

Principios generales y definiciones

Material de formación sobre el acceso
a la justicia de los niños migrantes

Proyecto FAIR, abril de 2018

® Principios generales y definiciones

© Copyright Comisión Internacional de Juristas – Instituciones Europeas

Abril de 2018

The FAIR (Fostering Access to Immigrant children's Rights) project has been implemented by the International Commission of Jurists – European Institutions in 2016-2018 and supported by the Rights, Equality and Citizenship (REC) Programme of the European Union and Open Society Foundations.



0. Introducción: Principios generales y definiciones

Material de formación sobre el acceso a la justicia de los niños migrantes

Proyecto FAIR

Abril de 2018

Índice

1. Introducción: El acceso a la justicia de los niños migrantes	2
2. Definiciones	6
2.1 Migración	6
2.2 Migrante	6
2.2.1 Migrantes regulares	6
2.2.2 Migrantes indocumentados	6
2.2.3 Refugiado	7
2.2.4 Solicitante de asilo	8
2.2.5 Otros migrantes con necesidad de protección	8
2.2.5.1 Persona con derecho a protección subsidiaria	8
2.2.5.2 Trata de personas vs tráfico ilícito	9
2.3 Niño	10
2.3.1 Vulnerabilidad	11
2.3.2 Determinación de la edad	14
2.3.2.1 Beneficio de la duda	17
3. Principios generales de los derechos de los niños	18
3.1 El interés superior del niño	19
3.2 El derecho a ser escuchado	23
3.3 Principio de no discriminación	26
3.3.1 Obligaciones de los Estados Miembros, discriminación directa/indirecta	26
3.3.2 Motivos prohibidos	34
3.3.2.1 Raza u origen étnico	34
3.3.2.2 Nacionalidad y condición de inmigrante	36
3.3.2.3 Edad	38
3.3.2.4 Género	39
3.3.2.5 Orientación sexual e identidad de género	42
3.3.2.6 Religión y convicciones	43
3.3.2.7 Discapacidad	44

CÓDIGO DE COLORES:

RECUADRO NARANJA

RECUADRO VERDE

RECUADRO ROJO

TEXTO

LEGISLACIÓN Y NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA

FUENTES NO VINCULANTES

INFORMACIÓN Y FUENTES ADICIONALES

RESÚMENES Y EXPLICACIONES DE LA CIJ

El presente módulo de formación (que forma parte del material de formación¹ relativo a la protección de los derechos de los niños migrantes) ofrece una perspectiva general de los principios que rigen el acceso de los niños migrantes a la justicia y establece las definiciones pertinentes.

1. Introducción: El acceso a la justicia de los niños migrantes

Los niños migrantes son titulares de derechos. Tienen derecho a un procedimiento imparcial, a exigir el cumplimiento de sus derechos y a interponer un recurso efectivo en el supuesto de que sus derechos recogidos en la legislación nacional e internacional se hayan visto vulnerados. Ante los numerosos supuestos de violaciones de los derechos de los niños, es importante que los abogados tengan conocimiento de la legislación y de los procedimientos aplicables dirigidos a garantizar su cumplimiento.

Este material de formación incluye la normativa jurídica internacional y europea más relevante sobre los derechos de los niños migrantes, aplicable en los Estados Miembros de la UE.

De conformidad con el derecho internacional, los niños migrantes son sujetos de una amplia diversidad de derechos y garantías. La realidad, no obstante, es que estos derechos resultan ilusorios si no existe la posibilidad de reclamar su aplicación.

Son muchos los obstáculos que dificultan el acceso de los niños a la justicia, ya sea por desconocimiento de sus derechos o por no saber dónde ni cómo buscar asesoramiento y asistencia. El sistema judicial puede resultar intimidatorio para los niños, y a menudo ocurre que carecen de la autonomía, los medios económicos o la capacidad necesaria para acceder a la justicia.

Por ello, disponer de un régimen jurídico nacional que ofrezca acceso efectivo a la justicia y a los recursos legales ante las violaciones de los derechos humanos resulta esencial. La totalidad del sistema formado por la normativa jurídica, abogados, jueces, fiscales, letrados y activistas debe operar de manera efectiva con el fin de ofrecer a los migrantes los recursos legales necesarios en caso de violaciones de sus derechos humanos.

