna disposición legal o administrativa que impida a las personas fijar su residencia en el lugar de su elección o circular libremente, el derecho en cuestión es vulnerado ante la ausencia de garantías para transitar y residir libremente en el territorio de un Estado.

En palabras de la Corte Interamericana, "el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones *de facto* si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo".[141] La Corte ha determinado en varias ocasiones que las restricciones *de facto* constituyen una vulneración al derecho a la libertad de circulación y residencia.[142] Y ha señalado que el derecho de circular y residir libremente en el territorio de un Estado "protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado Parte".[143] De conformidad con este criterio y los

---

140 Comité de Derechos Humanos, "Observación general 27, Libertad de circulación (artículo 12)", CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, Ginebra, ONU, 2 de noviembre de 1999, p. 115.

141 CoIDH, "Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia", San José, CoIDH, 27 de noviembre de 2008, p. 139.

142 CoIDH, "Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam", San José, CoIDH, 15 de junio de 2005.

143 CoIDH, "Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia", San José, CoIDH, 15 de septiembre de 2005, p. 188.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas de 1998, ha fijado el sentido y alcance del artículo 22 en relación con las situaciones de desplazamiento forzado interno.[144]

Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos definen a los desplazados internos como

> …las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos..., y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (párr. 2).

Los Principios señalan que la condición de desplazamiento forzado no sólo vulnera el derecho a la libertad de circulación, sino muchos otros derechos humanos, y obligan a los Estados a prevenir el desplazamiento forzado, brindar asistencia y garantizar el retorno o la reubicación e indemnización de las víctimas en caso de que aquél tenga lugar. El caso de los desplazados internos, pone en evidencia que la protección del derecho a la libertad de circulación y residencia se encuentra ligada a la efectividad de otros derechos humanos, y constituye una condición indispensable para la garantía de una vida digna.

En los países de origen, las libertades de residencia y circulación de los niños se ven vulneradas por las condiciones de violencia e inseguridad imperantes en la región en la que viven, por las prohibiciones impuestas por los grupos criminales, y también por las restricciones establecidas por las autoridades a los niños, usualmente a partir de determinada hora, si no están acompañados de un adulto. Bajo este contexto, algunos niños deciden trasladarse a otro lugar para mejorar sus condiciones de vida, seguridad y protección, ya sea dentro del mismo territorio del Estado o a otro país. En otros casos, no tienen poder de decisión: el crimen organizado no les permite desplazarse y los obliga a permanecer y trabajar en actos delictivos.[145]

El derecho a la libertad de residencia y circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona.[146] Por ello, si no gozan de la seguridad en el lugar donde viven dado el contexto de violencia, no pueden hacer lo que deseen para desarrollar su vida de manera libre en

144 CoIDH, "Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia", San José, CoIDH, 1o. de julio de 2005, p. 209.

145 CIDH, "Violencia, niñez...", *cit.*, p. 332.

146 CoIDH, "Caso Familia Barrios vs. Venezuela", San José, CoIDH, 24 de noviembre de 2011, p. 162.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

su comunidad, y, por consiguiente, no pueden gozar de libertad. En Latinoamérica, especialmente en Centroamérica, el legado de los conflictos armados y gobiernos autoritarios, la alta desigualdad de los ingresos, los altos niveles de impunidad, la existencia del crimen organizado y el tráfico de drogas generan un clima de violencia generalizada. De hecho, el incremento de los homicidios en los últimos años se encuentra asociado con las actividades ilícitas que llevan a cabo grupos del crimen organizado, quienes suelen estar involucrados en tráfico de drogas, pero también en actividades de tráfico ilícito de personas migrantes y trata de personas.[147]

Todo lo anterior lleva a las personas a desplazarse de manera forzada para resguardar su vida, su seguridad y su libertad, aunque el migrar no sea un derecho reconocido por los Estados.[148] Los niños son las principales víctimas en esos desplazamientos forzados, que se realizan muchas veces al margen de la ley. Al ser traficados por criminales, aquéllos corren el riesgo de ser explotados sexual y laboralmente.[149] También en el país de destino sufren malos tratos, no sólo de los grupos delictivos, sino también de las propias autoridades migratorias, quienes los detienen por su situación migratoria irregular,[150] aunque esta práctica exceda el requisito de necesidad, ya que no resultan absolutamente indispensables para asegurar su comparecencia en el proceso migratorio. Al respecto, la CoIDH ha señalado que la privación de la libertad de un niño en situación irregular decretada por esta única circunstancia es arbitraria.[151]

6. *Derecho a la vida familiar*

El derecho a la vida familiar se reconoce ampliamente a todas las personas en los tratados internacionales de derechos humanos: en el artículo 16

147 CIDH, "Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México", Washington, D. C., CIDH, 2013, p. 75.

148 CoIDH, "Opinión Consultiva OC-18, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003.

149 CIDH, "Violencia, niñez...", *cit.*, p. 153.

150 Ceriani Cernadas, P., "Niñez detenida: los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez", México-Buenos Aires, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A. C., Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, p. 2012.

151 CoIDH, "Cuadernillo de jurisprudencia número 5, niños, niñas y adolescentes", San José, CoIDH, 2018, p. 154.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el artículo 16 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; en el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias; en los artículos 8o., 9o., 10 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el artículo 16 del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos sociales y culturales, entre otros.

No obstante, este derecho puede verse afectado de manera severa en los contextos de movilidad. En muchos casos, la migración implica la separación temporal para las familias: los padres migran solos, y dejan a sus hijos en el país de origen. Del mismo modo, cada vez más los niños migran sin compañía, dejando atrás a sus padres en el lugar de origen o en busca de uno o ambos en el país de destino.

El derecho a la vida familiar garantiza la unidad de la familia como mejor medida de protección y desarrollo de los niños. En este sentido, el debido respeto de este derecho en el contexto de las políticas migratorias es vital para la protección de los derechos de los niños. Este derecho supone una serie de obligaciones positivas y negativas para los Estados. Por un lado, la adopción de medidas específicas para garantizar y promover este derecho, y por otro, la abstención de incurrir en actos y decisiones que obstaculicen e interfieran ilegalmente en la vida familiar. En el contexto de la migración, esto implica que los países se abstengan de tomar medidas que violan los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. La Corte Interamericana ha señalado que los Estados tienen la obligación de favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, ya que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, y el derecho de ésta a la protección estatal "constituye un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos".[152]

Las decisiones que adoptan los países en relación con el ingreso, la permanencia o la salida de migrantes pueden tener un impacto determinante en la unidad o separación de la familia. De este modo, la resolución de una solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la decisión sobre una eventual expulsión del territorio

152 CoIDH, "Condición Jurídica y Derechos...", *cit.*, p. 66.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

de un niño, de sus padres o de los adultos responsables del cuidado pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar. Por ello, el derecho a la vida familiar debe influir las decisiones de control migratorio del Estado y el ingreso o residencia de los extranjeros por vínculo de familiares y por reagrupación familiar.

Al respecto, la Corte Interamericana ha manifestado que

> …el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior.[153]

El derecho a la vida familiar no es absoluto. La Corte Interamericana reconoce que este derecho *per se* no supera la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de uno o ambos progenitores.[154] De hecho, la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores:

> …los Estados deben velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (artículo 9o.).

Siguiendo lo anterior, no sería admisible que un Estado separe a un niño de sus padres a raíz de la irregularidad migratoria de éstos. Esto, en virtud de que no constituye la mejor medida para la protección del niño y su interés superior, y pone en duda criterios de acceso a la nacionalidad, como es el *ius soli* a partir de la posible residencia estable de los padres. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar un caso de expulsión de una madre por encontrarse en situación irregular al momento de su nacimiento de su hija, ha señalado que el interés económico del país

153 CoIDH, "Derechos y garantías de las niñas y los niños...", *cit.*, p. 274.
154 *Idem*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

y su política migratoria no deben estar por encima del interés superior de los niños.[155]

Las políticas migratorias deben contener una visión de protección de la unidad familiar, de manera que todos los niños deben poder mantener contacto con sus padres y con su familia. El Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes ha señalado la necesidad de proteger la unidad de la familia:

> Los Estados parte deben adoptar medidas apropiadas para proteger la unidad de la familia del trabajador doméstico migratorio que se encuentre en situación regular (artículo 44, parr. 1). En particular, los trabajadores domésticos migratorios deben tener oportunidades razonables de mantenerse en contacto con sus familias y gozar de la movilidad correspondiente, incluida la posibilidad de comunicarse con la familia que permanece en el país de origen, de viajar para participar en acontecimientos familiares ineludibles como son los entierros y, especialmente en el caso de los migrantes ausentes durante largos periodos, de visitar a sus cónyuges e hijos en otros países. Los Estados parte deben velar por que los niños separados de uno o ambos progenitores puedan mantener contactos directos con ellos de forma periódica.[156]

A nivel europeo, diversas directivas reconocen el derecho a la unidad familiar. La Directiva 2003/86/CE[157] de Reagrupación Familiar, del 22 de septiembre de 2003, señala que los Estados miembros autorizarán la entrada y residencia del cónyuge del reagrupante y los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos (artículo 4o.). La Directiva 2008/115/CE[158] de Retorno de Migrantes Irregulares, del 16 de diciembre de 2008, también contempla el mantenimiento de la unidad familiar (considerando 22 y artículo 5o.). Y la Directiva 2011/95/UE[159]

155 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Rodríguez da Silva vs. Holanda, Demanda núm. 50435/99", Estrasburgo, TEDH, 31 de enero de 2006.

156 Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Trabajadores domésticos migratorios, Observación general núm. 1", Ginebra, ONU, 23 de febrero 2011, p. 54.

157 Directiva 2003/86/CE del Consejo, del 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

158 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

159 Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

de Cualificación, del 13 del diciembre de 2011, establece que los niños no acompañados serán acomodados, preferentemente, con sus parientes adultos, y que, en la medida de lo posible, se mantendrá juntos a los hermanos (artículo 31). También indica que en caso de que se conceda protección internacional a un niño no acompañado y no se haya iniciado la búsqueda de los miembros de su familia, los Estados empezarán a buscarlos lo antes posible atendiendo al mismo tiempo al interés superior de la niñez.

La necesidad de la reunificación familiar de los niños no acompañados ha sido establecida por el Comité de Derechos del Niño:

> El objetivo final de regular la situación de los menores no acompañados o separados de su familia es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del menor y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor no acompañado o separado de su familia. Los intentos de hallar soluciones duraderas para los menores no acompañados o separados comenzarán y se pondrán en práctica sin dilación y, de ser posible, inmediatamente después de que se determine que se trata de un menor no acompañado o separado de su familia. De acuerdo con un criterio basado en los derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar.[160]

Los tribunales constitucionales también han señalado la necesidad de que la separación de un niño de su grupo familiar sea una medida excepcional y que se respete el interés superior de la niñez, aun en caso de la falta de recursos materiales de los padres. En este sentido, el Tribunal Constitucional de Argentina, en el contexto de la falta de recursos de los padres, ha señalado que "en modo alguno puede la separación del niño de su grupo familiar sustentarse o tener por causa la falta o carencia de recursos materiales de los padres".[161]

El Tribunal Constitucional de Chile ha reconocido que es obligación del Estado la protección de la unidad familiar y de los derechos del niño:

> …para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares de la amparada..., cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando a su pareja como a sus tres hijos, tanto por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a los niños de uno de sus progenitores con la consecuen-

160 Comité de los Derechos del Niño, "Trato de los menores no acompañados...", *cit.*, p. 79.

161 Corte Suprema Argentina, "Antinao, Celia c/Di Cristófaro, Marcelo Ariel Dapueto, Gabriela Noemí s/incidente de restitución en autos: «Antinao, J. A. s/ sumario», 501/2003", Buenos Aires, CSA, 2003.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

> te merma de su pleno desarrollo emocional y social, como por la eventual interrupción de su etapa escolar, considerando que los dos mayores cursan sus estudios de enseñanza básica, y el menor se encuentra próximo a hacer su ingreso a la educación formal. Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de la familia en este país que torna la decisión de expulsión en desproporcionada y por ello arbitrario al afectar lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño que, entre otros, en su artículo 3o. obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño, y en su artículo 9o. compele a los Estados Partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.[162]

7. *Derecho de buscar y recibir asilo*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 14.1 que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país". El derecho de buscar y recibir asilo además está previsto en los artículos 6o. y 7o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 3o. de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y en los artículos 2o. y 3o. del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el principal tratado en la materia, no prevé tal cual el derecho al asilo,[163] pero sí consagra el principio de *non-refoulement* o de no devolución, que es la piedra angular del derecho internacional de los refugiados. Bajo este principio,

---

162 Corte Suprema de Chile, Fallo: 5276-2015, Santiago, CSC, 23 de abril de 2015.

163 En caso de necesidad de protección internacional, las personas no pueden reclamar de los Estados un "derecho al asilo" *per se*, pues este derecho no ha sido reconocido en ningún instrumento internacional en esos términos. Este derecho está supeditado a que las personas con necesidades de protección internacional accedan y sigan los procedimientos nacionales para la determinación de la condición de refugiado y, en caso de tener éxito o pasar por los procesos de filtrado establecidos para tal efecto, obtengan el estatuto de refugiado. Ortega Velázquez, Elisa, *El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, p. 48.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

consagrado en el artículo 33.1 de la Covención de 1951, "1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".

De este modo, los Estados están obligados a no trasladar a ninguna persona a otro país si en esto existiera un riesgo de que ésta pueda sufrir violaciones graves de sus derechos humanos, en particular la violación del derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que el derecho de buscar y recibir asilo y a no ser devuelto en esas circunstancias garantiza que el solicitante de asilo sea oído por el Estado con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio, en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado, o en su caso, que puedan derivar de la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado.[164]

El principio de no devolución es un punto de conjunción entre los derechos de los niños migrantes y de los refugiados, conjunción que se observa en la ampliación de la categoría de refugiado a las personas que han huido de sus países porque su vida, su seguridad o su libertad han sido amenazadas, según la Declaración de Cartagena de 1984 (conclusión tercera); en el desarrollo de la Corte Interamericana en el caso Pacheco Tineo respecto a considerar otorgar dicha condición a cualquier extranjero que alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución,[165] y en su Opinión Consultiva 21/2014, que consolida el principio de no devolución a favor de los niños migrantes:

> En conclusión, una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución... lleva a esta Corte a afirmar la vigencia del muy consolidado principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.[166]

---

164 CoIDH, "Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2013, p. 155.

165 *Ibidem*, pp. 136 y 137.

166 CoIDH, "Derechos y garantías de las niñas y los niños...", *cit.*, p. 242.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

De este modo, la obligación del Estado de no regresar al Estado de origen a aquella persona que sufre persecución y corre peligro en su vida atraviesa la situacion de los niños migrantes, quienes también pueden tener necesidades de protección internacional. Por ello, los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir a un niño cuya vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos.[167]

El Comité de los Derechos del Niño ha efectuado un extenso análisis sobre la relevancia del respeto del principio de no devolución para los niños migrantes no acompañados. La violación de este principio acarrea graves consecuencias para los niños e indica la ausencia de un procedimiento de determinación del interés superior de la niñez en el país expulsor, o, en caso de existir, la presencia de serias deficiencias en su formulación o aplicación. Por ello, el Comité ha destacado la relevancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el peligro que supone una medida de devolución.

Esta medida debe valorar no sólo el riesgo sobre la libertad, la integridad física o la vida del niño, sino además debe considerar sus condiciones socioeconómicas, como la edad, el género, el tiempo que un niño haya estado fuera de su país de origen, las consecuencias graves que puede tener la devolución para los niños, y la suficiencia (o no) de los servicios alimentarios o sanitarios en el país de origen.[168] Además, los niños deben ser plenamente informados y consultados; así, sus opiniones deben ser tomadas en cuenta, al igual que el tiempo que un niño haya estado fuera de su país de origen y su edad son factores importantes en ese proceso. El Comité es claro al sostener que "los argumentos no fundados en derechos —por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración— no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior".[169]

Así, los niños son titulares del derecho de solicitar y recibir asilo, y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no. El procedimiento de solicitud de protección internacional varía de Es-

167 *Ibidem*, p. 10.

168 Comité de los Derechos del Niño, "Trato de los menores no acompañados...", *cit.*, pp. 27-84.

169 *Ibidem*, p. 86.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

tado a Estado, pero la Corte Interamericana ha establecido obligaciones particulares del Estado receptor para con los niños solicitantes de asilo:[170]

1. Permitir que los niños puedan peticionar el asilo o el estatuto de refugiados, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías de debido proceso;
2. No devolver al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, su libertad, su seguridad o su integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo, y
3. Otorgar la protección internacional cuando el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar.

En el sistema europeo también se han señalado garantías y deberes de protección y respeto para los niños no acompañados que tienen necesidades de protección internacional. Entre ellas, asegurar su representación con un tutor o, en caso necesario, mediante una organización que garantice su bienestar y medidas adecuadas de alojamiento, siguiendo los principios del interés superior de la niñez y unidad familiar.[171] Estas garantías se amplían con la obligación de que el tutor esté presente durante la entrevista que sustancie su necesidad de protección internacional, con el fin de que informe al niño sobre el significado y las posibles consecuencias de la entrevista personal y, si procede, la forma de prepararse para tal entrevista. Así, los Estados deben garantizar que un representante y/o un abogado u otro asesor jurídico facultado o autorizado para ejercer como tal esté presente en dicha entrevista y tenga la oportunidad de formular preguntas o alegaciones.[172]

170 CoIDH, "Derechos y garantías de las niñas y los niños...", *cit.*, p. 81.

171 Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, *Normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida*, artículo 31.

172 Artículo 25 de la Directiva 2011/95/UE.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Capítulo cuarto

EXCEPCIONES VIOLENTAS EN EL DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS: NIÑEZ MIGRANTE DETENIDA EN MÉXICO

I. La detención migratoria en el discurso internacional de derechos humanos

Tradicionalmente, el derecho a la libertad personal ha sido entendido desde la perspectiva de la libertad física (libertad de tránsito o movimiento), y goza de una protección especial en el derecho internacional y en el derecho doméstico, aceptándose de manera general que su restricción sólo puede ser adoptada en circunstancias particulares y con el debido respeto de requisitos sustantivos y formales. Este derecho se encuentra protegido por los artículos 3o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y 6o. de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. En México, este derecho se encuentra primordialmente regulado en los artículos 14 y 16 de la Constitución.

Jurídicamente, la detención[1] de una persona migrante por razón de su estatus migratorio, sin perjuicio de la edad, puede proceder en dos situaciones:

1. Como *sanción penal*, porque el migrante infringe la legislación que penaliza: *a)* el ingreso de personas extranjeras de forma irregular al

[1] En este trabajo se hace referencia a que una persona está "detenida" si se encuentra privada de su libertad, sin tener la posibilidad de entrar y salir libremente del lugar donde ha sido alojada, sin perjuicio de la diferente terminología o eufemismos utilizados para denominar esta situación: albergar, aprehender, asegurar, internar, alojar, presentar, retener, etcétera. Esto en virtud de que lo relevante está en las implicaciones prácticas y la naturaleza jurídica de este hecho, las cuales conllevan a evaluarlo de acuerdo con los principios, las normas y los estándares que rigen el derecho a la libertad personal.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

país o por lugares no habilitados; *b)* la entrada al país mientras está vigente una prohibición de reingreso; *c)* la estancia en el país cuando la ley establece impedimentos específicos de ingreso; o d) la permanencia en el país con fines de empleo, estudio o reunificación familiar, sin tener la autorización correspondiente, entre otras. Es decir, se trata de aquellos casos en los que la migración irregular está tipificada como un delito o un crimen, la detención se efectúa en cárceles y, por ende, su regulación y sanción se encuentran dentro del ámbito del derecho penal.

2. Como *medida cautelar (detención administrativa o preventiva)*, porque el migrante infringe la legislación de extranjería y se requiere su presencia para: *a)* investigar su situación migratoria e identidad; *b)* asegurar su permanencia y accesibilidad mientras esto sucede, ya sea para regularizar su situación o tramitar su expediente administrativo de deportación y garantizar que se ejecute dicha medida y abandone el país. Es decir, se trata de aquellos casos en los que la migración irregular está tipificada como infracción; la detención se practica en estaciones migratorias y su regulación y sanción se enmarcan en el derecho administrativo.