Los derechos procesales garantizados por el derecho internacional en materia de derechos humanos incluyen aspectos específicos aplicables a los niños, que deberán adaptarse a cada situación en concreto. Por ejemplo, lo que no se consideraría un procedimiento judicial indebidamente prolongado para un adulto, sí que podría considerarse como tal para un niño. Y lo que no se consideraría un trato inhumano o degradante para un adulto, sí que podría considerarse como tal para un niño.

La normativa citada en este material difiere en su forma jurídica. Algunas normas constituyen disposiciones de tratados, legalmente vinculantes sobre los Estados firmantes de dicho tratado. Otras, constituyen disposiciones de instrumentos no recogidos en tratados. Si bien dichos instrumentos no recogidos en tratados no

¹ Estos materiales de formación sobre el acceso a la justicia de los niños migrantes se han preparado como parte del Proyecto FAIR (*Fostering Access to Immigrant children's Rights*) e incluyen los siguientes módulos de formación:

0. Principios generales y definiciones.

I. Acceso a un proceso equitativo que incluya el derecho a una audiencia justa y a participar en el procedimiento.

II. Acceso a la justicia de los niños migrantes en detención.

III. Acceso a la justicia para hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales.

IV. Acceso a la justicia para proteger su derecho a la vida privada y familiar.

V. Reparación a través de los mecanismos y organismos internacionales de derechos humanos.

VI. Manual práctico para los abogados que actúan en representación de menores.

resultan vinculantes por sí mismos, representan el consenso alcanzado por la comunidad internacional cuyo cumplimiento los Estados deberían observar.

Derecho internacional

Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General de la ONU sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional ([Declaration of the high-level meeting of the UN General Assembly on the rule of law at the national and international levels](#)), Resolución de la Asamblea General de la ONU. Doc. de la ONU A/RES/67/1, (24 de septiembre de 2012)

[...] 14. Ponemos de relieve el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de los grupos vulnerables, y la importancia de la concienciación sobre los derechos jurídicos, y, a este respecto, nos comprometemos a adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios, responsables y que promuevan el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica.

[...] 17. Reconocemos la importancia del estado de derecho para la protección de los derechos del niño, incluida la protección jurídica contra la discriminación, la violencia, los abusos y la explotación, a fin de asegurar el interés superior del niño en todas las actividades, y renovamos el compromiso con la plena realización de los derechos del niño.

Informe de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos sobre el Acceso de los niños a la justicia, ([Access to justice for children](#)), Doc. de la ONU A/HRC/25/35, (16 de diciembre de 2013)

8. Los principios y normas de derechos humanos que reconocen el acceso de los niños a la justicia se enuncian en una serie de instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, tanto vinculantes como no vinculantes. [...] Los elementos del acceso de los niños a la justicia incluyen, en particular, los derechos a la información correspondiente, a un recurso efectivo, a un juicio imparcial, a ser escuchados y a disfrutar de sus derechos sin discriminación. Además, la responsabilidad de los Estados partes de hacer efectivos los derechos de todos los niños exige la realización de intervenciones estructurales y proactivas para posibilitar el acceso a la justicia.

Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños ([Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice](#)), 17 de noviembre de 2010

(c.) "Justicia adaptada a los niños" hace referencia a los sistemas de justicia que garantizan el respeto y la efectiva implementación de todos los derechos de los niños y las niñas al más alto nivel posible, teniendo presentes los principios que se detallan a continuación y dando la consideración debida al nivel de madurez y comprensión del niño o la niña y las circunstancias del caso. Esto supone, en particular, que es una justicia accesible, apropiada a la edad del niño o la niña, rápida, diligente, adaptada a y centrada en las necesidades y derechos del niño o la niña respetando sus derechos, incluido el derecho al debido proceso, a participar en y a comprender los procedimientos, a que se respete su vida privada y familiar y a la integridad y dignidad.