Sea como sanción penal o medida cautelar, la detención de las personas migrantes por razón de su condición migratoria es una práctica de uso generalizado a nivel global, que causa malos tratos para las personas migrantes, así como otras violaciones a sus derechos humanos. Por ello, la protección y garantía del derecho a la libertad de las personas migrantes debe basarse en los siguientes principios y estándares definidos por el derecho internacional.

1. *Principio de excepcionalidad de la detención por razones migratorias*

En principio, cualquier restricción al derecho a la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas o por las leyes (aspecto material), además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal).[2] En el caso de las personas migrantes, la detención en el marco de procedimientos migratorios sólo debe ser utilizada

[2] CoIDH, "Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana", San José, CoIDH, 28 de agosto de 2014, pp. 416-419.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

como medida de último recurso, dándose prioridad a alternativas menos coercitivas, especialmente no privativas de libertad.[3]

Ahora bien, si en el ámbito penal la prisión preventiva es una medida excepcional, en los procedimientos relativos al ingreso y la permanencia de personas extranjeras en un territorio el estándar de presunción a favor de la libertad (*favor libertatis*) debe ser más elevado y respetado con mayor rigurosidad al tener las infracciones migratorias una naturaleza civil o administrativa y no penal.[4] Al respecto, el Relator de Naciones Unidas para los Derechos de los Migrantes ha afirmado que la detención debe imponerse como medida de último recurso, durante el periodo más breve posible y cuando no exista una medida menos restrictiva. Los gobiernos están obligados a establecer en su legislación nacional una presunción en favor de la libertad, considerar primero medidas alternativas no privativas de la libertad, evaluar cada caso y elegir la medida menos rigurosa. De este modo, el principio general que debe regir en los procedimientos migratorios es el de no detención; esto es, favorecer la libertad de la persona.[5]

2. *Presunción de libertad y medidas alternativas a la detención*

En el derecho administrativo rige como principio general que, ante eventuales infracciones, las personas deben estar en libertad durante el procedimiento. En materia migratoria, en caso de ser necesario, pueden aplicarse medidas alternativas a la detención que cumplan con los objetivos de la política migratoria sin que se recurra a la privación de la libertad. El Relator para los Derechos de los Migrantes ha señalado que "el derecho a la libertad y seguridad personales obliga a los Estados a considerar en primer lugar alternativas a la privación de libertad de los migrantes que sean menos rigurosas",[6] a través de las cuales migrantes, solicitantes de asilo y refugiados

---

[3] Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General no. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares", CMW/C/GC/2, Ginebra, Comité de Trabajadores Migratorios, 28 de agosto de 2013, párr. 26.

[4] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe sobre migraciones en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso", Washington, D. C., CIDH, 30 de diciembre de 2010, párr. 38.

[5] CDH, "Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau", A/HRC/20/24, Nueva York, Consejo de Derechos Humanos/Asamblea General de la ONU, 2 de abril de 2012, párr. 68, disponible en: *https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_sp.pdf*.

[6] *Ibidem*, párr. 50.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

puedan residir en la comunidad y circular libremente mientras se resuelve su situación.[7]

Por su parte, el Comité de Trabajadores Migratorios ha destacado que deberá aplicarse la medida menos restrictiva e intrusiva posible a cada caso concreto.[8] Ello implica que los Estados deben establecer en la ley, y asegurar en la práctica, una serie de medidas alternativas a la detención en el marco de los procesos migratorios, ya que las mismas son menos gravosas y constituyen una respuesta adecuada y coherente con el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes.[9] Así, deben preverse directrices detalladas y dar una formación adecuada a los jueces y otros funcionarios del Estado, como policías, guardias fronterizos y agentes de inmigración, con el fin de garantizar una aplicación sistemática de medidas no privativas de la libertad en lugar del internamiento.[10]

3. *Garantías de debido proceso*

En caso de que excepcionalmente se recurra a la detención, o a medidas alternativas a ésta, los Estados deben asegurar todas las garantías de debido proceso, con independencia de la nacionalidad, la condición migratoria o de residencia[11] y cualquier otra condición, sea que se trate de un procedimiento administrativo o jurisdiccional.[12]

El Comité de Trabajadores Migratorios y el Relator Especial de Derechos Humanos de los Migrantes han enfatizado la necesidad de asegurar

---

7 *Ibidem*, párr. 56.

8 Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General no. 2...", *cit.*, párr. 26.

9 CDH, "Informe del relator especial...", *cit.*, párrs. 48-50.

10 CDH, "Informe del relator especial...", *cit.*, párr. 53.

11 CoIDH, "Opinión Consultiva OC-25/18, del 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos", Corte Interamericana de Derechos Humanos, CoIDH, 2018, párrs. 124-127; CIDH, "Andrea Mortlock (Estados Unidos), Informe No. 63/08, Caso No. 12.534", Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25 de julio de 2008, párr. 83; CIDH, "Juan Raúl Garza C. Estados Unidos, Informe 52/01", Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 4 de abril 2001, párr. 88 y 89.

12 CoIDH, "Nadege Dorzema c. República Dominicana", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de octubre de 2012, párr. 157; CoIDH, "Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2013), párr. 130.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

estas garantías a las personas migrantes de manera efectiva: cualquier detención debe estar debidamente fundamentada por la autoridad competente, destacando la necesidad y proporcionalidad de la medida en el caso concreto. Además, debe justificarse por qué no es aplicable ninguna de las medidas alternativas previstas en la legislación. En el caso de que se aplique una medida alternativa a la libertad, también tiene que fundarse y motivarse; por ejemplo, presentarse periódicamente ante la autoridad.

En caso de que se practique una detención, la persona detenida debe contar con las siguientes garantías: *1)* debe ser informada, de manera verbal y escrita, acerca de los motivos de la detención en un idioma que comprenda, así como también sobre los derechos que le asisten;[13] *2)* debe ser puesta en comunicación inmediata con un abogado y provista de asistencia jurídica gratuita;[14] *3)* se le debe facilitar un intérprete o traductor, los medios para ponerse en contacto con sus familiares y aquellos necesarios para impugnar la privación de su libertad[15] a través de un recurso legal efectivo, y *4)* se le debe comunicar su derecho a la asistencia consular, el cual comprende: *i)* el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (CV63);[16] *ii)* el derecho de un acceso efectivo a la comunicación con un funcionario consular, y *iii)* el derecho a la asistencia.[17]

---

[13] Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, "Deliberación Revisada No. 5 sobre la privación de libertad de las personas migrantes", Ginebra, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU, 7 de febrero de 2018, principio 6, disponible en: *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/RevisedDeliberation_SP.pdf*. Asamblea General de la ONU, "Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión", Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, Nueva York, Asamblea General de la ONU, 9 de diciembre de 1988), principio 10, disponible en: *https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx*. Artículo 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[14] Comisión de Derecho Internacional de la ONU, "Expulsión de extranjeros, texto de los proyectos de artículo aprobados provisoriamente en primera lectura por el Comité de Redacción, 64 periodo de sesiones, UN DOC A/CN4/L.797", Nueva York, Comisión de Derecho Internacional de la ONU, 24 de mayo de 2012), artículos 19 y 26.

[15] CDH, "Informe del relator especial...", *cit.*, párrs. 15-20; Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General no. 2...", *cit.*, párr. 41; CoIDH, "Nadege Dorzema...", *cit.*, párr. 137; CoIDH, "Caso Familia Pacheco Tineo...", *cit.*, párr. 133.

[16] Esta Convención fue ratificada por México en 1965.

[17] Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General no. 2...", *cit.*, párrs. 30 y 31; ONU, "Conjunto de principios para la protección...", *cit*; CoIDH, "Opinión Consultiva OC-16/99, del 1o. de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", San José, Corte

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

4. *Condiciones adecuadas de detención*

Con el fin de que la detención no sea arbitraria, ésta debe practicarse por el plazo más breve posible, y en ninguna circunstancia debe ser indefinida. Para ello, la ley debe fijar un plazo máximo de detención, el cual también debe cumplir los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Además, las personas migrantes no deben estar detenidas en lugares destinados a la detención de personas acusadas o condenadas por infracciones de índole penal.[18] Los lugares de la detención deben cumplir con ciertas características: *1)* deben ser distintos a los de índole penitenciaria, por lo que deben prohibirse los mecanismos sancionatorios y otros procedimientos vinculados a los aspectos punitivos y de reinserción social propios de la política criminal, y *2)* se deben garantizar estándares adecuados en materia de derecho a la alimentación, asistencia sanitaria, a la información, a comunicarse con familiares y recibir visitas, a realizar actividades recreativas, a comunicarse periódicamente con un abogado, y a practicar su religión.[19]

5. *Prohibición de detención como sanción penal a las infracciones migratorias*

El Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas, al examinar disposiciones que establecen la privación de la libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país, ha recomendado que, a fin de ajustar las legislaciones nacionales a la Convención de Trabajadores Migratorios de 1990[20] y otros instrumentos internacionales, se elimine "como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]".[21] Ello en virtud de que la detención de personas migrantes utilizada como un mecanismo de control migratorio constituye una respuesta desproporcionada, arbitraria,[22] inadecuada

---

Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 106, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf*.

18 Artículo 17.3 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990.

19 CDH, "Informe del relator especial...", *cit.*, párrs. 21-23.

20 México ratificó la Convención en 1999.

21 Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Observaciones Finales. México, CMW/C/MEX/CO/01", México, 8 de diciembre de 2006, párr. 15.

22 Comité de Derechos Humanos, "Observación general No. 8. Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)", HRI/GEN/1/Rev.9, vol. I, Ginebra, Comité de

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

e ineficaz[23] para dar respuesta a la migración irregular; además de que criminaliza esta forma de migración[24] y produce un grave impacto en el ejercicio de los derechos de las personas migrantes.

En un sentido similar, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha enfatizado que "tipificar como delito la entrada por vías irregulares en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración *ilegal* y da lugar a detenciones innecesarias".[25] Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos[26] ha afirmado que estas prácticas vulneran el principio de no discriminación al promover la xenofobia y el racismo, y legitiman prácticas de exclusión y discriminación hacia un grupo social particular, contribuyendo a crear una incorrecta asociación entre migración irregular y delincuencia.[27]

II. El principio de no detención de niños migrantes en el derecho internacional

1. *La detención sólo debe ser usada como medida excepcional*

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 37, inciso b, que la detención debe considerarse como una medida de último recurso y absolutamente excepcional. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que la detención que prevé este artículo sólo puede ser aplicada en casos de niños en conflicto con la ley penal y que, por ende, "los niños no podrán ser privados de su libertad solamente por su condición migratoria ni por haber entrado irregularmente en el país".[28] En esos casos, el

Derechos Humanos, 30 de junio de 1982, párr. 1; Humanos, "Informe sobre migraciones...", *cit.*, párr. 232.

23 CDH, "Informe del relator especial...", *cit.*, párr. 8.

24 CoIDH, "Caso Vélez Loor vs. Panamá", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2010, párr. 251.

25 CoIDH, "Opinión Consultiva OC-18, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, párrs. 100-101.

26 CoIDH, "Caso Vélez Loor...", *cit.*

27 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Observación general No. 30, Discriminación contra los no ciudadanos", Ginebra, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 1o. de octubre de 2004, párr. 19.

28 CDN, "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Observación General no. 6. U.N. Doc. CRC/GC/2005/6", Ginebra, ONU, 2005, p. 61.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Comité ha subrayado que debe regir el principio de no detención,[29] pues de modo contrario se vulnera el interés superior de la niñez.[30] Por lo anterior, ha afirmado el principio general de no detención de los niños migrantes, al manifestar que

> Los niños no acompañados nunca deberían, como principio general, ser detenidos. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta "no podrá justificarse [debido a que] el menor esté sólo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. En estas ocasiones, deben realizarse todos los esfuerzos posibles para permitir la liberación inmediata de los niños no acompañados o separados, y su posterior ubicación en otras formas más apropiadas de alojamiento".[31]

Igualmente, el Comité de Trabajadores Migratorios ha enfatizado que nunca debería detenerse a un niño, y menos si se trata de no acompañados o separados de su familia, por motivos relacionados exclusivamente con temas de inmigración.[32] De manera similar, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha sostenido que "el internamiento de un niño nunca podrá hacerse en aras de su interés superior".[33] Y el Parlamento Europeo ha enfatizado que "la detención de niños, niñas y familias debería estar prohibida", y que la privación de la libertad no podría, de ningún modo, ser en el "interés superior de la niñez", por lo que debería recurrirse a medidas de otra naturaleza.[34]

Toda vez que una infracción migratoria no equivale a una de orden penal, y los niños migrantes se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención

---

29 Committee on the Rights of the Child, "2012 Day of General Discussion «The Rights of All Children in the Context of International Migration»", Geneve, Committee on the Rights of the Child, 2012.

30 OHCHR, "Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración", A/HRC/15/29, Ginebra, OHCHR, 5 de julio de 2010.

31 CDN, "Trato de los menores no acompañados...", *cit.*, p. 61.

32 Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General no. 2...", *cit.*, p. 3.

33 CDH, "Informe del relator especial...", *cit.*, p. 62.

34 European Parliament, "The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, IP/C/LIBE/IC/2006-181", Bruselas, 2007.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

de los niños por razones de índole migratoria.[35] En este contexto, principios generales como el *pro personae* y el interés superior de la niñez cobran importancia especial al proteger un derecho esencial como lo es la libertad personal, y estar simbolizados en el principio *favor libertatis*. Así, la norma debe ser la aplicación de medidas alternativas a la detención,[36] y la privación de la libertad sólo puede ser adoptada como medida de último recurso y por el periodo más breve que proceda.[37]

El principio de no detención se entiende a favor tanto de los niños como de sus familias. En palabras del Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes:

> 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 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.[38]

Y también respecto de niños con necesidades de protección internacional, de conformidad con el principio general establecido en las Directrices del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), los niños solicitantes de asilo no deben ser detenidos. Siempre que sea posible deben ser confiados al cuidado de miembros de su familia que ya tengan residencia dentro del país de asilo. De no ser así, las autoridades con competencia en asistencia a niños no acompañados deben buscar soluciones alternativas para que éstos reciban alojamiento adecuado y supervisión apropiada.[39]

---

35 Touzenis, Kristina, "Human Rights of Migrant Children", *International Migration Law 15*, 2008, p. 33.

36 CoIDH, "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", San José, CoIDH, 2 de septiembre de 2004, p. 230.

37 AG ONU, "Reglas de las naciones unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución 45/113", Ginebra, ONU, 14 de diciembre de 1990, p. I.2.

38 Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General no. 2...", *cit.*, p. 44.

39 ACNUR, "Directrices sobre criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo. Directriz número 6. Detención de personas menores de 18 años", Ginebra, ACNUR, 1999.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

2. *Se debe tratar a los jóvenes menores de dieciocho años bajo los estándares de la niñez y no como adultos*

En la generalidad de los casos no existen alternativas que aseguren una protección integral para los niños migrantes,[40] y el común denominador es que los niños y, en especial, los jóvenes, sean tratados bajo los mismos estándares de los adultos. En numerosas ocasiones son alojados en lugares que no han sido destinados a resguardar a personas acusadas de cometer infracciones migratorias, y tampoco se adecuan a las necesidades y a los derechos de los niños.[41] Esto incide en la criminalización y estigmatización de la población migrante irregular, y repercute de forma particularmente negativa en niños y jóvenes. Como ha resaltado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

> El hecho de que no se adopte una perspectiva que tenga en cuenta las necesidades de los niños y los adolescentes en las políticas de detención relacionadas con la migración significa a menudo que los niños son tratados, y detenidos, como adultos, lo que incluye situaciones de detención punitiva con el propósito de disuadirles de futuras entradas irregulares. En algunas situaciones, los niños son detenidos como inmigrantes como recurso para sustituir mecanismos de atención.[42]

El trato de los jóvenes como adultos conlleva a que se cometan prácticas nocivas en contra de ellos y sus derechos.[43] Las autoridades migratorias tratan de sacar partido de la aparente madurez de los jóvenes para darles un trato de adultos, amenazándose su verdadero estatus como personas menores de dieciocho años. La ausencia de documentación en forma de certificados de nacimiento o documentos de identidad auténticos les brinda la oportunidad de declarar una edad más alta a los jóvenes, reduciendo cualquier tipo de protección a la que podrían tener derecho como niños.[44]

---

40 European Parliament, "The conditions in centers for third country national…", *cit.*, pp. 29-35 y 205-217.

41 UNICEF, "Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe", Lanus, UNICEF, 2009, p. 19.

42 ACNUDH, "Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas...", *cit.*, 50.

43 CDH, "Informe del relator especial...", *cit.*, pp. 13-59.

44 PICUM, "Los niños indocumentados en Europa: víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración", Bruselas, PICUM, 2008, p. 5.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que la determinación de la edad debe tomar en cuenta no sólo el aspecto físico de la persona, sino también su madurez psicológica, y que la evaluación debe realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad; además, debe atender al interés de la niñez y a consideraciones de género, evitar todo riesgo de violación de su integridad física y respetar debidamente su dignidad humana.[45]

Asimismo, se debe considerar que la detención de jóvenes migrantes tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y bienestar físico, ya que pueden padecer, entre otras, consecuencias psicofísicas, como depresiones, cambios de comportamiento, desórdenes de diverso carácter, pérdida de peso, negativa a alimentarse, falta de sueño, así como problemas dermatológicos y respiratorios, etcétera.[46]

3. *Se debe evitar la detención de familias*

Es común que cuando las autoridades migratorias detienen a niños migrantes, especialmente si se encuentran junto a sus padres, los Estados justifiquen esta medida en su interés de controlar la migración irregular, en claro detrimento del principio de unidad familiar (es decir, el derecho a la vida familiar). Sin embargo, el interés superior de la niñez y la noción de protección integral de la infancia deberían conducir, previo a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de la libertad.[47]

En este sentido, no debe privarse de la libertad a las familias con hijos,[48] y su detención no puede justificarse bajo el argumento de preservar la unidad familiar.[49] Por el contrario, en los casos de niños acompañados por sus padres o tutores deben primar de manera conjunta el derecho a la preser-

45 CDN, "Trato de los menores no acompañados...", *cit.*, p. 31, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf*.

46 No Place for a Child Campaign, "Alternatives to immigration detention of families and children. discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees", Londres, IDC, 2006, p. 9, disponible en: *https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2009/05/alternatives-for-families-and-children.pdf*.

47 CDH, "Informe del relator especial...", *cit.*, p. 125.

48 Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General no. 2...", *cit.*, párr. 44.

49 OHCHR, "Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas...", *cit.*, párr. 24.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

vación de la unidad familiar y el derecho a la libertad personal de toda la familia sobre las potestades de control migratorio, a fin de evitar la separación familiar.[50]

Al respecto, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha subrayado que deben hacerse todos los esfuerzos para liberar a los niños y sus familias de los centros de detención y ubicarlos en alojamientos más apropiados para familias con niños, y que "la utilización ideal de un enfoque basado en los derechos entrañaría la adopción de medidas alternativas para toda la familia; por tanto, los Estados deberían elaborar políticas para alojar a toda la familia en lugares alternativos a los centros de internamiento en régimen cerrado".[51]

4. *No se debe separar a las familias*

El artículo 9o. de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de los niños a no ser separados de sus padres y las garantías en caso de separación:

> 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
> …
> 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
> 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de

[50] UNICEF, "UNICEF Written Submission. 2012 Day of General Discussion Committee on The Rights of the Child. The rights of all children in the context of international migration", Nueva York, UNICEF, 2012, disponible en: *https://www.unicef.org/socialpolicy/files/Access_to_Civil_Economic_and_Social_Rights_for_Children.pdf*.

[51] CDH, "Informe del relator especial...", *cit.*, párr. 87, disponible en: *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/437/80/PDF/N0943780.pdf?OpenElement*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

> ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

De este modo, cuando la resolución de los procedimientos migratorios implica la separación de los niños de sus padres, se debe tener debidamente en cuenta el principio de unidad familiar. El Estado tiene que considerar las condiciones particulares de residencia y estancia de los padres y el tiempo de residencia o los derechos adquiridos para considerar, con base en el interés superior de la niñez, las afectaciones de la posible separación familiar.

Al respecto, la Corte Interamericana[52] ha manifestado que cualquier decisión de un órgano judicial o administrativo sobre la separación familiar debido a la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual. Además, esta medida debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, además de ser idónea, necesaria y proporcionada. En la consecución de ese fin, el Estado deberá analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a:

1. La historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor;
2. La consideración sobre la nacionalidad, guarda y custodia, y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar;
3. El alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quiénes vive el niño, así como el tiempo que el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y
4. El alcance de la perturbación en la vida diaria del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a su cargo, a modo de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niñez en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

De manera que la separación familiar por resolución de un procedimiento migratorio debe ser una medida de carácter excepcional y temporal, y debe respetar el derecho a la unidad familiar. Como señala la Corte Inte-

[52] CoIDH, "Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional", Opinión Consultiva 21/2014, San José de Costa Rica, CoIDH, 2014, p. 357.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

ramericana, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en función de su interés superior para separarlo de su familia. Por ello, las separaciones legales del niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales.[53]

III. Derechos, garantías de debido proceso y medidas cautelares en caso de detención *excepcional* de niños migrantes

En caso de detención *excepcional*, además de las garantías sustantivas y procesales que exigen los estándares internacionales y nacionales para evitar una detención arbitraria,[54] se deben contemplar los derechos y las garantías de debido proceso específicos que salvaguarden los derechos de los niños, con especial atención en el principio de interés superior de la niñez.

1. *Derechos*

A. *Derecho de ser escuchados y de participación*

Este derecho, previsto en el artículo 9.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que los niños migrantes, y particularmente los no acompañados, deben poder expresarse y ser escuchados en los procedimientos migratorios, en el marco de mecanismos adecuados para su edad, evolución y desarrollo, lo cual tiene una relevancia especial para el respeto de su interés superior. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño abunda:

> …es urgente hacer respetar plenamente su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo. En el caso de la migración, hay que escuchar al niño en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud. En el caso de una demanda de asilo, el niño debe tener además la oportunidad de presentar sus motivos para la demanda de asilo.[55]

53 *Ibidem*, p. 416.

54 CoIDH, "Opinión Consultiva OC-18...", *cit.*, p. 123.

55 Comité de los Derechos del Niño, "Observación General No. 12. El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12", Ginebra, ONU, 20 de julio de 2009, pp. 123 y 124.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

La Corte Interamericana de Derechos Humanos va más allá, al ponderar que se procure el mayor acceso del niño al examen de su propio caso, ya sea vía administrativa o judicial. En este sentido, el aplicador del derecho (sea en el ámbito administrativo o judicial) deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño y su interés superior para acordar su participación. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del niño, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.[56]

Así, se debe dar a los niños toda la información pertinente, y en su propio idioma, sobre sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, en aras de que su voz se haga oír y su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos. En el caso de los niños solicitantes de asilo, además, es importante que se les proporcionen datos sobre el paradero de su familia e información actualizada sobre la situación en su país de origen, para determinar su interés superior. Los niños que hayan participado en un conflicto armado deben recibir asistencia especial para que puedan expresar sus necesidades. Y los niños apátridas deben ser incluidos en los procesos de adopción de decisiones en los territorios en que residen.[57]

B. *Derecho a un recurso efectivo*

Este derecho está previsto en el inciso d) del artículo 37 de la CDN, el cual establece el derecho de todo niño de 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. Esta garantía también incluye el derecho de contar con un recurso efectivo para evitar una detención arbitraria.[58] La intervención judicial, ya sea como autoridad competente para disponer la eventual privación de la libertad, o para verificar de forma inmediata la legalidad y racionalidad de la medida dictada por un organismo administrativo, también es una garantía esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, especialmente cuando la medida involucra a niños.

---

56 CoIDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva OC-17/02, San José, CoIDH, 28 de agosto de 2002, p. 102.

57 Comité de los Derechos del Niño, "Observación General No. 12...", *cit.*

58 Sobre el derecho a un recurso efectivo, véase la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre los artículos 25 y 13 de las convenciones americana y europea de derechos humanos, respectivamente. Por ejemplo, CoIDH, "Opinión Consultiva OC-18...", *cit.*, p. 126. TEDH, "Conka v. Bélgica, demanda no. 51564/1999", Estrasburgo, TEDH, 5 de febrero de 2002.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

C. *Derecho de establecer contacto con un familiar*

El derecho de establecer contacto con un familiar es esencial cuando se trata de detenciones de niños. En esos casos, tanto la autoridad que practica la detención como la responsable del lugar en que se encuentra el niño alojado deben notificar inmediatamente a sus familiares o representantes, teniendo en cuenta su interés superior. La finalidad de la notificación es que el niño pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona a quien se ha contactado.[59]

D. *Derecho de asistencia consular*

Los niños migrantes también gozan del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen, establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, y en el artículo 16.7 de la Convención de Trabajadores Migratorios. La vigencia de este derecho implica para la persona detenida la posibilidad de reunirse libremente y comunicarse en forma privada con un funcionario consular de su país. El Estado en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre ese derecho y asegurar los medios para su vigencia efectiva. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este derecho se fundamenta en la necesidad de "reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia", para alcanzar los objetivos del proceso atendiendo el principio de igualdad ante la ley y ante los tribunales, y la prohibición de discriminación.[60]

E. *Derecho a que se determine su interés superior mediante un procedimiento específico*

El proceso para determinar el interés superior de la niñez implica la evaluación de todos los aspectos relevantes de cada caso donde tiene lugar la detención de un niño migrante. El Comité de los Derechos del Niño recuerda la obligación de los Estados, de establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés

[59] CoIDH, "Opinión Consultiva OC-16/99...", p. 106.
[60] *Ibidem*, p. 119.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

superior de la niñez en las decisiones que afectan a los niños, incluidos los mecanismos de evaluación de los resultados, así como de establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones tanto de los legisladores como de los jueces o de las autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente a los niños.[61]

El ACNUR señala que la determinación del interés superior de la niñez implica un proceso formal dotado de garantías procesales estrictas, especialmente en la adopción de las decisiones importantes que afecten a los niños. Debe asegurar la participación adecuada del niño sin discriminación alguna, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes en la toma de decisiones y equilibrar todos los factores para valorar la mejor opción.[62] Así, para que en las distintas etapas del procedimiento migratorio pueda tomarse una decisión que proteja de la mejor manera posible los derechos del niño en cuestión, será necesaria una valoración caso por caso, que sea respetuosa de las garantías procesales, que permita determinar, por un lado, cuál es la solución que tanto a corto como a largo plazo se adecua más al interés superior de cada niño y la forma de implementación de tal solución que mejor se concilie con el respeto de sus derechos.[63]

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la determinación del interés superior de la niñez requiere una evaluación clara y detallada de la identidad, incluyendo la nacionalidad, las características de su crianza, la etnia, el contexto cultural y lingüístico, además de la particular condición de vulnerabilidad y las necesidades básicas de protección que el niño pudiera tener.[64] Los Estados deben contar con un protocolo que establezca de forma clara y global qué aspectos deben evaluarse en cada caso y que garantice la participación de los niños durante el procedimiento. Además, como el principio del interés superior de la niñez también es una norma de procedimiento, los procedimientos migratorios que involucren a niños deben incluir esta norma al emitir una resolución que les afecte.[65]

---

61 Comité de los Derechos del Niño, "Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3o., párr. 1)", Observación General No. 14, CRC/C/GC/14, ONU, Ginebra, 29 de mayo de 2013.

62 ACNUR, "Directrices para la determinación del interés superior del menor", Ginebra, ACNUR, 2008.

63 Celesia, Alberto *et al.*, *Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes*, Buenos Aires, RELAF, Save the Children y UNICEF, 2014, p. 24.

64 CDN, "Trato de los menores no acompañados...", *cit.*, 20.

65 La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, retoma esta determinación en su texto al señalar

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

2. *Garantías de debido proceso*

El interés superior de la niñez debe regir las garantías de debido proceso de los procedimientos migratorios donde se vean implicados niños. Es importante recordar que el artículo 19 de la Convención Americana dispone las medidas especiales de protección que los Estados deben tomar hacia los niños. Y la Corte Interamericana aclara que los procedimientos migratorios deben tener componentes diferenciados cuando se trata de niños, como

> …la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ello.[66]

Los niños migrantes privados de la libertad (por motivos migratorios o no) cuentan con las siguientes garantías de debido proceso:[67]

a) Derecho de ser informados de los motivos del arresto o la detención en un idioma que comprendan.
b) Derecho de ser llevados, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente o especializado. Los procesos migratorios durarán un plazo razonable,[68] respetarán el interés superior de la niñez, y la decisión que se llegue a tomar en el marco de éstos se fundamentará debidamente.
c) Derecho de notificar de la detención a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados;
d) Derecho de acceso efectivo a la asistencia consular;
e) Derecho de asistencia jurídica a través de un representante legal, con el fin de garantizar eficazmente su derecho a la libertad personal, y, en caso de niños no acompañados o separados, a que se les nombre

---

que los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución (artículo 5o.).

66 CoIDH, "Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños...", *cit.*, p. 114.

67 *Ibidem*, p. 190.

68 *Ibidem*, p. 116.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

un tutor, con el fin de defender sus intereses y asegurar su bienestar. La dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza para la seguridad de los niños, dejándolos más expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos.[69] Estas garantías deben ser tenidas en cuenta también en el marco de los procedimientos relativos a medidas alternativas a la detención (o para determinar la opción más adecuada al caso). En los casos de procedimientos de obtención del asilo, el niño no podrá entablarlos sino hasta después del nombramiento de un tutor.[70]

f) Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención. En caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin.

g) Derecho de no ser expulsado de forma colectiva. Cualquier extranjero tiene derecho a que su proceso sea individual y que se consideren las circunstancias particulares de su caso sin discriminación por ningún motivo. Además de la debida fundamentación y motivación, la asistencia legal y la posibilidad de recurrir como mínimos.[71] En el caso del retorno o la expulsión de niños no acompañados, el Estado debe observar el interés superior de éstos al garantizar que la acogida en el país de retorno sea adecuada y el niño sea recibido por las personas adecuadas.[72]

3. *Medidas cautelares con base en el principio de no detención*

La Corte Interamericana ha señalado que las medidas cautelares de los procedimientos migratorios que involucren a niños deben llevarse en libertad, tanto de los niños como de sus familias:

> …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 en-

---

69 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, "Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo", Estrasburgo, CE, 2005.

70 CDN, "Trato de los menores no acompañados...", *cit.*, 21, 63.

71 CoIDH, "Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños...", *cit.*, p. 356.

72 Artículo 10 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

> cuentran 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.[73]

Las medidas cautelares implican la observación de ciertas modalidades alternativas de cuidado, sobre todo en el caso de niños no acompañados. En este sentido, la ONU ha emitido directrices que reafirman la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, y que profundizan los alcances de esta última en lo concerniente a la protección de los derechos de los niños carentes de cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación. Las directrices tratan orientaciones para prevenir la separación, para los procedimientos de separación, la provisión de cuidado alternativo, el retorno a la familia y la comunidad (u otras soluciones estables), y el cuidado alternativo en situaciones especiales (catástrofes, conflictos bélicos o niños fuera de sus países de origen).[74]

En este sentido, en el caso extremo y excepcional de detención y privación de la libertad de un niño en un proceso migratorio, las medidas cautelares deben ser adecuadas para proteger las necesidades particulares del niño, especialmente si no se encuentran acompañados, y deben respetar en todo momento el interés superior de la niñez.[75] En concreto, los Estados tienen las siguientes obligaciones en caso de detención de niños migrantes:[76]

a) Si se trata de niños no acompañados o separados, se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instalaciones con personal que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad. Se les debe asignar un tutor y se les debe alojar de manera separada de los adultos y otras personas privadas de su libertad.

   Para que un espacio de alojamiento cumpla con las condiciones para el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debe ser un centro abierto; esto es, un

---

73 CoIDH, "Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños...", *cit.*, p. 160.

74 AG ONU, "Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, Resolución 64/142", Ginebra, ONU, 18 de diciembre de 2009.

75 Artículo 17 de la Directiva 2008/115/CE.

76 CoIDH, "Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños...", *cit.*, p. 175.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

ambiente no privativo de libertad que permita la salida del niño.[77] Además, debe contar con una infraestructura física que permita que los niños tengan cierto nivel de privacidad para que su intimidad sea respetada; guarden sus cosas de forma segura; reciban alimentación completa y nutritiva durante el tiempo de estadía; tengan acceso a servicios de salud, ya sea física y/o psicosocial; y puedan jugar y esparcirse. Además, los niños deben tener acceso a la educación fuera del establecimiento y poder participar en actividades culturales, sociales y religiosas fuera con un tutor que los acompañe.[78] Asimismo, el Estado debe prever un método de supervisión de los espacios de alojamiento derivado de su obligación de armonización de la política migratoria con la protección de la infancia.[79] Y se deben contemplar medidas alternativas, como el alojamiento con familias temporales o en centros especializados de atención a niños.[80]

b) Si se trata de niños acompañados, se deberá respetar el principio de no separación y su derecho a la unidad familiar, y se les deberá alojar con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niñez. El alojamiento debe ser en unidades familiares especiales con acceso adecuado a servicios e instalaciones de educación, juego y esparcimiento.[81] Así pues, las familias internadas en espera de expulsión deben ser alojadas por separado a modo de que tengan un grado adecuado de intimidad.

IV. La detención migratoria en México: ¿legalidad? y crítica

1. *Bases normativas*

La base constitucional de la función migratoria se encuentra en el artículo 11, que prevé la "libertad de tránsito", pero a la vez subordina el ejercicio

77 *Ibidem*, p. 180.

78 Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General no. 2...", *cit.*, p. 183.

79 CoIDH, "Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños...", *cit.*, p. 174.

80 *Ibidem*, p. 173.

81 Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General no. 2...", *cit.*, p. 44.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

de este derecho a las facultades de la autoridad *administrativa* "por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general". Éste es el fundamento constitucional de la detención migratoria, la cual, según la propia Constitución, se ubica en los dominios del derecho administrativo y no del derecho penal, puesto que en México la migración irregular es una infracción de carácter administrativo y no criminal. Por ende, la autoridad migratoria considera que esta medida es una restricción a la libertad de movimiento de las personas extranjeras en el país, y que tiene una base legítima y constitucional, a pesar de que sus efectos prácticos son los propios de una privación de la libertad, como la experiencia demuestra.[82]

En su versión original, vigente hasta 2011, el artículo 33 constitucional facultaba al Ejecutivo a expulsar a los extranjeros cuya permanencia juzgara *inconveniente*, sin necesidad de juicio previo. Este artículo fue uno de los pocos que permaneció intacto y sin recibir cambio alguno desde la promulgación de la Constitución en 1917, y, en realidad, era un límite más a la "libertad de tránsito" prevista en el artículo 11 constitucional, ya que su ejercicio se subordina a las limitaciones que impongan las leyes "sobre extranjeros perniciosos residentes en el país". De hecho, que a nivel constitucional estuviera contemplada de manera expresa una expulsión inmediata de extranjeros, sin juicio previo y al arbitrio del Ejecutivo, era una excepción a la garantía de audiencia reconocida a "todas las personas" en el artículo 14 de la Constitución.[83] Sin embargo, esta disposición estuvo vigente por casi cien años, y deja ver el clima de excepcionalidad migratoria que de manera general ha prevalecido en el país, especialmente después de la Revolución mexicana.[84]

El artículo 33 constitucional fue modificado a través de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, y señala que el Ejecutivo podrá expulsar extranjeros "previa audiencia" y "con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención". Como se ve, la redacción actual también es desafortunada, y convalida el sistema migratorio mexicano de detención, la

82 CCINM, "Informe final. Personas en detención migratoria en México. Misión de monitoreo de estaciones migratorias y estancias provisionales del Instituto Nacional de Migración", México, CCINM, julio de 2017.

83 Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Las reservas formuladas por México a instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, México, CNDH, 1998.

84 Véase el capítulo tercero de este trabajo.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

privación de la libertad y la facultad de expulsión del Instituto Nacional de Migración (INM).

La detención migratoria en México tiene su origen en los actos administrativos de control, verificación, revisión y presentación migratorios.[85] La Ley de Migración señala que estos actos se pueden llevar a cabo en cualquier parte del territorio nacional,[86] y consisten, primordialmente, en constatar que las personas extranjeras cumplen con las disposiciones migratorias y se realicen por el personal del INM.[87] En el desempeño de estas funciones, la ley dispone que el INM puede ser apoyado por otras autoridades (artículo 81), como la Guardia Nacional, una institución militar[88] que se conforma por policías navales, militares y federales, además de civiles.[89]

Según la Ley de la Guardia Nacional, este cuerpo militar,[90] en coordinación con las autoridades del INM, tiene facultades de control, verificación y presentación migratorios, los cuales podrá realizar en todo el territorio nacional, con excepción de las instalaciones destinadas al tránsito internacional de personas (pasos fronterizos terrestres, puertos o aeropuertos); además, a petición del mismo INM, podrá resguardar las estaciones migratorias y a los extranjeros que en ellas se encuentren (artículo

85 Artículos 81, 92, 97 y 99 de la Ley de Migración.

86 Artículo 97 de la Ley de Migración.

87 Según el artículo 19 de la Ley de Migración, el Instituto Nacional de Migración es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación que tiene por objeto la ejecución, el control y la supervisión de los actos realizados por las autoridades migratorias en territorio nacional, así como la instrumentación de políticas en la materia.

88 La Guardia Nacional se fundó el 26 de marzo de 2019 tras extinguir a la Policía Federal, y su principal objetivo es coadyuvar a la seguridad pública en todo el territorio y colaborar temporalmente en las tareas de seguridad pública que corresponden a las entidades federativas o municipios. Actualmente cuenta con más de 118 mil efectivos, que desde el 9 de septiembre de 2022 dependen operativa y administrativamente de la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena), a pesar de que en su creación se conformó como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, mediante el "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional" publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo.

89 Según el artículo sexto transitorio del Decreto, la formación, el régimen disciplinario, el ingreso, la educación, la capacitación, la profesionalización, el ascensos y las prestaciones, "podrán estar homologados en lo conducente, a las disposiciones aplicables en el ámbito de la Fuerza Armada permanente".

90 "Diputados aprueban que la Guardia Nacional quede bajo control de la Sedena", *Proceso*, 3 de septiembre de 2022, disponible en: *https://www.proceso.com.mx/nacional/politica/2022/9/3/diputados-aprueban-que-la-guardia-nacional-quede-bajo-control-de-la-sedena-292690.html*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

9o., fracciones XXXV y XXXVI). De este modo, un cuerpo militar tiene facultades de detener a las personas migrantes, lo cual es ampliamente conflictivo en materia de derechos humanos, por obvias razones, y viola, además, los estándares interamericanos, que disponen que el orden público interno debe reservarse a la policía civil, y sólo excepcionalmente a las fuerzas armadas.[91]

Si en las acciones de control, verificación y revisión migratorias que realiza el INM, por sí o en colaboración con otras autoridades (como la Guardia nacional), las personas no acreditan su situación migratoria regular en el país, la ley dispone que deben ser "presentadas" —en el caso de los adultos—[92] en estaciones migratorias o lugares habilitados para ello (artículo 99). La "presentación" es la medida administrativa que dicta el INM para ordenar su "alojamiento" en las estaciones migratorias mientras se determina su situación migratoria en el país, ya sea para su regularización o "asistencia para el retorno". Así, la detención migratoria en México se configura formal y materialmente a través de los actos de "presentación" y "alojamiento".

En principio, la ley señala que la "presentación" no podrá exceder del término de 36 horas, contadas a partir de que las personas son puestas a disposición del INM (artículo 68). Sin embargo, el artículo 111 de la misma ley dispone, como regla general, que el INM cuenta con quince días hábiles más para resolver la situación migratoria de las personas, plazo que puede extenderse a sesenta días hábiles si no hay información sobre su identidad o cuando exista impedimento para que viajen. Aún más, la ley señala que este plazo puede ampliarse de forma indefinida —y en este sentido la detención de la persona— en el supuesto de que la persona detenida ejerza medios de defensa legal, como el juicio de amparo. Como se aprecia, esta situación constituye una detención arbitraria y una clara violación al derecho de acceso a la justicia de las personas migrantes y solicitantes de asilo en el país.

---

91 Esta situación viola los estándares interamericanos en la materia, que disponen que el orden público interno debe reservarse a la policía civil, y sólo excepcionalmente a las fuerzas armadas. CoIDH, "Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2018, disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf*.