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación general N.º 5 ([General Comment No. 5](#)) sobre las medidas generales de aplicación de la

Convención sobre los Derechos del Niño, Doc. de la ONU CRC/GC/2003/5 (27 de noviembre de 2003)

V. POSIBILIDAD DE INVOCAR LOS DERECHOS ANTE LOS TRIBUNALES

24. “[...] Los Estados deben tratar particularmente de lograr que los **niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños**. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. [...] Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39 [de la Convención]”.

Informe de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos sobre el acceso de los niños a la justicia ([Access to justice for children](#)), Doc. de la ONU A/HRC/25/35 (16 de diciembre de 2013) párr. 14-15

III. Obstáculos al acceso de los niños a la justicia

[...]

14. La complejidad de los sistemas de justicia hace que sean difíciles de entender para los niños. Con frecuencia los niños desconocen sus derechos y la existencia de servicios, y carecen de información sobre los lugares a los que pueden acudir o las personas a las que pueden llamar para recibir asesoramiento y asistencia. Además, la legislación y los procedimientos relativos al trato y la participación de los niños en los procesos, ya sean penales, administrativos o civiles, no suelen estar adaptados a sus derechos y necesidades y pueden incluso discriminarlos en razón de su edad y género. Los Estados han destacado asimismo que a menudo no tienen jueces, fiscales, abogados y otros funcionarios especializados en el trabajo con niños, ni recursos suficientes para impartirles una formación especializada.

15. En muchos casos, el sistema de justicia es intimidante para los niños. Estos pueden no atreverse a presentar denuncias por temor a sufrir acoso, más estigmatización, abandono o represalias contra ellos mismos o contra sus familias. También pueden carecer de confianza en que sus denuncias se vayan a tomar en serio y a evaluar con imparcialidad. (...)

Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, la protección de los derechos del niño en el sistema judicial ([Protecting children's rights in the justice system](#)), Doc. de la ONU A/HRC/29/26 (1 de abril de 2015)

30. Dado que los niños son particularmente vulnerables a las violaciones de sus derechos y a abusos de todo tipo, se debe facilitar y reforzar su acceso a la justicia. En realidad, si bien hay muchos obstáculos que dificultan el acceso a la justicia de los adultos y los niños, con frecuencia estos últimos se ven afectados desproporcionadamente. Su condición de menores también crea obstáculos específicos para ellos.

31. Varios factores y circunstancias entorpecen el acceso apropiado y equitativo de los niños a la justicia; se pueden agrupar en seis categorías. En primer lugar, los niños pueden tropezar con barreras físicas, como la distancia geográfica de los tribunales u otras instituciones competentes o la falta de instalaciones adecuadas en

los locales de estas instituciones. En segundo lugar, los factores psicológicos también pueden ser impedimentos importantes a su acceso a la justicia. Es posible que los niños no estén en condiciones de exigir que se haga justicia o sean reacios a ello porque son demasiado jóvenes o están demasiado traumatizados para describir lo que les sucedió, o porque tienen miedo de los presuntos autores, dependen de ellos o los quieren, o bien porque no perciben lo que les sucedió como una conculcación de sus derechos. En tercer lugar, también se enfrentan a barreras sociales o culturales cuando intentan acceder a la justicia, que pueden tener que ver con sus dificultades para comunicarse, con el miedo a la estigmatización social inherente a la justicia formal, con la dependencia respecto de los adultos o con la desconfianza hacia el sistema judicial.

32. En cuarto lugar, las barreras relativas a la información también dificultan gravemente el acceso de los niños a la justicia. La información sobre los derechos fundamentales, los recursos disponibles y los procedimientos para reclamar sus derechos no siempre es asequible, y cuando lo es suele ser difícil de entender, incluso para los adultos. En quinto lugar, mientras que los niños carecen de autonomía y medios financieros, los procedimientos judiciales representan muchas veces una pesada carga financiera, al igual que los costes de incoar una causa y llevarla adelante, incluidos los honorarios de los abogados. Por último, los niños se enfrentan a obstáculos jurídicos en su intento de obtener justicia, como la falta de capacidad o legitimidad procesal, la falta de personalidad jurídica (especialmente en el caso de los niños migrantes sin registrar, refugiados o solicitantes de asilo y de los niños de la calle) o la dependencia con respecto a los padres o el representante legal. La dependencia con respecto a los adultos a menudo agrava los obstáculos que dificultan el acceso de los niños a la justicia.