92 Con anterioridad a noviembre de 2020, la ley autorizaba en su artículo 99 la detención de todos los migrantes irregulares, fueran niños (de manera *excepcional*) o adultos, pero desde esta fecha en que se reformó la ley, en aras de estar armonizada con los estándares internacionales en materia de niños, se hizo la precisión de "adultos".

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

2. *Estado de excepción migratorio en México*

La detención de migrantes irregulares y solicitantes de asilo en México es una práctica que viola los derechos humanos de éstos, además de que puede calificarse como arbitraria e inconstitucional. Para definirla, tanto la Ley de Migración como el INM hacen uso de eufemismos como "presentación"[93] y "alojamiento",[94] en aras de argumentar que no se trata de una privación de la libertad, sino de una restricción al libre tránsito. Sin embargo, en estricto sentido, este acto que ejecuta la autoridad migratoria es una detención administrativa que vulnera el derecho a la libertad personal y, por ende, debe sujetarse a las garantías que establece el artículo 21 constitucional, el cual permite que las detenciones de libertad efectuadas por autoridades administrativas duren como máximo 36 horas.[95] Por tanto, como la Ley de Migración establece plazos que exceden lo permitido por la Constitución, existe una clara inconstitucionalidad de esta ley federal.

Si la detención migratoria fuera en realidad una detención preventiva, no debería superar las 72 horas que establece la Constitución y, una vez transcurrido ese plazo, se debería poner a la persona a disposición de un juez. No obstante, en México la aplicación de la detención migratoria está generalizada como una acción de penalización de la migración irregular, sin que se distinga a los solicitantes de asilo y, por tanto, sin atender a lo dispuesto por los estándares internacionales que señalan que las personas con necesidades de protección internacional están exentas de las sanciones relacionadas con el ingreso irregular al territorio,[96] tal como lo recoge el artículo 7o. de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.

De este modo, si bien en México la migración irregular es formalmente una infracción administrativa, la detención migratoria que se practica implica en sí misma una sanción penal por la presunción de un ingreso irregular. En el derecho penal, para que exista una medida cautelar es necesario

---

93 Artículos 3o., fracción XXIV, y 99 de la Ley de Migración.

94 Artículos 3o., fracciones XI y XXIV, 68, 99, 106 a 109 y 111 de la Ley de Migración.

95 "La detención de personas extranjeras en estaciones migratorias", *Sin Fronteras IAP*, México, 2012, p. 8, disponible en: *https://sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2018/12/La-detención-de-las-personas-extranjeras-en-estaciones-migratorias.pdf*.

96 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (artículo 31), ratificada por el gobierno mexicano en 2000, y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (artículo19), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ambos adoptados en 2000 y ratificados por México en 2003.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

que conste la existencia de un delito; sin embargo, en este caso no necesariamente sucede, porque se parte de una presunción de violación a la Ley de Migración, la cual se prueba o no durante el procedimiento administrativo migratorio.[97]

Esta situación es una muestra clara del estado de excepción migratorio que impera en el país, donde los migrantes y solicitantes de asilo no gozan de los mismos derechos y garantías que el resto de las personas. Otra circunstancia que evidencia esta excepcionalidad migratoria es el hecho de que la Guardia Nacional —que está obligada legalmente a registrar las detenciones que lleva a cabo en el Registro Nacional de Detenciones—[98] no realice el registro de las detenciones de personas migrantes que lleva a cabo, toda vez que entre los supuestos por los cuales una persona puede ser detenida no se encuentran los relativos a las acciones de control migratorio.[99] Esto, sin duda, es resultado de considerar legalmente que la detención migratoria no es una privación a la libertad personal, sino una restricción a la libertad de tránsito, razón por la cual la ley y las autoridades migratorias la denominan "presentación".

Claramente, el bien jurídico que se vulnera con la detención migratoria es la libertad personal de los migrantes y solicitantes de asilo; sin embargo, el que esta medida se llame legalmente "presentación" en vez de "detención" tiene implicaciones de gran calado en materia de derechos humanos y da pie a que se cometan arbitrariedades e ilegalidades cuando se practica, además de que se deja a estas personas en estado de indefensión. De este modo, a pesar de que formalmente en México la migración irregular no es un delito, en la práctica tiene efectos criminalizantes, y parece que denominarla "presentación" es una simulación legal para esconder el verdadero tratamiento que existe del fenómeno y que fundamenta el estado de excepción migratorio que prevalece.

---

97 "Evolución y retos del asilo en México. 20 años de asistencia legal e incidencia por las personas refugiadas", *Sin Fronteras*, México, 2016, 36, disponible en: *http://sinfronteras.org.mx/asiloporderecho.sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2016/09/InformeAsilo_2016_WEB.compressed.pdf*.

98 El artículo 17 de la Ley Nacional del Registro de Detenciones de 2019 y el lineamiento segundo de los "Lineamientos para el funcionamiento, operación y conservación del registro Nacional de detenciones" de 2019, obligan a la Guardia Nacional a registrar las detenciones que realiza.

99 Morales Vega, Luisa G., "El entramado normativo de la detención migratoria en México: un dispositivo biopolítico", en Ortega Velázquez, Elisa (ed.), *Derecho y migración forzada: aportes desde los estudios biopolíticos y necropolíticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, p. 78.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

V. El marco normativo de protección de la niñez migrante en México

1. *Orden constitucional*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en su artículo 4o., párrafos 9 a 11, el principio del interés superior de la niñez,[100] el cual debe regir todas las actuaciones del Estado en relación con los niños, entre ellas los procedimientos jurisdiccionales que afectan su esfera jurídica, como los de índole migratoria.

La Constitución incluyó de forma explícita el principio del interés superior de la niñez en el artículo 4o. con la reforma constitucional del 12 de octubre de 2011, que además reformó el artículo 73, fracción XXIX-P, en aras de facultar al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de derechos de los niños.[101] Estas reformas constituyeron un avance importante en el tratamiento de los temas de niñez en México y permitieron la publicación de dos leyes generales en la materia: el 24 de octubre de 2011 se adoptó la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, y el 4 de diciembre de 2014, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

El principio del interés superior de la niñez, no obstante, ya se encontraba reconocido constitucionalmente, puesto que la reforma del artículo 1o. constitucional del 10 junio de 2011 estableció que en México todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos tanto en la propia Constitución como en los tratados internacionales de los que el país es parte.[102] De hecho, la propia reforma constitucional de 2011 obliga a todas las

---

[100] Este principio es un símil del establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. México se encuentra obligado, desde el 21 de septiembre de 1990 que la ratificó, a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella a favor de todos los niños en el país, disponible en: *https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=484&depositario=0*.

[101] El artículo 73 de la Constitución señala: "El Congreso tiene facultad: …XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte…". Fracción adicionada, *DOF* 12-10-2011. Reformada: *DOF* 29-01-2016.

[102] Con anterioridad a la reforma constitucional en materia de derechos de 2011, este principio rector de los derechos de los niños ya se encontraba recogido en la legislación

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además de señalar expresamente que la interpretación normativa en materia de derechos humanos se hará de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.

Así pues, la reforma al artículo 1o. constitucional reconoció la incorporación con jerarquía constitucional de las normas de derechos humanos de fuente internacional, lo cual implica la apertura del ordenamiento jurídico mexicano al derecho internacional de los derechos humanos. Y, con esto, la obligación del Estado mexicano de aplicar todo el conjunto normativo internacional del que es parte para la protección de las personas (normas y jurisprudencia), y no sólo las normas sujetas a la interpretación exclusiva de las autoridades mexicanas.[103] De esta manera, se conformó el "bloque de derechos" o "bloque constitucional", entendido como el conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país, y que, además, se compone de principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional, pero a los cuales la propia Constitución remite.[104]

En México, este bloque de derechos se construye a través de la cláusula de recepción del derecho internacional de los derechos humanos y de la inclusión del *principio de interpretación conforme*,[105] que impone a los jueces la obligación de procurar la armonización, complementariedad e integración de las normas constitucionales y convencionales con aquellas que provienen de fuentes de menor jerarquía normativa. Aunque este bloque aún no se encuentra lo suficientemente desarrollado en el plano legislativo, ha ido tomando forma a través de un desarrollo jurisprudencial, que impacta la conformación y el de-

---

federal: en los artículos 3o., fracción A, 4, 24 y 45 de la Ley Para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, emitida el 29 de mayo de 2000, y abrogada el 4 de diciembre de 2014, por la emisión de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de esa fecha.

103 Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014, p. 53.

104 Rodríguez Manzo, Graciela *et al.*, *Bloque de constitucionalidad*, México, SCJN, OACNUDH, CDHDF, 2013, p. 17.

105 En relación con las obligaciones constitucionales establecidas a partir de la reforma al artículo 1o. constitucional, entre las que se encuentran las referidas a la "interpretación conforme" y sus aspectos vinculados, la Primera Sala de la SCJN ha establecido el criterio 1a. XVIII/2012 (9a.), publicado en el tomo 1, libro IX, junio de 2012 del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 257, Décima Época, cuyo rubro es: "DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DE LAS AUTORIDADES EN LA MATERIA".

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

sarrollo de los derechos de los niños. En este sentido, la labor llevada a cabo por el Poder Judicial contribuye en forma decisiva al desarrollo de ese bloque, dentro de un marco de protección y respeto a los derechos humanos, a través de las diversas facultades que este Poder tiene asignadas.[106]

Así pues, con el reconocimiento de la jerarquía constitucional a las normas de derechos humanos contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales en los que México es parte, los principios y las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre los que se encuentra el principio del interés superior de la niñez, son plenamente aplicables en nuestro país y de observancia obligatoria para todas las autoridades.

2. *Orden general*

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) fue emitida el 4 de diciembre de 2014, y representa un avance importante en materia de protección de niños, porque parte del paradigma de considerarlos como titulares de derechos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, en los términos que establece el artículo 1o. constitucional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a saber: la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, la LGDNNA reconoce que el interés superior de la niñez es uno de sus principios rectores (artículo 6o., fracción I), y que debe ser tomado en cuenta en todas las medidas que los órganos jurisdiccionales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos lleven a cabo en relación con niños (artículo 18).

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes tiene un enfoque de protección, y reconoce que los niños son titulares de derechos y un grupo prioritario que requiere intervención especial, al tiempo que reconoce que deben ser considerados en sus propios términos y requieren un enfoque distintivo y particular. Además, contempla medidas especiales de protección para los grupos en condiciones de vulnerabilidad, como los niños migrantes (artículo 89). Aún más, reconoce que todas las autoridades deben garantizarles sus derechos a esas personas de manera adecuada, sin importar su estatus migratorio, considerando siempre su interés superior (artículo 89).

Asimismo, la ley establece que los albergues para recibir a los niños deben ser gestionados por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia

[106] Ibáñez, Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

(DIF), y que deben cumplir con estándares de bienestar (artículo 94), como el respeto del principio de separación y el derecho a la unidad familiar (artículo 95). Debido a la lógica de retener el menor tiempo posible a los niños en facilidades a puertas cerradas, la LGDNNA obliga a las autoridades del DIF a que identifiquen lo más pronto posible la mejor solución para el niño y se evite su permanencia en los albergues, dado el carácter de último recurso y excepcional que esta medida implica, y que, a fin de cuentas, no esté en condiciones de libertad (artículo 111.VIII).

En relación con el derecho de los niños de ser escuchados en los procedimientos que afectan su esfera jurídica, el artículo 73 de la LGDNNA dispone que aquéllos tienen derecho de participar, ser escuchados y tomados en cuenta en todos los procesos judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan. Al respecto, los niños tienen reconocidos los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso (artículo 82), los cuales incluyen diversas garantías, de conformidad con su edad, su desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez; a saber:

— Que se les proporcione información clara, sencilla y comprensible sobre el procedimiento judicial o administrativo de que se trate y la importancia de su participación en el mismo, incluyendo, en su caso, formatos accesibles de fácil comprensión y lectura para niños con discapacidad (artículo 83-III);
— Que se les dé apoyo para presentar una denuncia, participar en una investigación o en un proceso judicial (artículo 83-IV);
— Que se les garantice el derecho de ser representados, a través de las procuradurías de protección dependientes del DIF (artículo 122-II), así como de ser informados sobre las medidas de protección disponibles (artículo 83-V);
— Que se les proporcione asistencia de profesionales especializados cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera (artículo 83-VI), y de un traductor o intérprete (artículo 83-VII);
— Que se pondere, antes de citarlos a alguna audiencia, la pertinencia de ésta, considerando su edad, madurez, estado psicológico, así como cualquier otra condición específica (artículo 83-VIII);
— Que se garantice el acompañamiento de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, la tutela, la guarda o custodia durante la sustanciación de todo el procedimiento, salvo disposición judicial en contrario (artículo 83-IX);
— Que se aparte a los adultos que puedan influir en su comportamiento o estabilidad emocional, cuando así lo determine la autoridad

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

competente, antes y durante la realización de la audiencia o comparecencia respectiva (artículo 83-X);
— Que se les destinen espacios lúdicos de descanso y aseo en los recintos en que se lleven a cabo procedimientos en que deban intervenir (artículo 83-XI);
— Que tengan un tiempo máximo de participación en las intervenciones que tengan durante la sustanciación de los procedimientos, de conformidad con los principios de autonomía progresiva y celeridad procesal (artículo 83-XII);
— Que se implementen medidas para protegerlos de sufrimientos durante su participación y garantizar el resguardo de su intimidad y datos personales (artículo 83-XIII);
— Que si se tiene conocimiento de que ha cometido un hecho delictivo o participado en él se les exente de responsabilidad penal y se les garantice que no sean privados de su libertad y sean únicamente sujetos de asistencia social, con el fin de restituirles, en su caso, en el ejercicio de sus derechos (artículo 84). Y, en este sentido, que toda medida que se adopte sea susceptible de revisión por el órgano judicial competente en un proceso contradictorio en el que se garantice por lo menos su derecho a ser oídos y la asistencia de un abogado especializado (artículo 85);[107]
— Que en los procedimientos jurisdiccionales en los que estén relacionados como probables víctimas del delito o testigos tengan los derechos de conocer la naturaleza del procedimiento y su participación en éste; que su participación se lleve a cabo de forma expedita, asistidos por un profesional en derecho; que quien ejerza sobre ellos la patria potestad, la tutela o guarda y custodia tenga acompañamiento durante la sustanciación de todo el procedimiento; que se preserve su derecho a la intimidad; que tengan acceso gratuito a asistencia jurídica, psicológica y cualquier otra necesaria, y que se adopten las medidas necesarias para evitar su revictimización (artículo 86).

De este modo, la legislación nacional reconoce el derecho de los niños de ser escuchados y tomados en cuenta en los procesos judiciales y de procu-

[107] Los artículos 87 y 88 de la ley abundan al señalar que, además, se debe notificar de inmediato a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como a la procuraduría de protección competente. Y que, en el caso de jóvenes, será la propia ley en la materia, en este caso la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes (*DOF* 16/06/2016), la que determine los procedimientos y las medidas que correspondan.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

ración de justicia donde se diriman controversias que les afectan: claramente los procedimientos migratorios y de asilo están incluidos.

3. *Categorías de niños migrantes de acuerdo con la legislación mexicana vigente*

El artículo 3o., fración XIX, de la Ley de Migración en México define a los niños migrantes como aquellas personas, nacionales o extranjeras, menores de dieciocho años de edad. Al igual que la LGDNNA, la Ley de Migración diferencia a los niños según la etapa de desarrollo de la infancia, y afirma que son "niñas y niños los menores de doce años", y "adolescentes las personas entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad". Así, la definición de la ley se ajusta a los estándares fijados a nivel internacional sobre quiénes son considerados como niños de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General 6 del Comité de Derechos del Niño y la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Ley de Migración distingue tres categorías de niños migrantes:

i) *Niños migrantes no acompañados*. Son aquellos que no se encuentran acompañados de la persona adulta que: *a)* ejerce su patria potestad, *b)* los tiene bajo su guarda y custodia, *c)* que es su tutor o *d)* los cuida habitualmente por costumbre (artículo 3o. XX). En este caso, el INM debe notificar, de manera inmediata y por medio de un acta a la Procuraduría de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (PPNNA) y canalizarlo al Sistema DIF correspondiente. La PPNNA debe representar legalmente al niño en suplencia y coadyuvancia para garantizar el cumplimiento y garantía de su interés superior (artículo 112.I).

ii) *Niños migrantes acompañados*. Son aquellos que se encuentran acompañados por la persona adulta que: *a)* ejerce su patria potestad, o *b)* los tiene bajo su guarda y custodia, o *c)* es su tutor (artículo 3o. XXI). En este caso, el INM debe derivar al niño y sus familiares acompañantes a la PPNNA para una evaluación de su interés superior, de conformidad con el principio de unidad familiar. La detención de las personas adultas que los acompañan deberá evitarse atendiendo a los principios de unidad familiar e interés superior de la niñez (artículo 99). La PPNNA emitirá un plan de restitución de derechos para toda la familia, que puede incluir me-

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

didas para permanecer en México o retornarles al país de origen (artículo 112.III).

iii) *Niños migrantes separados*. Son aquellos que se encuentran acompañados de una persona adulta que los tiene habitualmente bajo su cuidado por costumbre y no en virtud de la ley, como es el caso de los progenitores que ejercen la patria potestad o de los tutores legales (artículo 3o. XXII). Por tanto, estos niños pueden encontrarse acompañados por otros miembros adultos de la familia. La detención de las personas adultas que los acompañan deberá evitarse atendiendo a los principios de unidad familiar e interés superior de la niñez (artículo 99). El INM debe ponerlas de inmediato a disposición del Sistema DIF y notificar del caso a la PPNNA, la cual entrevistará al acompañante adulto y determinará la naturaleza de la relación con el niño y emitirá un plan de restitución de derechos (artículo 112.III).

VI. El marco normativo de control de la niñez migrante en México

1. *El sistema de detención de niños migrantes de 2011 a 2020*

La Ley de Migración de 2011 nació con un enfoque de seguridad, y establecía hasta antes de noviembre de 2020 que *todas* las personas migrantes que no pudieran probar su legal estancia en México serían detenidas en una estación migratoria del Instituto Nacional de Migración, como asunto de "orden público" en tanto se determinara su situación migratoria en territorio nacional (artículo 99 de la LM). Esta disposición incluía a adultos y niños; pero el artículo 112.I de la Ley de Migración señalaba que, en el caso de los niños migrantes no acompañados, el Instituto Nacional de Migración estaba obligado a canalizarlos de manera inmediata al DIF, con el fin de privilegiar su estancia en lugares donde se les proporcionara la atención adecuada mientras se resolvía su situación migratoria y daba aviso al consulado de su país (artículo 112.I de la LM).

Sin embargo, rompiendo toda lógica de protección, la misma disposición normativa permitía que los niños migrantes fueran "alojados" en una estación migratoria por "circunstancias *excepcionales*", en tanto se les trasladaba a las instalaciones del DIF (artículo 112.I). Según el Reglamento de la Ley de Migración, dichas "circunstancias excepcionales" eran la falta de disponibilidad en los albergues DIF y que los niños requirieran una atención que "no podía ser brindada" en las instalaciones de los albergues DIF (artículo

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

176). De este modo, la ley permitía la detención de los niños migrantes bajo estas *excepcionalidades*, dejando a las autoridades un margen de discrecionalidad muy amplio para definirlas. El problema es que el sistema operaba casi en su totalidad a través de la *excepción*, y todos los días se detenían a niños en estaciones migratorias al amparo de ese fundamento legal, a pesar de todas las normas jurídicas de derechos humanos que prohíben la detención de niños migrantes.

Una vez que los niños eran detenidos, los oficiales de Protección a la Infancia (OPI) del INM debían iniciar el procedimiento para determinar su interés superior y establecer las medidas de protección que mejor les favorecieran (artículos 169-177 del Reglamento y artículos 4o. y 7o. de la Circular por la que se Instruye el Procedimiento para la Atención de las Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes no Acompañados).

2. *La reforma legal de 2020 en materia de niñez migrante: principales desafíos*

El 11 de noviembre de 2020, después de diez años de incidencia de las organizaciones de la sociedad civil organizada en México, tanto la Ley de Migración como la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político fueron reformadas en diversos articulos,[108] cerrándose las lagunas legales que permitían la detención de niños migrantes en México. Estas reformas entraron en vigor el 11 de enero de 2021, y por fin armonizaron el marco regulatorio de migración y asilo con el de los derechos de la infancia en México. Ahora, la Ley de Migración prohíbe la detención de niños en estaciones migratorias, y también establece que debe evitarse detener a sus padres o acompañantes atendiendo a los principios de unidad familiar e interés superior de la niñez (artículo 99, LM).