2. Definiciones

Objetivo: garantizar una comprensión común de los términos clave referentes a los derechos de los niños migrantes empleados en este material y en los módulos de formación. Las definiciones que se recogen a continuación reflejan los términos empleados por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Glosario sobre Migración ([Glossary on Migration](#)) y la publicación de la CIJ Migración y derecho internacional en materia de Derechos Humanos, ([Migration and International Human Rights Law](#)), Guía para Profesionales N.º 6, (2014), págs. 39-40.

2.1 Migración

El movimiento de una persona o grupo de personas de su lugar de residencia ya sea a través de una frontera internacional o dentro de un Estado, con independencia de la duración de su estancia o de los motivos que la hayan provocado. Incluye el movimiento forzado de uno o más refugiados, personas desplazadas, personas que se trasladan por motivos económicos y personas que lo hacen por otros motivos, incluida la reunificación familiar.

2.2 Migrante

La OIM define como migrante a la persona que se traslada o que ha atravesado una frontera internacional o dentro del mismo Estado, a un lugar diferente al de su residencia habitual, con independencia de (1) su situación jurídica; (2) si el desplazamiento es voluntario o involuntario; (3) las causas del traslado; o (4) la duración de la estancia.

En lo referente a la entrada o a la tentativa de entrada de un migrante a un país extranjero, se podrá identificar una serie de grupos diferentes y, en ocasiones, coexistentes, de migrantes.

Tal y como se reconoció en la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, una persona migrante se podrá clasificar bajo una o varias [...] categorías al mismo tiempo. "Él o ella podrá pasar con éxito de una categoría a otra en el transcurso del movimiento migratorio, o podrá solicitar su reclasificación de una categoría a otra, como en el caso del migrante económico que presenta una solicitud de asilo con la esperanza de adquirir los derechos asociados a la condición de refugiado".²

2.2.1 Migrantes regulares

Migrantes que se trasladan o entran a un Estado tras haber obtenido la autorización correspondiente de dicho Estado, con independencia de que dicha autorización sea temporal o no, o cuando no se requiera autorización alguna.

2.2.2 Migrantes indocumentados

Migrantes que entran o permanecen en un Estado sin la documentación o autorización necesarias conforme a la normativa aplicable en dicho Estado. Esta definición incluye, por ejemplo, a las personas que entran en un Estado sin un documento de viaje, pasaporte o visado válidos, cuando resulten necesarios; así como a los migrantes

² Las Migraciones en un Mundo Interdependiente: Nuevas Orientaciones para Actuar [Migration in an interconnected world: New directions for action](#), Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, (octubre 2005), párr. 15. Véase también, Programa de la ONU para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009*, pág. 26.

(regulares) que permanecen en el Estado durante un espacio de tiempo superior al autorizado. Cabe destacar que el término migrante "irregular" no expresa una condición de la persona, sino una mera referencia a su situación de entrada o estancia. El empleo de los términos "migrantes irregulares" o "migrantes indocumentados" en este material de formación (en lugar de "migrantes ilegales") resulta consecuente con la recomendación de la Asamblea General de las NN.UU.³

2.2.3 Refugiado

Por refugiado se entenderá un nacional de un país tercero que entra en otro país, de manera regular o irregular, con el fin de escapar de la persecución en su país de origen, conforme a lo definido por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra ([Geneva Refugee Convention](#)).

El derecho internacional a solicitar asilo se reconoció por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece, en su Artículo 14.1, que "En el caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país".

Si bien no consagra el derecho de asilo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, leída conjuntamente con su Protocolo Adicional de 1967 (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados), contiene una serie de derechos derivados del reconocimiento de la condición de refugiado.

Derecho internacional

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951 ([Geneva Refugee Convention, 1951](#))

Artículo 1. - Definición del término "refugiado"

A. los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya

³ Resolución de la Asamblea General de UN, resolución 3449(XXX) Medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios [[UN General Assembly \(GA\) resolution 3449\(XXX\), Measures to ensure the human rights and dignity of all migrant workers, \(9 December 1975\)](#)], párr. 2.

nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

Legislación de la UE

La Directiva de la UE relativa a los requisitos aplicables al reconocimiento de personas como refugiados (refundición) (Artículo 2(d)) establece expresamente que la definición también incluye a los apátridas.

Los sistemas nacionales de asilo permiten decidir qué persona reúne los requisitos necesarios para recibir protección internacional. No obstante, en caso de movimientos masivos de refugiados, generalmente como consecuencia de conflictos o situaciones de violencia, no siempre resulta posible o necesario realizar entrevistas individuales con cada solicitante de asilo que cruza una frontera. Estos grupos reciben a menudo la denominación de refugiados "*prima facie*".

2.2.4 Solicitante de asilo

Por "Solicitante de asilo" se entiende una persona que ha solicitado asilo en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, sobre la base de que si es devuelta a su país de origen, alberga fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social. Seguirá siendo un solicitante de asilo mientras su solicitud o el recurso presentado contra la desestimación de tal condición se encuentren pendientes de resolución.

2.2.5 Otros migrantes con necesidad de protección

Esta categoría incluye a los migrantes cuya condición no se encuentra debidamente definida, pero con necesidad de protección internacional reconocida, en distinta medida, por el derecho internacional. Incluye a los apátridas (con independencia de que sean o no solicitantes de asilo o refugiados), a los menores no acompañados cuya condición no se haya definido y a los solicitantes de asilo cuya solicitud de protección internacional fundamentada en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o en la aplicación de los derechos humanos que prohíben su *devolución* (por ejemplo, cuando la persona deba enfrentarse a un riesgo real de tortura o a otro tipo de malos tratos en caso de volver a su país) permanezca pendiente de una resolución.

2.2.5.1 Persona con derecho a protección subsidiaria

El término Migrantes también incluye a las personas que, aun no siendo refugiados, tienen derecho a una protección subsidiaria. En el Artículo 2(f) de la Directiva de la UE relativa a los requisitos para el reconocimiento de personas como beneficiarias de protección subsidiaria⁴, el concepto "persona reconocida con derecho a la protección subsidiaria" se refiere a un "nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se dan motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el Artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país;

⁴ Directiva de la UE relativa a los requisitos para el reconocimiento de personas como beneficiarias de protección subsidiaria (refundición) [[EU Qualification Directive \(recast\)](#)], Directiva 2011/95/UE (13 de diciembre de 2011).

2.2.5.2 Trata de personas vs tráfico ilícito

Las víctimas del tráfico ilícito y/o de la trata de personas quedan recogidas asimismo en la definición de migrantes. Los términos trata de personas y tráfico ilícito se confunden a menudo a pesar de tener un significado muy diferente. Si bien el tráfico ilícito hace referencia al mero paso de una persona a través de la frontera de un modo ilícito, la trata de personas constituye una violación compleja de los derechos humanos dirigida a explotar a una persona, sin que para ello sea necesario cruzar una frontera. Las víctimas de la trata de personas podrán ser objeto de tráfico ilícito, pero no todas las víctimas de tráfico ilícito son objeto de trata de personas.

El tráfico ilícito tiene por objeto el paso de una persona a través de una frontera de forma ilegal y recibe la consideración de una violación de la soberanía de un estado. El **tráfico ilícito de migrantes** se define como la facilitación de la entrada ilegal de personas a través de fronteras con el fin de obtener un beneficio. Generalmente, tras su llegada al país de destino, la persona objeto de tráfico ilícito queda libre.

La **trata de personas** tiene por objeto explotar a una persona con el fin de obtener un beneficio material o de cualquier otro tipo, y constituye una violación de la libertad e integridad de dicha persona. Contrariamente al tráfico ilícito, un traficante facilita el movimiento de la persona objeto de trata con fines de explotación; no es necesario que el movimiento implique el paso a través de una frontera internacional, sino que puede tener lugar dentro del propio país o incluso dentro de una comunidad, con fines de explotación.