La Ley de Migración señala al Sistema Nacional DIF y a las procuradurías de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (PPNNA), federal y estatales, como las entidades responsables para la protección de los niños migrantes y la determinación de su interés superior en las diferentes etapas migratorias (artículo 112). Sin embargo, el INM es el que resuelve el procedimiento administrativo migratorio atendiendo las determinaciones que en ese sentido provea el plan de restitución de derechos elaborado por la PPNNA.

[108] Artículos 3o., 6o., 11, 20, 29, 52, 68, 71, 73, 74, 79, 99, 95, 98, 107, 109, 112 y 120, de la Ley de Migración y artículos 6o., 9o., 20, 23 y 41, de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

En el caso de que el plan recomiende la permanencia del niño, el INM lo podrá regularizar; en caso contrario, se hará el "retorno asistido" del niño (artículo 112.II). Los oficiales de Protección a la Infancia del INM podrán entrevistarse con el niño a fin de conocer su identidad, su país de nacionalidad o residencia, su situación migratoria, el paradero de sus familiares y sus necesidades particulares de protección, atención médica y psicológica. Esta información la deben compartir con el DIF y las PPNNA. Además, un representante de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá estar presente en estas entrevistas (artículo 112.VI).

La Ley de Migración dispone que el INM debe reconocer de manera cautelar a todo niño migrante como "visitante por razones humanitarias" (artículo 112.I). Además, en el caso de los niños acompañados y separados, esta autorización de estancia migratoria también beneficiará de manera solidaria a la persona adulta a cargo del cuidado de aquéllos, excepto en los casos en que la PPNNA hubiera determinado que las personas adultas son contrarias al interés superior de los niños (artículo 52.V,b).

En caso de que el niño haya sido víctima o presenciado delitos en México, podrá ser regularizado si esa es su voluntad (artículo 120 LM). Y cuando el niño manifieste que quiere acceder al reconocimiento de la condición de refugiado, o el INM identifique indicios de necesidad de protección internacional, el INM, además de informar a la PPNNA, deberá notificar de manera inmediata a la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar) (artículo 112.V).

La reforma estableció los centros de asistencia social (CAS) como los espacios de cuidado alternativo para los niños migrantes no acompañados durante el procedimiento administrativo migratorio que determinará su situación migratoria.[109] La Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes señala el marco legal para los CAS, esto es, los requisitos para autorizar, registrar, certificar y supervisarlos, con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños privados de cuidado parental o familiar que son atendidos en dichos centros (artículo 107, LGDNNA). La regulación de los centros de asistencia social corresponde a las PPNNA municipales, estatales y federal. Y los centros de asistencia social pueden ser de los sistemas DIF (públicos), o bien privados (artículo 108, LGDNNA).

A casi dos años de que entró en vigor la reforma legal de 2020, existen diversos desafíos que impiden que ésta se cumpla cabalmente:

[109] Así son definidos por la Ley de Migración (artículos 3o., fracción V, y 68) y por la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (artículo 4o., fracción V).

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

A. *Falta de presupuesto*

Según el artículo 3o. transitorio de la Ley de Migración, los centros de asistencia social deben ser creados con los recursos que el Congreso destine para tal efecto. Sin embargo, la falta de presupuesto, tanto para la creación de estos centros de asistencia social como para el fortalecimiento de las Procuradurías de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (PPNNA), es uno de los principales obstáculos institucionales que la reforma de 2020 enfrenta. Desde 2014, y por mandato de la Ley General de Niños, las PPNNA coordinan las medidas de protección y restitución de derechos de la niñez y adolescencia migrante en México; sin embargo, al igual que con los centros de asistencia social, su creación, desarrollo y operación a nivel municipal, estatal y federal ha sido difícil por la falta de presupuesto.[110]

En 2019, la UNICEF publicó un informe sobre los costos para fortalecer el sistema de protección de niños en México. La investigación encontró que las PPNNA requieren aproximadamente 2,487 millones de pesos distribuidos en los 32 estados. No obstante, las PPNNA funcionan con apenas el 27% del presupuesto requerido, pero algunos estados, como Chiapas, operan con sólo el 7% del presupuesto requerido.[111] Algo similar sucede con los Sistemas de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (funcionarios de SIPINNA, PPNNA y Sistemas DIF en los tres órdenes de gobierno): se requiere aumentar su presupuesto para fortalecer la capacidad técnica y operativa del personal.

B. *Falta de coordinación interinstitucional*

La falta de coordinación interinstitucional también es uno de los desafíos que presenta la reforma de 2020: hace falta mejorar los mecanismos de coordinación entre las instituciones involucradas, como el INM, el Sistema DIF, la Comar y la PPNNA, y entre ellas con los albergues de la sociedad civil. Asimismo, es necesario armonizar protocolos, procedimientos y reglamentos internos para atender las necesidades específicas de cada niño migrante. Se sabe que los gobiernos estatales y locales están publicando sus regulaciones para coordinarse con el INM, pero el proceso es lento.[112]

[110] KIND *et al.*, "Implementación de las reformas mexicanas que prohíben la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes acompañados y no acompañados", México, IMUMI, 2021.

[111] UNICEF, "Oficinas de protección a la niñez. Informar sobre los costos y opciones para su fortalecimiento", México, UNICEF México, 2019.

[112] KIND *et al.*, "Implementación de las reformas mexicanas...", *cit.*

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

C. *Falta de espacio en los albergues DIF*

Los refugios del DIF y la sociedad civil tienen espacios reducidos debido a la pandemia por Covid-19. El INM intenta hacer canalizaciones a los DIF, pero lo común es que no tenga espacio suficiente, por lo que el INM libera a los niños migrantes sin haber iniciado un trámite migratorio formal, o emite su retorno asistido. Los albergues de la sociedad civil reciben a las familias (que han sido referidas por el INM) mientras esperan el procedimiento de la PPNNA; pero como las familias saben que no pueden ser detenidas, abandonan el albergue. Algunas organizaciones de la sociedad civil han expresado su preocupación porque hay agentes del INM que no han sido debidamente capacitados y detienen a madres y padres y liberan a niñas, niños y adolescentes, lo que resulta en separación familiar.

D. *Fortalecimiento y difusión de modelos de cuidados alternativos*

El establecimiento de modelos de cuidados alternativos como familias de acogida, y modelos de transición para la vida independiente es un área de oportunidad muy importante que tiene la reforma de 2020. Esto en virtud de que la realidad mexicana indica que la mayoría de los niños migrantes no acompañados en México son adolescentes, por lo que la atención de una familia temporal les permitiría contar con un acompañamiento personalizado en su camino hacia la autonomía. En el marco de un cuidado programado, el acogimiento familiar es recomendado como parte de "un continuo de cuidado" para adolescentes con antecedentes de vida complejos, tanto en su lugar de origen como durante el trayecto migratorio, mientras se define su situación y se busca una "solución sostenible de calidad".

E. *¿Deportación a falta de detención?*

En la práctica, las autoridades mexicanas han aplicado el principio de no detención plasmado en la reforma legal de 2020, de un modo que da lugar a la deportación de los niños a los lugares de los cuales vienen huyendo y su vida puede correr peligro, al determinar con frecuencia que la devolución/repatriación/"retorno asistido" del niño a su país de origen es lo que "sirve a su interés superior". Al respecto, Amnistía Internacional ha señalado que se ha llegado a estas decisiones a pesar de que en muchas ocasiones los niños en cuestión acaban de huir de su país por amenazas tanto a su vida como a su libertad o integridad personales, y que lo que pretendían

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

era reunirse con sus familiares en Estados Unidos.[113] Así pues, ahora se evita su detención, pero se privilegia su expulsión a lugares peligrosos.

Si bien es cierto que a la hora de determinar el interés superior de la niñez se ha dado prioridad a la unidad familiar, también lo es que ésta ha sido sinónimo de expulsión, y que rara vez las autoridades mexicanas han considerado que la migración a Estados Unidos sirva al interés superior de un joven migrante no acompañado. KIND y otras organizaciones de la sociedad civil han señalado que en Tapachula, Chiapas, algunos jóvenes no acompañados son referidos a los albergues del DIF, y que la PPNNA emite un plan de restitución de derechos que indica que lo mejor para ellos es ser deportados y que el INM se encargue de devolverlos a su país de origen a través de la figura del "retorno asistido".[114] Es decir, también se viola su derecho de participación y a ser escuchados.

Asimismo, Amnistía Internacional reporta que, a medida que ha aumentado el número de niños no acompañados de Guatemala, Honduras y El Salvador que viajan hacia el norte, ha crecido la presión política que Estados Unidos ejerce sobre México para que el gobierno impida a la población migrante centroamericana —incluidos los niños— cruzar el territorio mexicano para llegar a la frontera con Estados Unidos.[115] En este sentido, resulta ilustrativa una declaración del INM de marzo de 2021 (ya que estaba en vigor la reforma de 2020), donde confirma su intención de interceptar a los niños centroamericanos que se dirigieran a Estados Unidos, a fin de hacer valer su "interé superior".[116]

De hecho, las cifras del propio INM muestran claramente cómo en 2021, primer año de implementación de la reforma de 2020, el número de detenciones (canalizaciones) de niños migrantes ha aumentado de manera estrepitosa respecto de 2020:

---

113 Amnistía Internacional, "Empujados al peligro. Devoluciones forzadas de niños y niñas migrantes no acompañados efectuadas por Estados Unidos y México", Londres, Amnistía Internacional, junio de 2021, disponible en: *https://www.amnesty.org/es/documents/amr51/4200/2021/es/*.

114 KIND *et al.*, "Implementación de las reformas mexicanas...", *cit.*

115 Amnistía Internacional, "Empujados al peligro...", *cit.*

116 INM, "Identifica INM a tres personas menores de edad no acompañadas en operativo de verificación migratoria", México, INM, 23 de abril de 2021, disponible en: *https://www.gob.mx/inm/prensa/identifica-inm-a-tres-personas-menores-de-edad-no-acompanadas-en-operativo-de-verificacion-migratoria-270148?idiom=es*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DETENIDOS/CANALIZADOS POR EL INM 2020-2022

Año	*2020*	*2021*	*2022 (enero-mayo)*
Total (todos los países)	11,262	75,592	21,063

FUENTE: Elaboración propia con datos de la Unidad de Política Migratoria.

Las deportaciones ("retornos asistidos en aras de respetar el interés superior de la niñez") de niños migrantes en 2021 y lo que va de 2022 también han aumentado en relación con 2020:

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DEPORTADOS 2020-2022

Año	*2020*	*2021*	*2022 (enero-mayo)*
Total (todos los países)	8,710	17,711	4,300

FUENTE: Elaboración propia con datos de la Unidad de Política Migratoria.

La mayoría de los niños deportados son de los países del norte de Centroamérica:

NIÑOS DEPORTADOS DE LOS PAÍSES DEL NORTE DE CENTROAMÉRICA

Año	*2020*	*2021*	*2022 (enero-mayo)*
Honduras	3,332	7,834	1,424
Guatemala	4,491	7,527	2,258
El Salvador	680	1,710	284
Total Norte Centroamérica	8,503	17,071	3,966
% Norte Centroamérica total deportaciones	97.6%	96.38%	92.23%

FUENTE: Elaboración propia con datos de la Unidad de Política Migratoria.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

CONCLUSIONES

I. Biopolítica de la infancia: control y producción de pequeños ciudadanos y niños *sacer* a través del adultocentrismo

La biopolítica de la infancia administra, regula y controla la vida de los niños con el fin de producir cierto modelo de sujetos y conducirlos a una forma de vida determinada: *pequeños ciudadanos* que aspiran a ser adultos y en el futuro serán las personas que sigan los cánones del sistema ecónomico en términos de productividad, consumo y autocuidado; o *niños sacer* cuya trayectoria de vida está marcada por condiciones de desigualdad, violencia y vulnerabilidad; en suma, por la precariedad y la desechabilidad de sus vidas.

La biopolítica de la infancia funciona a través de dos dispositivos que parten del adultocentrismo:

— El primero está relacionado con el *zóe* o la nuda vida, y se refiere al poder directo sobre la vida de los niños. Desde el derecho romano, la vida de los niños ha sido definida a partir de un poder que puede eliminarla: el padre tiene la potestad de dar vida o muerte al hijo.
— El segundo está relacionado con el *bíos*, y se refiere a la construcción de la subjetividad de los niños: al control de su vida desde ellos mismos. Desde el adultocentrismo se construye tanto la visión que los adultos tienen sobre los niños como la que los propios niños tienen sobre su relación con los adultos y el mundo.

A través de estos dispositivos se mantienen relaciones de dominación y desigualdad entre adultos y niños a modo de inhibir o regular el acceso de los niños a los derechos y al desarrollo de ciudadanía. Los niños permanecen en el mundo del *zoé* o la nuda vida en la medida en que se ven inmersos en relaciones sociales de desigualdad con los adultos, que son el *bíos* —ciudadanía y política— al que deben aspirar a ser. En la infancia se define quién accede al *bíos*, quién no y las condiciones o reglas de esa permanencia.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

La nuda vida o *zóe* —que es distinta de la vida natural— es una producción específica del poder y no un dato natural, por lo que ni siquiera los niños son nuda vida, a pesar de que representan el inicio de la vida misma. La creación de condiciones biopolíticas de vulnerabilidad para determinados grupos de personas propicia la producción de *zóe*, nudas vidas, vidas superfluas o *personas sacer*, sean adultos o niños. De este modo, la producción de niños *sacer* se propicia en entornos hostiles y precarios donde proliferan relaciones de dominación y distintas formas de violencia social que afectan de manera desproporcionada a la infancia y a las juventudes. Además, en estos entornos hostiles y precarios aumentan las posibilidades de que niños y jóvenes pierdan la vida y sean víctimas de *juvenicidio*.

II. El discurso de derechos humanos de los niños migrantes y su dislocación

A pesar del andamiaje normativo existente en materia de derechos humanos, que tiene como base la dignidad de todas las personas y la no discriminación, millones de personas ven violados sus derechos humanos a diario, especialmente aquellas en condiciones de vulnerabilidad, como migrantes, refugiados y solicitantes de asilo, peor aún en el caso de subgrupos más desfavorecidos, como niños, mujeres o la comunidad LGBT+.

La niñez migrante se encuentra en particulares condiciones de vulnerabilidad por la minoría de edad, sumadas a la condición de movilidad, a la irregularidad migratoria y a viajar sin compañía en muchas ocasiones, además de las otras interseccionalidades que se presenten. La sola condición de niñez/juventud debería bastar para que los Estados de tránsito y destino pusieran en marcha leyes y políticas de protección reforzada para esta población, en aras de hacer vigentes sus derechos humanos. Sin embargo, la apabullante realidad nos muestra que todos los días niños, niñas y jóvenes migrantes ven violados sus derechos humanos en los Estados de origen, tránsito y destino, a pesar del discurso de derechos humanos que se ha construido a su alrededor, y que reconoce un mínimo de derechos humanos a todas las personas por igual.

De este modo, a pesar de los avances realizados en el campo de los derechos humanos desde mediados del siglo pasado, todavía no se ha producido una aplicación sistemática de leyes y políticas nacionales que protejan el acceso de las personas migrantes a sus derechos humanos, ni siquiera de los niños. A diferencia de las legislaciones nacionales, la normativa internacional tiende a contener estándares de protección más amplios; sin embargo,

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

prevé diversas excepciones normativas, que ponen en jaque la protección integral de estos derechos para las personas migrantes. Entonces, el discurso de los derechos humanos "universales" no es tal cuando hablamos de personas migrantes. Aún más, la membresía nacional sigue siendo un importante punto de acceso para estos derechos, por lo que en la práctica los niños migrantes se enfrentan a muchas barreras para acceder y disfrutar de los derechos básicos que tanto el ordenamiento internacional como las legislaciones nacionales les reconocen.

Este libro partió del supuesto teórico (que proviene de la literatura crítica en la materia) que entiende a los derechos humanos como un discurso jurídico-político del poder político que lo utiliza como vehículo para promover sus intereses. Desde esta perspectiva, el discurso de los derechos humanos tiene dos facetas: una, que pugna por el otorgamiento de garantías mínimas a las personas para que puedan vivir con dignidad, y otra que justifica invasiones humanitarias, tribunales de guerra, persecuciones de líderes políticos y la exclusión de las personas ajenas al Estado, que, por definición, son los extranjeros.

La génesis de este discurso se puede rastrear en la noción de derechos naturales usada por la clase burguesa para justificar las revoluciones liberales del siglo XVIII. Posteriormente, con la Segunda Guerra Mundial, este discurso evolucionó —ahora bajo el nombre de derechos humanos— y sirvió para juzgar a las autoridades del nacionalsocialismo alemán por la realización de actos inmorales que eran legalmente válidos al momento de su comisión, y establecer un nuevo orden mundial. Desde el fin del comunismo, los derechos humanos se han vuelto objeto de interés global y forman parte de casi todos los regímenes políticos.

El propósito de este trabajo fue abordar la ruptura del discurso de derechos humanos en relación con las personas migrantes y, en particular, con los niños. El origen de dicha ruptura se puede rastrear desde el origen mismo de los derechos humanos en la era moderna: los "derechos naturales" del "hombre universal" y el Estado nación como organización política encargada de hacerlos valer. El nacionalismo ha sido el parteaguas para otorgar garantías jurídicas mínimas —los derechos humanos de nuestra era— a los ciudadanos de la nación para que puedan vivir con dignidad. Sin embargo, esto sólo ha sido posible a través de la exclusión de los extranjeros, quienes, no obstante, son cruciales tanto para la afirmación de la universalidad de la naturaleza humana de la que hablan las declaraciones liberales de derechos del siglo XVIII como para la afirmación de los propios ciudadanos.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

De este modo, podemos entender que el discurso de derechos humanos de las personas migrantes se encuentra vacío, carente de contenido y significación. En teoría, y bajo este discurso, las personas migrantes son titulares de todos los derechos humanos por su sola humanidad; sin embargo, en la realidad tienen un acceso a los derechos muy limitado, pues éstos siguen estando anclados a la membresía de la nacionalidad. Peor aún, el ser pobre y no blanco parecen ser factores que determinan igualmente el acceso a los derechos.

Entonces, estas personas están en un limbo jurídico en el que les aplica y no el derecho: les aplica en términos de las disposiciones legales de extranjería y migración, siendo acreedores a sanciones en caso de incumplir con ellas (por ejemplo, no contar con documentos que acrediten su estancia legal en los Estados de tránsito y destino); pero no en términos de protección, ya que los derechos humanos están plagados de *excepciones legales* en su aplicación para estas personas. Así, pareciera que para los Estados los migrantes son menos humanos a raíz de su extranjería (y pobreza), lo cual conlleva a la ruptura del discurso hegemónico en materia de derechos humanos, que predica otorgar garantías mínimas a todas las personas para que puedan vivir con dignidad.

México es un país que ha suscrito la inmensa mayoría de tratados internacionales de derechos humanos y tiene una legislación modelo en materia de niñez. Sin embargo, existe una dislocación del discurso de derechos humanos para los niños migrantes que está representado por una serie de anomalías institucionalizadas que dejan a estos niños en un estado de indefensión y en condiciones que no pueden ser acordes con el Estado de derecho y los derechos humanos: no tienen acceso a derechos básicos, como salud, alimentación, educación, juego, libre esparcimiento, etcétera. Además, no se determina su interés superior de manera cabal en los procedimientos migratorios, y son devueltos a los lugares de los que vienen huyendo sin considerar de manera seria sus necesidades de protección internacional; esto es, también ven violados el derecho de buscar y recibir asilo y el principio de no devolución.

A pesar de lo anterior, toda vez que no hay un discurso único de derechos humanos ni es fijo en el tiempo, es posible adaptar ese discurso al contexto y a las necesidades actuales, en este caso de los niños migrantes, y configurarlo acorde con los "derechos humanos contemporáneos".[1] Por ello, es necesario que este discurso sea rearticulado por las luchas sociales

[1] Baxi, U., *The Future of Human Rights*, Nueva Delhi, Oxford, Oxford University Press, 2002.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

que pugnan por la protección de estas personas y se haga *lobbying* para construir nuevas peticiones para su reconocimiento efectivo a nivel político, legal y social.

III. Niñez detenida y controlada: excepciones violentas y derechos humanos

Desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, los derechos de los niños han cobrado preocupación y relevancia en el plano internacional. Se ha construido un discurso en torno a ellos, que pugna por considerarlos como sujetos plenos de derecho respecto de quienes los Estados tienen obligaciones especiales o reforzadas precisamente por su edad. Este discurso, al proceder de los derechos humanos, se construye sobre la no discriminación, consignándose en la Convención la máxima "todos los niños, todos los derechos", por lo que el goce y disfrute de los derechos que consigna el documento es para todos los niños presentes en la jurisdicción de los Estados parte, sin importar si son nacionales o extranjeros (regulares o irregulares), refugiados, solicitantes de asilo o apátridas.

A pesar de lo anterior, cuando hay temas que comprometen la soberanía de los Estados; por ejemplo, el manejo de las personas migrantes y solicitantes de asilo, el discurso de los derechos humanos ya no parece tan claro. El derecho internacional de los derechos humanos afirma en términos generales el principio de no detención de los niños migrantes. Sin embargo, también deja abierta una válvula de escape y permite que la detención de estos niños sea practicada de manera *excepcional* o como medida de *ultima ratio*, por el menor tiempo posible y observándose ciertas garantías de debido proceso. Esto es, no existe una norma absoluta de derechos humanos que proteja a los niños migrantes de la detención a pesar de ser niños y no haber cometido ningún delito.

De este modo, una "excepción violenta" rompe con la lógica proteccionista y humanitaria del discurso de derechos humanos de la niñez migrante y oculta que la excepción funciona como la regla, teniendo como resultado la violación pública, grave y sistemática de los derechos de estos niños. Esta violación, además, se encuentra normalizada, es tolerada y hasta es justificada dada la calidad de migrantes de éstos. Las "excepciones violentas" hacen referencia a las tecnologías de poder destinadas a quebrantar y dislocar el discurso de derechos humanos a través de medidas que funcionan como la regla y no la excepción (como pregona el discurso), al amparo de una re-

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

tórica de falso proteccionismo y humanitarismo que difumina y encubre la racionalidad de control y exclusión de las leyes y políticas migratorias, con independencia de que se trate de niños o, peor aún, que tengan necesidades de protección internacional.

A través del establecimiento de *excepciones violentas*, los derechos humanos de la niñez migrante son instrumentalizados por los poderes predominantes para que maticen —y hasta escondan— las violaciones graves de derechos humanos que los niños migrantes sufren de manera cotidiana no sólo por ser niños, sino por ser migrantes. Esta permisión *excepcional* del derecho internacional cobra relevancia cuando se observa que la detención es una parte fundamental de las políticas nacionales de control y disuasión de la migración irregular, y que los sistemas nacionales de detención de niños migrantes (por ejemplo, el de Estados Unidos, o el que estuvo vigente en México por casi una década)[2] operan precisamente bajo esta *excepcionalidad* que el propio discurso de derechos humanos autoriza.

La administración estatal de las personas migrantes deja al descubierto los mecanismos de exclusión del Estado nación de los "otros": los extranjeros, los cuales están reflejados en las relaciones ciudadanía-nacionalidad/extranjería, pertenencia/deportabilidad y derechos/injusticia. Por ello, sin lugar a dudas, siempre prima el imperativo político de control de la migración irregular sobre los derechos de los niños migrantes, con independencia del país de que se trate y de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos que el país en cuestión tenga. Así, cuando los niños se vuelven migrantes, pierden el acceso a los derechos que podrían tener dada su calidad de niños y, en general, de personas, puesto que el acceso a los derechos sigue teniendo un vínculo inextricable con los binomios ciudadanía/nacionalidad y condición migratoria legal/regular.

En el caso de México, durante casi una década operó un sistema de detención legalizado en la Ley de Migración, que amparó prácticas discriminatorias en contra de los niños migrantes por el solo hecho de ser migrantes: era un sistema en el que no prevalecía su calidad de niños y donde por ser migrantes se les anulaba el derecho que tienen, según el discurso de derechos humanos de la niñez migrante, a no ser detenidos. La reforma de 2020 es un paso muy positivo en el tratamiento de la niñez migrante en México; sin embargo, tiene que ir acompañada de la dotación presupuestal y la vo-

[2] Al respecto, véanse el sistema de detención en Estados Unidos y el sistema mexicano hasta 2020, en Lee, Jennifer J. y Ortega Velázquez, Elisa, "The Detention of Migrant Children: A Comparative Study of the United States and Mexico", *International Journal of Refugee Law 32*, núm. 2, 2020.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

luntad política correspondientes para ser cumplida de manera adecuada, en aras de que la niñez migrante en México tenga garantizados los derechos que le asisten. No es congruente con el discurso político ni con las normativas nacionales e internacionales, que cuando los niños se vuelven migrantes pierdan su calidad y sus derechos como niños.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

FUENTES DE INFORMACIÓN

INTRODUCCIÓN

ACNUR, "Niños en fuga", Washington D. C., ACNUR, 2014.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

CERIANI CERNADAS, P., "Niñez detenida. Los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez, México-Buenos Aires, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A. C., Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, 2012.

DERRIDA, J., "Force of Law: «The Mystical Foundation of Authority»", en CORNELL, Drucilla *et al.* (eds), *Deconstruction and the Possibility of Justice, Symposium*, Papers, Routledge, 1992.

FITZPATRICK, Peter, *El derecho como resistencia. Modernismo, imperialismo, legalismo*, [in Títol original: Law as resistance], Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad Libre, Facultad de Filosofía, 2010.

FOUCAULT, Michel *et al*., *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*, Basingstoke England, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2008.

FOUCAULT, Michel y VÁZQUEZ, José, *Nietzsche. La genealogía, la historia,* 6a. ed., Valencia, Pre-Textos, 2008.

GAXIOLA SÁNCHEZ, M. *et al.*, "La falta de eficacia de las garantías jurisdiccionales para la protección de la integridad física y emocional de los niños, niñas y adolescentes en tránsito por México", *Revista de Investigación Académica Sin Frontera 15*, 2018.

HANSEN, Lene, "Poststructuralism", en BAYLIS, John *et al*. (eds.), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, Reino Unido-New York, Oxford, Oxford University Press, 2020.

KENNEDY, Duncan, "La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 7*, 2006.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

KIND y Centro de Derechos Humanos fray Matías de Córdova, "Niñez interrumpida. Violencia sexual y por motivos de género contra niñez migrante y refugiada centroamericana", México, KIND/Centro de Derechos Humanos fray Matías de Córdova, 2017.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2001.

MEZZADRA, Sandro, *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, precedido por diálogo entre el colectivo Situaciones y Sandro Mezzadra, Madrid, Traficantes de Sueños. Mapas, 2005.

NAVARRO, P. E. y MORESO, Juan J., "The Dynamics of Legal Positivism", *Ratio Iuris 10*, núm. 3 1997.

OECD, "International Migration Outlook 2021", París, OECD, 2021.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *¿México como tercer país (in)seguro? El asilo como derecho humano en disputa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, "Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado 144*, 2015.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *El asilo como derecho en disputa en México. La raza y la clase como dispositivos de exclusión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

PRIBAN, Jiri, "Sharing the Paradigms? Critical Legal Studies and the Sociology of Law", en BANAKAR, Reza y TRAVERS, Max (eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford, Hart, 2002.

RIGO, Enrica, *Europa di Confine. Trasformazioni della Cittadinanza Nell'unione Allargata*, Milan, Booklet Milano, 2007.

UNICEF, *Child Migration*, Nueva York, UNICEF, 2021.

UNICEF, "Uprooted: The Growing Crisis for Refugee and Migrant Children", Nueva York, UNICEF, 2016.

UNODC, "Global Report on Trafficking in Persons 2020", Nueva York, UNODC, 2021.

VAUGHAN-WILLIAMS, Nick, *Border Politics: The Limits of Sovereign Power*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012.

WALTERS, William, "Border/Control", *European Journal of Social Theory 9*, núm. 2, 2006.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

CAPÍTULO PRIMERO

AGAMBEN, Giorgio y COSTA, Flavia, *Estado de excepción:* homo sacer, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2004.

AGAMBEN, Giorgio y GIMENO CUSPINERA, Antonio, Homo sacer. *El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 2010.

AGAMBEN, Giorgio y GIMENO CUSPINERA, Antonio, *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Valencia, Pre-Textos, 2001.

AGAMBEN, Giorgio y MATTONI, Silvio, *Infancia e historia. Destrucción de la experiencia y origen de la historia*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2007.

AGAMBEN, Giorgio, *¿What is an Apparatus? and other Essays*, Stanford, California, Stanford University Press, 2009.

AGAMBEN, Giorgio, "¿Qué es un campo?", *Artefacto. Pensamientos sobre la Técnica 2*, 1998.

AGAMBEN, Giorgio, "Beyond Human Rights", *Social Engineering 15*, 2008.

AGAMBEN, Giorgio, *Altísima pobreza. Reglas monásticas y forma de vida:* homo sacer, Buenos Aires, Filosofía e Historia, Adriana Hidalgo editora, 2013.

AGAMBEN, Giorgio, *Medios sin fin. Notas sobre la política. Ensayo*, Valencia, Pre-Textos, 2010.

ALSTON, P. Y GILMOUR-WALSH, B., *El interés superior del niño*, Buenos Aires, UNICEF Argentina, 2002.

AMUNATEGUI PERELLO, Carlos Felipe, "El origen de los poderes del «Paterfamilias» I. El «Paterfamilias» y la «Patria Potestas»", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 28*, 2006.

ANDERSON, Michael, "Approaches to the History of the Western Family 1500-1914", *New Studies in Economic and Social History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

ARAUJO, Cicero y AMADEO, Javier, *Teoría política latinoamericana*, Buenos Aires, Ediciones Luxemburg, 2010.

ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1987.

ARIÈS, Philippe *et al.*, *Centuries of Childhood*, Londres, Pimlico, 1996.

ARIÈS, Philippe, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, Madrid, Taurus, 1987.

BASTIDAS, F. y TORREALBA, M., "Definición y desarrollo del concepto «proceso de invisibilización» para el análisis social. Una aplicación preliminar a algunos casos de la sociedad venezolana", *Espacio Abierto 23*, núm. 3, 2014.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

BELOFF, Mary, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular. Un modelo para armar y otro para desarmar", *Justicia y Derechos del Niño 1*, 1999.

BENJAMIN, Muller, "Globalization, Security, Paradox: Towards a Refugee Biopolitics", *Refuge: Canada's Journal on Refugees 22*, núm. 1, 5 de enero de 2004, disponible en: *https://doi.org/10.25071/1920-7336.21317*, *https://refuge.journals.yorku.ca/index.php/refuge/article/view/21317*.

BOURDIEU, Pierre, *Razones prácticas*, Barcelona, Anagrama, 1997.

BRENA SESMA, Ingrid, *Intervención del Estado en la tutela de menores*, CDMX, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,1994.

BUSTELO, Eduardo, "Infancia en indefensión", *Salud Colectiva 1*, núm. 3, 2005.

BUSTELO, Eduardo, "Notas sobre infancia y teoría. Un enfoque latinoamericano", *Salud Colectiva 8*, núm. 3, 2012.

BUSTELO, Eduardo, *El recreo de la infancia. Argumentos para otro comienzo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2007.

BUTLER, Judith, *Cuerpos que importan sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

CAMPOY CERVERA, Ignacio *et al.*, "Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños", tesis, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2000.

CIRIZA, A., "Cuerpo y política: sobre «Ciudadanías Globales» y «Sujetos Nómades»", en ARAUJO, C. y AMADEO, J. (eds.), *Teoría política latinoamericana*, Buenos Aires, Ediciones Luxemburg, 2010.

DARLING, Jonathan, "Becoming Bare Life: Asylum, Hospitality, and the Politics of Encampment", *Environment and Planning D: Society and Space 27*, núm. 4, 2009, disponible en: *https://doi.org/10.1068/d10307*.

DELEUZE, Gilles, "Post-Scriptum sobre las sociedades de control", *Polis. Revista Latinoamericana 13*, 2006.

DELGADO, Buenaventura, *Historia de la infancia*, Barcelona, Ariel, 1998.

DELVAL, Juan, "Algunas reflexiones sobre los derechos de los niños", *Infancia y Sociedad (27-28)*, 1994.

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

DUARTE QUAPPER, Claudio, "Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción", *Última Década 36*, 2012.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

ERASMUS, Desiderius, *De la urbanidad en las maneras de los niños* (De civilitate morum puerilium), 2a. ed., Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, Subdirección General de Información y Publicaciones, 2006.

ESPOSITO, Roberto, *Bíos: biopolítica y filosofía. Mutaciones*, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu, 2006.

ESTÉVEZ, Ariadna, "Asilo y derechos humanos en Estados Unidos y Canadá. Cuestionamientos a Giorgio Agamben", *Norteamérica. Revista Académica del CISAN-UNAM 7*, núm. 1, 2012.

FOUCAULT, Michel *et al.*, *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

FOUCAULT, Michel *et al.*, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France (1978-1979)*, Basingstoke England, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2008, disponible en: *http://www.loc.gov/catdir/toc/ecip0814/2008011805.html*.

FOUCAULT, Michel *et al.*, *The Essential Works of Foucault (1954-1984)*, 3 vols., Nueva York, New Press, 1997.

FOUCAULT, Michel y FAUBION, James D., *Power. Essential Works of Foucault (1954-1984)*, Nueva York, New Press, Distributed by W. W. Norton, 2000.

FOUCAULT, Michel y GARZÓN DEL CAMINO, Aurelio, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión. Nueva criminología y derecho*, México-Buenos Aires, Siglo XXI, 1976.

FOUCAULT, Michel y MOREY, Miguel, *Tecnologías del yo y otros textos afines. Pensamiento contemporáneo*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2010.

FOUCAULT, Michel y RABINOW, Paul, *Ethics: Subjectivity and Truth*, Nueva York, New Press, 1997.

FOUCAULT, Michel, "El sujeto y el poder", *Revista Mexicana de Sociología 50*, núm. 3, 1988.

FOUCAULT, Michel, "Historia de la medicalización. Segunda conferencia dictada en el curso de medicina social que tuvo lugar en octubre de 1974, en el Instituto de Medicina Social, Centro Biomédico de la universidad estatal de Río de Janeiro, Brasil", *Educación Médica y Salud 11*, 1977.

FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad*, vol. I, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 1991.

FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1978.

FOUCAULT, Michel, *Los anormales. Curso en el ColléGe de France 1974-1975*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, trans. Horacio Pons, Michel SENELLART (ed.), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.

FOUCAULT, Michel, *The History of Sexuality*, Nueva York, Vintage Books, 1988, disponible en: *http://www.loc.gov/catdir/description/random048/79007460.html*.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, "La legislación de menores en América Latina. Una doctrina en situación irregular", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (ed.), *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fé de Bogotá, Colombia, Forum Pacis, 1994.

GÉLIS, Jacques, "La individualización del niño", en ARIÈS, Philippe y DUBY, Georges (eds,), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, 1998.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, "¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina", en PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat y MACÍAS VÁZQUEZ, Ma. Carmen (eds.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, CDMX, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos humanos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, CDMX, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

HIERRO, Liborio, "Los derechos humanos del niño", en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE.

LOCKE, John, *Pensamientos sobre la educación*, Madrid, Akal, 1994.

LOREDO NARCIANDI, José Carlos y JIMÉNEZ ALONSO, Belén, "Pequeños ciudadanos. La construcción de la subjetividad infantil en la primera puericultura española e hispanoamericana", *Universitas Psychologica 13*, núm. 5, 2014.

MANTILLA, Lucía, "El lugar de la infancia en la biopolítica contemporánea", en MANTILLA, Lucía *et al.* (eds.), *Biopolítica e infancia: niños, niñas e instituciones en el contexto latinoamericano*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2017.

MANTILLA, Lucía, *Biopolítica en el juego y el jugar*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2016.

MCLAUGHIN, Mary Martin, "Barbarie y religión. La infancia a fines de la época romana y la Edad Media", en DEMAUSE, Lloyd, *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

MOERMAN, Joseph, "Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias", en VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.), *La Convención sobre los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996.

MUHLE, María, "Sobre la vitalidad del poder. Una genealogía de la biopolítica a partir de Foucault y Canguilhem", *Revista de Ciencia Política (Santiago) 29*, 2009, disponible en: *https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2009000100008*.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, "Biopolítica legal", en ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa (ed.), *El derecho como regulación de la vida y la muerte. Biopolítica y necropolítica legal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, "Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana. Entre el control y la protección", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado 144*, 2015.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *El asilo como derecho en disputa en México. La raza y la clase como dispositivos de exclusión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *Estándares para niños, niñas y adolescentes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos*. Colección de estándares del sistema interamericano de derechos humanos, vol. 2, CDMX, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 2017.

PAVEZ-SOTO, I., "Sociología de la infancia. Las niñas y los niños como actores sociales", *Revista de Sociología 27*, 2012.

PERROT, Michelle, "Figuras y funciones", en ARIÈS, Philippe y DUBY, Georges (eds.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, 1991.

PODESTÁ, B., "Derivas de la cuestión biopolítica", en RAFFIN, M. y PODESTÁ, B. (eds.), *Problemas y debates de la tradición y la actualidad de la filosofía política*, San Juan, Argentina, Universidad Nacional de San Juan, 2012.

POLLOCK, Linda A., *Los niños olvidados. Relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*, México, Fondo de Cultura Económica, Biblioteca de Psicología y Psicoanálisis, 1993.

QUINTANA PORRAS, Laura, "De la nuda vida a la «forma-de-vida». Pensar la política con Agamben desde y más allá del paradigma del biopoder", *Argumentos 19*, núm. 52, 2006.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid, RAE, 2014, disponible en: *https://dle.rae.es*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 1993.

ROBERTSON, Priscilla, "El hogar como nido. La infancia de la clase media en la Europa del siglo XIX", en DEMAUSE, Lloyd (ed.), *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982.

RODRÍGUEZ TRAMOLAO, Sergio, *Superando el adultocentrismo*, Santiago de Chile, UNICEF, 2013.

ROJAS, Mónica, "El adultocentrismo violenta a todos los niños, niñas y adolescentes", *Revista Para el Aula-IDEA 27*, 2018.

ROSE, Nikolas *et al.*, "Gubernamentalidad", *Astrolabio 8*, 2012.

ROSS, James Bruce, "El niño de la clase media en la Italia urbana del siglo XVI a principios del siglo XVI", en DEMAUSE, Lloyd (ed.), *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza, 1982.

ROUSSEAU, Jean-Jacques y BERGUA, Juan B., *Emilio o sobre la educación*, 2 vols., Madrid, Librería Bergua, 1932.

SAIDEL, Matías, "Lecturas de la biopolítica: Foucault, Agamben, Esposito", *Opción 177*, 2013.

SANTO POSIDIO, Agustín y ANTUÑANO ALEA, Salvador, *Confesiones; Contra los académicos; De la vida feliz; Soliloquios; La inmortalidad del alma; El maestro; La catequesis de los principiantes; La naturaleza del bien; Contra los maniqueos/San Agustín; Estudio introductorio por Salvador Antuñano Alea*, Madrid, Biblioteca de Grandes Pensadores, Gredos, 2012.

UNICEF, *Estado mundial de la infancia 2005*, Nueva York, UNICEF, 2004 disponible en: *https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210598194*.

URTEAGA, Maritza y MORENO, Hugo César, "Corrupción e impunidad versus justicia y derecho en México", en VALENZUELA ARCE, José Manuel (ed.), *Juvenicidio. Ayotzinapa y las vidas precarias en América Latina*, México, Ned Ediciones, El Colegio de la Frontera Norte, ITESO, 2015.

VALENZUELA ARCE, José Manuel, *Sed de mal. Feminicidio, jóvenes y exclusión social*, México, El Colegio de la Frontera Norte-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2012.

VALENZUELA ARCE, José Manuel, *Trazos de sangre y fuego. Bionecropolítica y juvenicidio en América Latina*, Bielefeld, Bielefeld University Press, 2019.

VÁSQUEZ, Jorge Daniel, "Adultocentrismo y juventud. Aproximaciones foucaulteanas", *Sophia. Colección de Filosofía de la Educación 15*, 2013.

VEYNE, Paul, "El imperio romano", en ARIÈS, Phillipe y DUBY, Georges (eds.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, 1988.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

VIVES, Juan Luis, "De la mujer cristiana", *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1947.