La trata de personas adultas, por definición, es un proceso que implica una forma de coacción, rapto, fraude, engaño o abuso de poder, una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona con autoridad sobre otra.⁵

No es necesario que se den dichas formas cuando la persona objeto de captación, transporte, traslado, acogida o recepción con fines de explotación sea menor de 18 años.

Generalmente, los traficantes fuerzan o manipulan a las víctimas para que cometan delitos y a menudo obtienen beneficios a partir de la comisión de tales delitos. Dichas víctimas no deberían ser procesadas por los delitos penales cometidos como consecuencia de la trata de la que han sido objeto, resultantes o relacionados directamente con el hecho de ser víctimas de este tipo de trata. La exoneración de responsabilidad penal debería extenderse no solo a los delitos a los que las víctimas de la trata de personas se ven forzadas a cometer, sino también, por ejemplo, a la obtención y empleo de documentación falsa en un intento de huir de sus traficantes. En su lugar, las víctimas de trata de personas deberían ser identificadas de forma adecuada e inmediata. Deberían recibir la consideración de víctimas de delitos y sus derechos deberían respetarse y protegerse.⁶

⁵ La definición completa de trata de personas recogida en el Artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños [[UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children](#)] (el Protocolo de Palermo) se recoge a continuación en un recuadro. La misma definición aparece en el Artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos [[Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings](#)]. La formulación de la definición de trata de personas recogida en el Artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE (5 de abril de 2011) relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos [[EU Trafficking Directive](#)], tan solo difiere ligeramente. Véanse las aclaraciones Internacionales Anti-esclavitud en http://www.antislavery.org/english/slavery_today/trafficking/

⁶ Véase la Política de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa [[OSCE Policy](#)] (INTRO párr. 1), el Artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa y el Artículo 8 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos [[EU Trafficking Directive](#)].

Derecho internacional

Definición de TRATA DE PERSONAS en el Artículo 3 del **Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000**, conocido como Protocolo de Palermo ([Palermo Protocol](#))

Artículo 3

a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

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

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

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

Definición de TRÁFICO ILÍCITO en el Artículo 3 del **Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire ([Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air](#))**, que complementa la Convención de la ONU Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000

Artículo 3

a) Por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente;

2.3 Niño

A los efectos de estos módulos de formación sobre los derechos de los niños migrantes, empleamos la definición de niños recogida en la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC). Es importante destacar que la diferente legislación nacional podrá utilizar otra definición de niño, incluidas las diversas leyes de un mismo estado, que podrán emplear distintas definiciones de niño o establecer distintas edades en las que una persona alcanza su mayoría de edad.

De conformidad con el derecho internacional, la CRC establece en su Artículo 1 que "se entienden por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad". Conforme al Convenio del Consejo de Europa, la mayoría de los instrumentos relacionados con

los niños adoptan la definición de niño de la CRC. Como ejemplos se pueden citar el Artículo 4 (d) del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos o el Artículo 3 (a) del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual [Convenio de Lanzarote ([Lanzarote Convention](#))].

Todas las personas menores de 18 años deberán ser tratadas como un niño y tendrán derecho a una atención y procedimientos especiales con independencia de las disposiciones legales nacionales.

No obstante, cabe destacar que la definición recogida en la Convención sobre los Derechos del Niño hace asimismo referencia a la legislación aplicable al niño en virtud de la cual adquiera la mayoría de edad (*véase la definición a continuación*).

Derecho internacional

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos ([Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings](#))

Artículo 4 (d)

(d) el término «niño» designa a toda persona de menos de dieciocho años de edad;

Convención sobre los Derechos del Niño ([Convention on the Rights of the Child](#)) (CRC)

Artículo 1

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

2.3.1 Vulnerabilidad

De conformidad con el derecho internacional, los niños tienen derecho a una protección jurídica, atención y garantías especiales debido a su falta de madurez física y mental. Además de todos los derechos humanos que les amparan, los niños tienen más derechos que las personas adultas.

A menudo, los niños migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad doble o incluso múltiple, como niños, refugiados o niños migrantes, así como, en ocasiones, como menores no acompañados o separados de sus familias, con alguna discapacidad, víctimas de abusos, etc. **Los niños migrantes disponen a menudo de un acceso limitado a la justicia, la educación y los servicios sociales y sanitarios.**

Derecho internacional

La Resolución 1509 (2006) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa [[Resolution 1509 \(2006\)](#)] sobre los derechos humanos de los

migrantes irregulares

(...)