WASSERMAN, Teresa, "¿Quién sujeta al sujeto? Una reflexión sobre la expresión «El niño como sujeto de derecho»". *Ensayos y Experiencias 8*, núm. 41, 2001.

WIRTH MARWICK, Ellizabeth, "Naturaleza y educación. Pautas y tendencias de la crianza en los niños en la Francia del siglo XVII", en DEMAUSE, Lloyd (ed.), *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982.

ZEMBYLAS, Michalinos, "Agamben's Theory of Biopower and Immigrants/Refugees/Asylum Seekers. Discourses of Citizenship and the Implications for Curriculum Theorizing", *JCT, Journal of Curriculum Theorizing 26*, núm. 2, 2002.

CAPÍTULO SEGUNDO

ACNUR, "Arrancados de raíz", México, ACNUR, 2014, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9828.pdf*.

AGUILAR, Jeannette y CARRANZA, Marlon, "Las maras y pandillas como actores ilegales de la región", *Informe del Estado de la región en desarrollo humano sostenible*, San José, Costa Rica, PEN, 2008.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ALONSO SANZ, Lucía, *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Madrid, UCM, 2015.

ANARTE BORRALLO, Enrique, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada en delincuencia organizada. Aspectos penales procesales y criminológicos", en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (ed.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, Universidad de Huelva Publicaciones, 1999.

ANDRADE MONAR, Elsy Virginia, "Análisis de las formas de difusión de la pornografía infantil en Internet, en la legislación ecuatoriana", Ecuador, Universidad Regional Autónoma de los Andes 2016, disponible en: *https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7211/1/TUBAB106-2016.pdf*.

ARMIJO CANTO, Natalia, "Frontera sur de México: los retos múltiples de la diversidad", en ARMIJO CANTO, Natalia (ed.), *Migración y seguridad: nuevo desafío*, México, Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia A. C. (Casede), 2011.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

AZAOLA, Elena, *Infancia robada. Niños y niñas víctimas de explotación sexual en México*, México, DIF/UNICEF, 2000.

AZAOLA, Elena, "La explotación sexual comercial de niños y niñas en México", *Defensor, CDHDF 4*, 2009.

BALLESTEROS DE VALDERRAMA, Patricia, B. *et al.*, "La pandilla juvenil. Breve revisión y análisis funcional de un caso", *Revista Internacional de Psicología Clínica y de la Salud 2*, 2002.

BARRÓN, M., *Violencia. Serie adolescencia: educación y salud*, Buenos Aires, Editorial Brujas, 2015.

BEDDOE, C., "World Congress Against the Sexual Exploitation of Children and Adolescents", en BOLIN, A. y WHELEHAN, P. (eds.), *The International Encyclopedia of Human Sexuality*, Londres, Wiley-Blackwell, 2015.

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

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

BOURDIEU, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona, Anagrama, 1999.

BRYSK, Alison y CHOI-FITZPATRICK, Austin, *From Human Trafficking to Human Rights: Reframing Contemporary Slavery*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2012.

BUSCARONS, Edis, *Prostitución infantil. Una industria inhumana que sigue creciendo*, disponible en: *https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/BibliotecaV2/Documentos/Trata/Articulos/prostitucion_infantil.pdf*.

BUSTELO, Eduardo, *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina*, Bogotá, UNICEF-Fondo de Cultura Económica, 1986.

CAMACHO ORDÓÑEZ, Leidy Bibiana y TRUJILLO GONZÁLEZ, María Angélica, "La explotación sexual comercial infantil: una ganancia subjetiva", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud 7*, 2009.

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

CARAVACA MORERA, Jaime Alonso, "De *homo sacer*, nudas vitas y abandonos. El caso de la transexualidad en la teoría tanatopolítica", *Enfermería: Cuidados Humanizados 8*, 2 (2019).

CARMONA, Encarna, "La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el derecho español", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico 9*, 2011.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

CHANG, Grace y KIM, Kathleen, "Reconceptualizing Approaches to Human Trafficking: New Directions and Perspectives from the Field(s)", *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties 3*, núm. 2.

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

CHILDHOOD, Jenks C., Reino Unido, Routledge, 1996.

CIDH, "Violencia, niñez y crimen organizado", OEA/Ser.L/V/II.Doc. 40/15, Washington D. C., OEA, 2015.

CNDH, "Informe sobre la problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y con necesidades de protección internacional", México, CNDH, 2018, disponible en: *https://www.cndh.org.mx/documento/informe-sobre-la-problematica-de-ninas-ninos-y-adolescentes-centroamericanos-en-contexto*.

COHN, Ilene y GOODWIN, Guy, *los niños soldados. Un estudio para el Instituto Henry Dunant*, Ginebra, Madrid, Cruz Roja Juventud, 2007.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", Observación General núm. 13, CRC/C/GC/13, Ginebra, ONU, 2011.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "Observación General No. 6, «Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen»", CRC/GC/2005/6, Ginebra, Comité de los Derechos del Niño, 1o. de septiembre de 2005, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf*.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", Observación General No. 6, CRC/GC/2005/6, Ginebra, ONU, 1o. de septiembre de 2005, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf*.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, "El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja", Ginebra, Cruz Roja Internacional, 2011.

COMMITTEE OF THE RIGHTS OF THE CHILD, "Guidelines Regarding the Implementation of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography", CRC/C/156, Geneve, UN, 19 September 2019, disponible en: *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/CRC.C.156_OPSC_Guidelines.pdf*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

CORNEAL, Devon, "On the Way to Grandmother's House: Is U.S. Immigration Policy More Dangerous Than the Big Bad Wolf for Unaccompanied Juvenile Aliens?", *Penn State Law Review 109*, 2004-2005.

CORREA-CABRERA, Guadalupe y Jennifer Bryson, CLARK, "Re-Victimizing Trafficked Migrant Women: The Southern Border Plan and Mexico's Anti-Trafficking Legislation", *Eurasia Border Review 8*, núm. 1, 2017.

COTS, Jordi, "Los derechos humanos del niño", en MARZAL, A. (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Barcelona, Bosch, 1999.

COUNCIL OF EUROPE, "Public Register of Authentic Identity and Travel Documents Online (Prado)", disponible en: *http://prado.consilium.europa.eu/en/searchByIssuingCountry.html*.

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

CRUZ OCHOA, Ramón de la, *Crimen organizado. Delitos más frecuentes. Aspectos criminológicos y penales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

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

DETTLAFF, A. J. y Johnson, M. A. "Child Maltreatment Dynamics among Immigrant and U.S. Born Latino Children: Findings from the National Survey of Child and Adolescent Well-Being (Nscaw)", *Children and Youth Services Review 33*, 2011.

ECPAT, "Power, Impunity and Anonymity. Understanding the Forces Driving the Demand for Sexual Exploitation of Children", Bangkok, ECPAT International, 2016, disponible en: *https://ecpat.org/wp-content/uploads/2021/05/PowerImpunityandAnonymity.pdf*.

ECPAT, "Summary Paper on Sexual Exploitation of Children in Prostitution", Bangkok, ECPAT International, noviembre de 2020, disponible en: *https://ecpat.org/wp-content/uploads/2021/05/ECPAT-Summary-paper-on-Sexual-Exploitation-of-Children-in-Prostitution-2020.pdf*.

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

FÉLIX, Paola, "Migración, el inframundo de la explotación sexual infantil", *El Universal*, México, 2 de abril de 2019, disponible en: *https://www.eluni-*

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

versal.com.mx/articulo/paola-felix-diaz/migracion-el-inframundo-de-la-explotacion-sexual-infantil.

FINKELHOR, D. *et al.*, "Polyvictimization in Developmental Context", *Journal of Child and Adolescent Trauma 4*, núm. 4, 2011.

GALTUNG, Johan y HÖIVIK, T., "Structural and Direct Violence: A Note on Operationalization", *Journal of Peace Research 8*, núm. 8, 1971.

GALTUNG, Johan, "Cultural Violence", *Journal of Peace Research 27*, núm. 3, 1990.

GALTUNG, Johan, "La violencia: cultural, estructural y directa", *Cuadernos de Estrategia 183*, 2016.

GLOBAL ALLIANCE AGAINST TRAFFIC IN WOMEN (GAATW), "Smuggling and Trafficking: Rights and Intersections", *GAATW Working Papers Series*, Bangkok, Thailand, GAATW, 2011.

GREENBAUM, J., "A Public Health Approach to Global Child Sex Trafficking", *Annual Review of Public Health 41*, 2020.

GREENBAUM, J., "Child Sex Trafficking and Commercial Sexual Exploitation", *Advances in Pediatrics 65*, núm. 1, 2018.

GREKUL, J. y LABOUCANE-BENSON, P., "Aboriginal Gangs and Their (Dis) Placement: Contextualizing Recruitment, Membership, and Status", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice 50*, núm. 1 2008.

HAGEDORN, J. M., "The Global Impact of Gangs", *Journal of Contemporary Criminal Justice 21*, núm. 2 2005.

HAWKE, Angela y RAPHAEL, Alison, "Global Study on the Sexual Exploitation of Children in Travel and Tourism 2016", *Offenders on the Move*, Bangkok, ECPAT, 2016.

HERNÁNDEZ-HERNÁNDEZ, Óscar Misael, "Cartografías de la violencia hacia menores migrantes en el noreste de México", *Methaodos. Revista de Ciencias Sociales 7*, núm. 2, 2019.

ILO, "Global Estimates of Child Labour. Results and Trends, 2012-2016", Geneve, ILO, 2017.

ILO, UNICEF, "Global Estimates 2020, Trends and the Road Forward", Nueva York, ILO- UNICEF, 2021.

INTERAGENCY WORKING GROUP ON SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN, "Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse", Luxembourg/Bangkok, ECPAT International, June 2016, disponible en: *http://luxembourgguidelines.org/wp-content/uploads/2017/06/Terminology-guidelines-396922-EN.pdf*.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

JIMÉNEZ BAUTISTA, F. y MUÑOZ MUÑOZ, F. A., "Violencia cultural", en LÓPEZ MARTÍNEZ, Mario (ed.), *Enciclopedia de paz y conflictos*, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2004.

JORDAN, Ann, "The Annotated Guide to the Complete U.N. Trafficking Protocol", Washington, D. C., International Human Rights Law Group, 2002.

JÜTERSONKE, O. *et al.*, "Gangs, Urban Violence, and Security Interventions in Central America", *Security Dialogue 40*, núm. 4-5, 2009.

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

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

LE GOFF, Hélène y LOTHAR WEISS, Thomas, *La trata de personas en México. Diagnóstico sobre la asistencia a víctimas en México*, México, OIM, 2011.

LEYTON LEYTON, Ignacio Alfredo Ramón y TOLEDO CANDIA, Francisca Inés, *A propósito de la violencia: reflexiones acerca del concepto*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2012.

LIU, Yanchuan, "The Commodification of Human Life: Human Trafficking in the Age of Globalization", *Macalester International 25*, 2010.

LUCAS MARÍN, Antonio, "El proceso de socialización: un enfoque sociológico", *Revista Española de Pedagogía 173*, 1986.

LUCZAK, Anna y KINZIG, Jorg, "El manejo del crimen organizado en la Unión Europea y Alemania. Comprensión y respuesta a una presunta amenaza", en MACEDO DE LA CONCHA, R. (ed.), *Delincuencia organizada*, México, INACIPE, 2004.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, "Introducción: aproximación a la nación de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo", en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (eds.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

MARTÍNEZ PACHECO, Agustín, "La violencia. Conceptualización y elementos para su estudio", *Revista Política y Cultura 46*, 2016.

MARTÍNEZ REYES, Alberto y NAVARRO PÉREZ, José Javier, "¿Atracción o reclutamiento? Causas que motivan el ingreso en las pandillas de los/as adolescentes salvadoreños/as", *Revista Prisma Social 23*, 2018.

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

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

MILLER-PERRIN, C. y WURTELE, S. K., "Sex Trafficking and the Commercial Sexual Exploitation of Children", *Women & Therapy 40*, núm. 1-2, 2017.

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

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

OIT, "Ilo Global Estimate of Forced Labour 2012: Results and Methodology", Geneva, ILO, 1 June 2012, disponible en: *https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_182004/lang--en/index.htm*.

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

OMS, "Informe mundial sobre la violencia y la salud", Washington D. C., OMS, 2003.

OMS, "Maltrato infantil", 8 de junio de 2020, disponible en: *https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment*.

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

ONU, AG. "Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños. Promoción y protección de los derechos del niños", A/51/306, Ginebra, ONU, agosto de 1996.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, "Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado 144*, 2015.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *Niñas, niños y adolescentes víctimas del crimen organizado en México*, México, CNDH, 2019.

PAVEZ-SOTO, I., "Inmigración y racismo: experiencias de la niñez peruana en Santiago de Chile. Si somos americanos", *Revista de Estudios Transfronterizos 12*, núm. 1, 2012.

PEÑA, J., "There's No Racism in Canada, but…, the Canadian Experience and Labor Integration of the Mexican Creative Class in Toronto", *Migraciones Internacionales 8*, núm. 3, 2016.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

PEREDA, N. *et al.*, "Victimization and Polyvictimization of Spanish Children and Youth: Results from a Community Sample", *Child Abuse and Neglect 38*, núm. 4, 2014.

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

PICUM, "Niños primero y ante todo", Bruselas, PICUM, 2013.

PINHEIRO, Paulo Sérgio, "Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas", Madrid, UNICEF España, 2010.

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

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), "Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina", Nueva York, PNUD, 2013.

QUIJANO, A., "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en Lander, E. (ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.

RENNIE, L., "Feminist and Peace Perspectives on Women", en KURTZ, L., *Encyclopedia of Violence, Peace, and Conflict*, San Diego, Academic Press, 1999.

REY, Fernando, "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional 84*, 2008.

RUIZ CARBONELL, Ricardo, *La violencia contra niñas, niños y adolescentes (NNA). Su impacto en la sociedad y las familias*, México, CEAV, 2016.

SÁNCHEZ-JANKOWSKI, M., "Gangs and Social Change", *Theoretical Criminology 7*, núm. 2, 2003.

SAVE THE CHILDREN, "Rompamos las cadenas de la esclavitud infantil. Informe de Save the Children", Madrid, Save the Children España, 2000, disponible en: *https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/rompamos_las_cadenas_esclavitud.pdf*.

SAVE THE CHILDREN, "Violencia sexual contra los niños y las niñas. Abuso y explotación sexual infantil. Guía de material básico para la formación de profesionales", Madrid, Save the Children España/Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012.

SHETTY, Salil, "Most Dangerous Journey: What Central American Migrants Face When They Try to Cross the Border", Nueva York, Amnesty In-

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

ternational, February 20, 2014, disponible en: *https://www.amnestyusa.org/most-dangerous-journey-what-central-american-migrants-face-when-they-try-to-cross-the-border/*.

SIMKIN, H. y Becerra, G., "El proceso de socialización. Apuntes para su exploración en el campo psicosocial", *Ciencia, Docencia y Tecnología XXIV*, núm. 47, 2013.

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

THORBURN, Natalie y HAAN, I. de, "Children and Survival Sex: A Social Work Agenda", *Aotearoa New Zealand Social Work 26*, núm. 4, 2014.

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

UN, GA, "Special Rapporteur on Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Sale and Sexual Exploitation of Children, Including Child Prostitution, Child Pornography and Other Child Sexual Abuse Material; and Trafficking in Persons, Especially Women and Children", A/72/164, UN, 18 July 2017.

UNICEF, "Estado mundial de la infancia 2012. Niñas y niños en un mundo urbano", Ginebra, UNICEF, 2012.

UNICEF, "Human Trafficking for Sexual Exploitation Purposes in Guatemala", Guatemala, UNICEF, 2016.

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

UNICEF, UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, "Cómo eliminar la violencia contra los niños", París, Unión Interparlamentaria/UNICEF, 2007.

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

UNODC, "Global Report on Trafficking in Persons 2016", Vienna, UNODC, 2017.

UNODC, "Global Report on Trafficking in Persons 2018", Vienna, UNODC, 2019.

UNODC, "Global Report on Trafficking in Persons 2020", Nueva York, UNODC, 2021.

UNODC, "Global Study on Smuggling of Migrants 2018", Vienna, UNODC, 2018.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

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

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

UNODC, "Unodc's Comprehensive Strategy to Combat Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants", Vienna, UNODC, 2012.

URIBE ARZATE, E. y GONZÁLEZ CHÁVEZ, L., "La protección jurídica de las personas vulnerables", *Revista de Derecho 27*, 2007.

URIBE ARZATE, Enrique y ROMERO SÁNCHEZ, Jesús, "Vulnerabilidad y victimización en el Estado mexicano", *Revista Espiral 14*, núm. 42, 2008.

VER GALLAGHER, Anne, "Human Rights and the New Un Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis", *Human Rights Quarterly 23*, 2001.

WEIGERT, K., "Structural Violence", en FINK, G. (ed.), *Stress of War, Conflict and Disaster*, San Diego, Academic Press, 2008.

WIEVIORKA, M., "La mutación del racismo", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales 49*, núm. 200, 2007.

WORLD CONGRESS AGAINST COMMERCIAL SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN, "The Stockholm Declaration and Agenda for Action", 1997, disponible en: *https://archive.unescwa.org/declaration-and-agenda-action-world-congress-against-commercial-sexual-exploitation-children*.

CAPÍTULO TERCERO

ACNUDH, "Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del Marco Internacional para la Protección de los Derechos del Niño en el Contexto de la Migración", A/HRC/15/29, Ginebra, ONU, 5 de julio de 2010.

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS, "General Comment No. 3, On the African Charter on Human and Peoples Rights: The Right to Life (Article 4)", 18 November 2015.

BAXI, U., *The Future of Human Rights*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 2002.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

BUSTELO, Eduardo, *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina*, Bogotá, UNICEF-Fondo de Cultura Económica, 1986.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999.

CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Translated by Atilio Pentimalli y Blanca Rivera de Madariaga, Barcelona, Ariel, 1993.

CERIANI CERNADAS, P., "Niñez detenida: los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez", México, Buenos Aires, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A. C., Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, 2012.

CIDH, "Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México", Washington, D. C., CIDH, 2013.

CIDH, "Informe No. 33/04. Caso 11.634. Fondo. Jailton Neri Da Fonseca. Brasil", 11 de marzo de 2004.

CIDH, "Seguridad ciudadana y derechos humanos", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, Washington D. C., OEA, 31 de diciembre de 2009.

CIDH, "Violencia, niñez y crimen organizado", OEA/Ser.L/V/II.Doc. 40/15, Washington D. C., OEA, 2015.

CoIDH, "Asunto de los niños y adolescentes privados de libertad en el «Complexo do Tatuapé da Febem Respecto Brasil»", San José, CoIDH, 30 de noviembre de 2005.

CoIDH, "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile", San José, CoIDH, 24 de febrero de 2012.

CoIDH, "Caso Bulacio vs. Argentina", San José, CoIDH, 18 de septiembre de 2003.

CoIDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", San José, CoIDH, 26 de noviembre de 2010.

CoIDH, "Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú", San José, CoIDH, 30 de mayo de 1999.

CoIDH, "Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala", San José, CoIDH, 25 de mayo de 2010.

CoIDH, "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", San José, CoIDH, 24 de agosto de 2010.

CoIDH, "Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam", San José, CoIDH, 15 de junio de 2005.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

CoIDH, "Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", San José, CoIDH, 24 de noviembre de 2009.

CoIDH, "Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia", San José, CoIDH, 15 de septiembre de 2005.

CoIDH, "Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia", San José, CoIDH, 1o. de julio de 2005.

CoIDH, "Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas", San José, CoIDH, 8 de septiembre de 2005.

CoIDH, "Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú", San José, CoIDH, 8 de julio de 2004.

CoIDH, "Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala", San José, CoIDH, 19 de noviembre de 1999.

CoIDH, "Caso Familia Barrios vs. Venezuela", San José, CoIDH, 24 de noviembre de 2011.

CoIDH, "Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2013.

CoIDH, "Caso Forneron e Hija vs. Argentina", San José, CoIDH, 27 de abril de 2012.

CoIDH, "Caso Furlan y Familiares vs. Argentina", San José, CoIDH, 31 de agosto de 2012.

CoIDH, "Caso Gelman vs. Uruguay", San José, CoIDH, 24 de febrero de 2011.

CoIDH, "Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia", San José, CoIDH, 12 de septiembre de 2005.

CoIDH, "Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala", San José, CoIDH, 25 de noviembre de 2003.

CoIDH, "Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México", San José, CoIDH, 31 de agosto de 2019.

CoIDH, "Caso Tibi vs. Ecuador", San José, CoIDH, 7 de septiembre de 2004.

CoIDH, "Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia", San José, CoIDH, 27 de noviembre de 2008.

CoIDH, "Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador", San José, CoIDH, 21 de noviembre de 2007.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

CoIDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva OC-17/02, San José, CoIDH, 28 de agosto de 2002.

CoIDH, "Cuadernillo de Jurisprudencia número 5, Niños, Niñas y Adolescentes", San José, CoIDH, 2018.

CoIDH, "Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional", Opinión Consultiva 21/2014, San José de Costa Rica, CoIDH, 2014.

CoIDH, "El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)", Opinión Consultiva OC-2/82, Serie A, núm. 2, San José, CoIDH, 24 de septiembre de 1982.

CoIDH, "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", San José, CoIDH, 2 de septiembre de 2004.

CoIDH, "Nadege Dorzema vs. República Dominicana", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de octubre de 2012.

CoIDH, "Opinión Consultiva Oc-18, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, Ginebra, ONU, 11 de agosto de 2000.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Observación General número 13, E/C.12/1999/10", Ginebra, ONU, 8 de diciembre de 1999.

Comité de Derechos Humanos, "Artículo 12. La libertad de circulación, Observación General No. 27, Hri/Gen/1/Rev.7", Ginebra, ONU, 1999.

Comité de Derechos Humanos, "La situación de los extranjeros con arreglo al pacto, Observación General No. 15", Ginebra, ONU, 1986.

Comité de Derechos Humanos, "No discriminación, Observación General No. 18, Hri/Gen/1/Rev.7", Ginebra, ONU, 10 de noviembre de 1989.

Comité de Derechos Humanos, "Observación General No. 35, artículo 9, Libertad y Seguridad Personal", Ginebra, ONU, 16 de diciembre de 2014.

Comité de Derechos Humanos, "Observación General No. 36. Sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida", CCPR/C/GC/36, Ginebra, ONU, 30 de octubre de 2018.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, "Observación General. No 27, Libertad de circulación (artículo 12), Ccpr/C/21/Rev.1/Add.9", Ginebra, ONU, 2 de noviembre de 1999.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)", Observación general No. 14, CRC/C/GC/14, ONU, Ginebra, 29 de mayo de 2013.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la convención sobre los derechos del niño", Observación general No. 4, CRC/GC/2003/4, Ginebra, ONU, julio de 2003.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 5", Ginebra, ONU, 2003.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "Observación General No. 12. El derecho del niño a ser escuchado, Crc/C/Gc/12", Ginebra, ONU, 20 de julio de 2009.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", Observación general No. 7, CRC/C/GC/7, noviembre de 2005.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", Observación General No. 6, CRC/GC/2005/6, Ginebra, ONU, 1o. septiembre de 2005, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf*.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, "Observación General No. 30, Discriminación contra los no ciudadanos", Ginebra, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 1o. de octubre de 2004.

COMITÉ PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, "Comentario General No. 2. sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares", CMW/C/GC/2, Ginebra, Comité de Trabajadores Migratorios, 28 de agosto de 2013.

COMITÉ PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, "Trabajadores domésticos migratorios, Observación General No. 1", Ginebra, ONU, 23 de febrero de 2011.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", A/HRC/31/57, Ginebra, ONU, 5 de enero de 2016.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamente, a/Hrc/11/7", Ginebra, ONU, 14 de mayo de 2009.

Corte de Constitucionalidad en Guatemala, "Expediente 2317-2012", Guatemala, CCG, 17 de octubre de 2012.

CORTE SUPREMA DE CHILE, "Fallo 2.309-2015, Segunda Sala", 19 de febrero de 2015.

CORTE SUPREMA DE CHILE, "Fallo: 5276-2015", Santiago: CSC, 23 de abril de 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, "Antinao, Celia C/Di Cristófaro, Marcelo Ariel Dapueto, Gabriela Noemí S/Incidente de Restitución en Autos: «Antinao, J. A. S/ Sumario», 501/2003", Buenos Aires, CSA, 2003.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, "G., J. S. S/ Violencia Familiar, Expte. No. 364 - Año 2014 Cat, Sentencia del 12/02/2015", Buenos Aires, CSJA, 2015.

CRAWLEY, I., *Child First, Migrant Second: Ensuring That Every Child Matters*, Londres, ILPA, 2006.

DOUZINAS, C., "El fin(al) de los derechos humanos", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla 22*, 2008.

FISS, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs 5*, 1976.

FOUCAULT, Michel *et al.*, *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, trans. Horacio Pons, edición de Michel Senellart, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.

GALLAGHER, Anne T., *International Law and Human Trafficking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

GUIMONT, A., "Le droit a l'éducation des enfants migrants", Geneve, OACDH, 2007, disponible en: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/Droit_leducation_fr.pdf*.

GUIRAUDON, Virginie y LAHAV, Gallya, "A Reappraisal of the State Sovereignity Debate: The Case of Migrant Control", *Comparative Political Studies 133*, 2000.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

HUNGARIAN MINISTRY OF HUMAN, AND WHO CAPACITIES, "Hungary: Assessing Health-System Capacity to Manage Sudden, Large Influxes of Migrants", Copenhagen, WHO, 2016.

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR, "La implementación de los acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes. Estudios e investigaciones. Diagnóstico y lineamientos para la acción", Buenos Aires, IPPDH, 2012.

LACLAU, E. y MOUFFE, C., *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, Nueva York, Verso, 2014.

MACDONALD, M., "Natural Rights", en WALDRON, J. (ed.), *Theories of Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 1985.

MACKINNON, Catharine A., *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press, 1979.

MARTIN, Susan, "The Legal and Normative Framework of International Migration, Global Commission on International Migration, Paper Prepared for the Policy Analysis and Research Programme", Geneve, GCIM, 2005.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *Estándares para niños, niñas y adolescentes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos*. Colección de estándares del sistema interamericano de derechos humanos, vol. 2, CDMX, CNDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

PÁRAMO, J., "Derecho subjetivo", en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

PICUM, "Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa", Bruselas, PICUM, 2007.

PICUM, "Los niños indocumentados en Europa: víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración", Bruselas, PICUM, 2008.

POST, Robert, "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en POST, Robert (ed.), *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003.

SABA, Roberto, "(Des)igualdad estructural", *Revista Derecho y Humanidades 11*, 2005.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, "Tesis 1a./J. 12/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 40, tomo I", México, SCJN, marzo de 2017.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

SIEGEL, Reva B., "Discrimination in the Eyes of the Law: How Color Blindness Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification", en POST, Robert (ed.), *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003.

TIE, W., "Beyond the Dislocation(S) of Human Rights", *Social and Legal Studies 18*, núm. 1, 2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "Bobrov vs Russia, sentencia (1a. sección)", 23 de octubre de 2014.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "Rodríguez da Silva vs. Holanda, Demanda núm. 50435/99", Estrasburgo, TEDH, 31 de enero de 2006.

TUCK, R., *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

UNICEF, "Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño", Nueva York, UNICEF, 2004.

UNICEF, "Observación escrita de Unicef sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe. Solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Buenos Aires, UNICEF, 2013.

URIBE ARZATE, E. y GONZÁLEZ CHÁVEZ, L., "La protección jurídica de las personas vulnerables", *Revista de Derecho 27*, 2007.

VIDO, Sara de, "States Positive Obligations to Erradicate Domestic Violence: The Politics of Relevance in the Interpretation of the European Convention on Human Rights", *ESIL Reflections 6*, núm. 6, 2017.

WESTON, B., "Human Rights", en STEINER, H. J. y ALSTON, P. (eds.), *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

WHITE, Sara, "Being, Becoming and Relationship: Conceptual Challenges of a Child Rights Approach in Development", *Journal of International Development 14*, núm. 8, 2002.

WOODIWISS, A., "Human Rights and the Challenge of Cosmopolitanism", *Theory, Culture & Society 19*, núms. 1-2, 2002.

CAPÍTULO CUARTO

ACNUDH, "Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del Marco Internacional para la Protección

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

de los Derechos del Niño en el contexto de la migración", A/HRC/15/29, Ginebra, ONU, 5 de julio de 2010.

ACNUR, "Directrices para la determinación del interés superior del menor", Ginebra, ACNUR, 2008.

ACNUR, "Directrices sobre criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo. Directriz número 6. Detención de personas menores de 18 años", Ginebra, ACNUR, 1999.

Amnistía Internacional, "Empujados al peligro. Devoluciones forzadas de niños y niñas migrantes no acompañados efectuadas por Estados Unidos y México", Londres, Amnistía Internacional, junio de 2021, disponible en: *https://www.amnesty.org/es/documents/amr51/4200/2021/es/*.

Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Asamblea General de la ONU, "Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión", Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, Nueva York, Asamblea General de la ONU, 9 de diciembre de 1988, disponible en: *https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx*.

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, "Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo", Estrasburgo, C. E., 2005.

CCINM, "Informe final. Personas en detención migratoria en México. Misión de monitoreo de estaciones migratorias y estancias provisionales del Instituto Nacional de Migración", México, CCINM, julio de 2017.

CDH, "Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes", A/64/213, Nueva York, Consejo de Derechos Humanos/Asamblea General de la ONU, 3 de agosto de 2009, disponible en: *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/437/80/PDF/N0943780.pdf?OpenElement*.

CDH, "Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau", A/HRC/20/24, Nueva York, Consejo de Derechos Humanos/Asamblea General de la ONU, 2 de abril de 2012, disponible en: *https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_sp.pdf*.

CDN, "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Observación General No. 6. U.N. Doc. Crc/Gc/2005/6", Ginebra, ONU, 2005.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

CELESIA, Alberto *et al.*, *Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes*, Buenos Aires, RELAF, Save the Children y UNICEF, 2014.

CIDH, "Andrea Mortlock (Estados Unidos), Informe No. 63/08, Caso No. 12.534", Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25 de julio de 2008.

CIDH, "Juan Raúl Garza vs. Estados Unidos, Informe No. 52/01", Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4 de abril de 2001.

CoIDH, "Caso Alvarado Espinoza y Otros vs. México", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2018, disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf*.

CoIDH, "Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana", San José, CoIDH, 28 de agosto de 2014.

CoIDH, "Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2013.

CoIDH, "Caso Vélez Loor vs. Panamá", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2010.

CoIDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva OC-17/02, San José, CoIDH, 28 de agosto de 2002.

CoIDH, "Derechos y garantías de las niñas y los niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", Opinión Consultiva 21/2014, San José de Costa Rica, CoIDH, 2014.

CoIDH, "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", San José, CoIDH, 2 de septiembre de 2004.

CoIDH, "Nadege Dorzema vs. República Dominicana", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de octubre de 2012.

CoIDH, "Opinión Consultiva Oc-16/99, del 1o. de octubre de 1999, solicitada por Estados Unidos Mexicanos «El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal»", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf*.

CoIDH, "Opinión Consultiva Oc-18, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003.

CoIDH, "Opinión Consultiva Oc-25/18, del 30 de mayo de 2018, solicitada por la República Del Ecuador, la institución del asilo y su reconocimiento

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Corte Interamericana de Derechos Humanos, CoIDH, 2018.

Comisión de Derecho Internacional de la ONU, "Expulsión de extranjeros, texto de los proyectos de artículo aprobados provisoriamente en primera lectura por el comité de redacción, 64 período de sesiones, un Doc a/Cn4/L.797", Nueva York, Comisión de Derecho Internacional de la ONU, 24 de mayo de 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe sobre migraciones en Estados Unidos: detenciones y debido proceso", Washington, D. C., CIDH, 30 de diciembre de 2010.

Comité de Derechos Humanos, "Observación General No. 8. Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)", HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I), Ginebra, Comité de Derechos Humanos, 30 de junio de 1982.

Comité de los Derechos del Niño, "Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1)", Observación General No. 14, CRC/C/GC/14, Ginebra, 29 de mayo de 2013.

Comité de los Derechos del Niño, "Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, Crc/C/Gc/12", Ginebra, ONU, 20 de julio de 2009.

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

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Observación General No. 30, Discriminación contra los no ciudadanos", Ginebra, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 1o. de octubre de 2004.

Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Comentario General No. 2, sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares", CMW/C/GC/2, Ginebra, Comité de Trabajadores Migratorios, 28 de agosto de 2013.

Committee on the Rights of the Child, "2012 Day of General Discussion «the Rights of All Children in the Context of International Migration»", Geneve, Committee on the Rights of the Child, 2012.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamente, a/Hrc/7/12", Ginebra, ONU, 25 de febrero de 2008.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamente, a/Hrc/11/7", Ginebra, ONU, 14 de mayo de 2009.

DIF, "Prevalecerá el principio de unidad familiar en la atención de niñez y adolescencia migrantes", México, DIF, 3 de marzo de 2021, disponible en: *https://www.gob.mx/difnacional/prensa/preva-lecera-el-principio-de-unidad-familiar-en-la-atencion-de-ninez-y-adolescencia-migrantes-265513?idiom=es*.

EUROPEAN PARLIAMENT, "The Conditions in Centres for Third Country National (Detention Camps, Open Centres as Well as Transit Centres and Transit Zones) with a Particular Focus on Provisions and Facilities for Persons with Special Needs in the 25 Eu Member States, Ip/C/Libe/Ic/2006-181", Bruselas, E. U., 2007.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, "Deliberación Revisada No. 5. Sobre la privación de libertad de las personas migrantes", Ginebra, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU, 7 de febrero de 2018, disponible en: *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/RevisedDeliberation_SP.pdf*.

IAP, "Evolución y retos del asilo en México. 20 años de asistencia legal e incidencia por las personas refugiadas", México, Sin Fronteras, 2016, disponible en: *http://sinfronteras.org.mx/asiloporderecho.sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2016/09/InformeAsilo_2016_WEB.compressed.pdf*.

IAP, "La detención de personas extranjeras en estaciones migratorias", México, Sin Fronteras IAP, 2012, disponible en: *https://sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2018/12/La-detención-de-las-personas-extranjeras-en-estaciones-migratorias..pdf*.

INM, "Identifica INM a tres personas menores de edad no acompañadas en operativo de verificación migratoria", México, INM, 23 de abril de 2021, disponible en: *https://www.gob.mx/inm/prensa/identifica-inm-a-tres-personas-menores-de-edad-no-acompanadas-en-operativo-de-verificacion-migratoria-270148?idiom=es*.

KIND, CGRS, LAWG, Asylum Access, IDC y IMUMI, "Implementación de las reformas mexicanas que prohíben la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes acompañados y no acompañados", México, IMUMI, 2021.

MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, "Observaciones finales. México, Cmw/C/Mex/Co/01", México, Comité de Protección de los Derechos

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 8 de diciembre de 2006.

MORALES VEGA, Luisa G., "El entramado normativo de la detención migratoria en México: un dispositivo biopolítico", cap. 2, en ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa (ed.), *Derecho y migración forzada: aportes desde los estudios biopolíticos y necropolíticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.

NO PLACE FOR A CHILD CAMPAIGN, "Alternatives to Immigration Detention of Families and Children. Discussion Paper by John Bercow Mp, Lord Dubs and Evan Harris Mp for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees", Londres IDC, 2006, disponible en: *https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2009/05/alternatives-for-families-and-children.pdf*.

OHCHR, "Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del Marco Internacional para la Protección de los Derechos del Niño en el contexto de la migración", A/HRC/15/29, Ginebra, OHCHR, 5 de julio de 2010.

ONU, AG, "Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, resolución 64/142", Ginebra, ONU, 18 de diciembre de 2009.

ONU, AG, "Reglas de las naciones unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113", Ginebra, ONU, 14 de diciembre de 1990.

PICUM, "Los niños indocumentados en Europa: víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración", Bruselas, PICUM, 2008.

PROCESO, "Diputados aprueban que la Guardia Nacional quede bajo control de la Sedena", *Proceso*, México, 3 de septiembre de 2022, disponible en: *https://www.proceso.com.mx/nacional/politica/2022/9/3/diputados-aprueban-que-la-guardia-nacional-quede-bajo-control-de-la-sedena-292690.html*.

RELAF y UNICEF, "Guía para los programas de acogimiento familiar para niñas, niños y adolescentes migrantes, refugiados y solicitantes de protección internacional, separados y no acompañados en México", México, RELAF-UNICEF, 2021.

RODRÍGUEZ MANZO, Graciela *et al.*, *Bloque de constitucionalidad*, México, SCJN, OACNUDH, CDHDF, 2013.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *Las reservas formuladas por México a instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, México, CNDH, 1998.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

TEDH, "Conka vs. Bélgica, Demanda No. 51564/1999", Estrasburgo, TEDH, 5 de febrero de 2002.

TOUZENIS, Kristina, "Human Rights of Migrant Children", *International Migration Law 15*, 2008.

UNICEF, "Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe", Lanus, UNICEF, 2009.

UNICEF, "Oficinas de protección a la niñez: informar sobre los costos y opciones para su fortalecimiento", México, UNICEF México, 2019.

UNICEF, "Unicef Written Submission. 2012 Day of General Discussion Committee on the Rights of the Child. The Rights of All Children in the Context of International Migration", Nueva York, UNICEF, 2012, disponible en: *https://www.unicef.org/socialpolicy/files/Access_to_Civil_Economic_and_Social_Rights_for_Children.pdf*.

UPM, "Boletín estadístico anual", México, Segob, 2020, disponible en: *http://www.politicamigratoria.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/CuadrosBOLETIN?Anual=2020*.

UPM, "Boletín estadístico anual", México, Segob, 2021, disponible en: *http://www.politicamigratoria.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/CuadrosBOLETIN?Anual=2021*.

UPM, "Boletín estadístico anual", México, Segob, 2022, disponible en: *http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Boletines_Estadisticos/2022/Boletin_2022.pdf*.

CONCLUSIONES

BAXI, U., *The Future of Human Rights*, Nueva Delhi, Oxford University Press, Oxford University Press, 2002.

LEE, Jennifer J. y ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, "The Detention of Migrant Children: A Comparative Study of the United States and Mexico", *International Journal of Refugee Law 32*, núm. 2, 2020.

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/4e2m8nbr

ACERCA DE LA AUTORA

Elisa Ortega Velázquez es investigadora titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctora en Derecho y maestra en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, y licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, nivel II, del Conacyt. Coordina la línea de investigación institucional "Promoción y protección de los derechos del infancia" del IIJ y el seminario interinstitucional "Estudios críticos del derecho y migraciones" del IIJ-CISAN, UNAM.

Sus principales líneas de investigación son: asilo, refugiados y migración forzada, y niñez y juventudes migrantes y refugiadas, desde una perspectiva de derechos humanos y derecho internacional público. Se ha especializado en estudiar las migraciones y el asilo desde un enfoque jurídico y crítico, a la par de trabajar interdisciplinariamente con la ciencia política y las relaciones internacionales.

Entre sus libros más recientes destacan: *El asilo como derecho en disputa: la raza y la clase como dispositivos de exclusión* (2022); *Derecho y migración forzada: aportes desde los estudios biopolíticos y necropolíticos* (2021), y *Migración forzada, derechos humanos y niñez* (2020).

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas

Cuando los niños se vuelven migrantes: derechos humanos y excepciones violentas en México, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 28 de abril de 2023. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

Los niños migrantes constituyen un grupo humano en situación de vulnerabilidad que con frecuencia ve violados sus derechos humanos. Las tensiones entre la necesidad de protección y las exigencias de seguridad y control de la migración hacen que se encuentren entre dos ámbitos normativos opuestos: uno incluyente y otro excluyente. El primero es el del marco internacional de los derechos humanos de la niñez, que es garantista y protector de sus derechos humanos por ser niños. El segundo es el de las normas nacionales de control de la migración irregular y es ampliamente restrictivo. Ambos marcos normativos, no obstante, parten de un enfoque adultocéntrico. En el primer caso porque los adultos son quienes definen "el interés superior de la niñez"; en el segundo, porque existe un atropello mañoso de sus derechos por el hecho de ser migrantes, condición que "justifica" el recorte y excepcionalidad de sus derechos. La hipótesis central de este libro es que el imperativo político de control de la migración prima sobre los derechos de la niñez. Por ello, cuando los niños se vuelven migrantes pierden el acceso a los derechos y las garantías que deberían tener asegurados por su condición de niños.

www.juridicas.unam.mx