13.7. Todos los niños, así como otros grupos vulnerables, como las personas de edad avanzada, las madres solteras y, en términos más generales, las chicas y mujeres solteras, deberán recibir protección y atención especial.

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación general N.º 14 ([General Comment No. 14](#)) (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art.3, párr.1), CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013

e) Situación de vulnerabilidad

75. Un elemento importante que debe tenerse en cuenta son las situaciones de vulnerabilidad del niño, como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc. El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos.

76. El interés superior de un niño en una situación concreta de vulnerabilidad no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única. Debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño.

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, ([General Comment no. 6](#)): *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Doc. de la ONU CRC/GC/2005/6, (1 de septiembre de 2005)

Niños separados o no acompañados

Niños no acompañados: Se entiende por "niños no acompañados" (llamados también "menores no acompañados") de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores 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.

Niños separados: Se entiende por niños separados, en el sentido del artículo 1 de la Convención, los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia.

Estrategia del Consejo de Europa sobre los Derechos de los Niños ([Council of Europe Strategy for the Rights of the Child](#)) 2016-2021

22. Los niños que estén en situación de desplazamiento y que se encuentren de otro modo afectados por la migración constituyen uno de los grupos más vulnerables hoy en día en Europa. En algunos países, se enfrentan a un acceso limitado a la justicia, la educación o los servicios sociales y sanitarios. Si bien los niños no acompañados se

encuentran en una situación especialmente precaria, los niños migrantes sufren en general constantes violaciones de sus derechos humanos, aun cuando se encuentran acompañados por sus padres. En demasiadas ocasiones, el principio del interés superior del niño no se tiene en cuenta en los procedimientos de asilo y de inmigración. La práctica de detenciones en lugar de proteger el bienestar del niño, la asignación inadecuada de tutores, la separación familiar y los degradantes procedimientos de determinación de la edad de los niños resultan representativos de las diferentes maneras en las que los menores se ven afectados por los vacíos legales en cuanto a la protección de sus derechos. También corren un riesgo elevado de ser objeto de trata de seres humanos y de explotación. Los niños que quedan solos cuando sus padres migran, así como los niños apátridas, corren asimismo un riesgo aún mayor de que sus derechos se vean vulnerados.

Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica ([Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium](#)) , TEDH, Demanda N.º 13178/03, (sentencia del 12 de octubre de 2006)

La condición de [niña separada] se caracterizó por su especialmente corta edad, el hecho de que era una niña inmigrante en un país extranjero y que no se encontraba acompañada por su familia, de la que había sido separada para quedar efectivamente a su suerte. Se encontraba por consiguiente en una situación de vulnerabilidad extrema.

Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados – La protección de los derechos de los niños en el sistema judicial ([Protecting children’s rights in the justice system](#)), (1 de abril de 2015)

24. El principio de no discriminación es especialmente pertinente cuando los sistemas judiciales se ocupan de **grupos de niños particularmente vulnerables**, como los niños de la calle, los pertenecientes a minorías, los migrantes o solicitantes de asilo, los niños con discapacidad o los niños soldados, que pueden requerir atención, protección y competencias especiales de los profesionales que están en contacto con ellos, en particular los **abogados, fiscales y jueces**.

Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños ([Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe](#)) (Adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en la 1098ª reunión de los Delegados de los Ministros)

D. Protección frente a la discriminación

1. Los derechos de los niños y las niñas deben ser asegurados sin discriminación de ninguna clase basada en el sexo, raza, color, origen étnico, edad, lengua, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, origen socio-económico, situación de su padre y/o madre, pertenencia a una minoría nacional, propiedad, nacimiento, identidad de género o cualquier otra situación.

2. Los niños y las niñas más vulnerables pueden necesitar que se les garantice protección específica y asistencia. Entre los más vulnerables estarían los niños y las niñas migrantes, refugiados y demandantes de asilo, niños y niñas no acompañados, con discapacidad, sin hogar o que viven en la calle, niños y niñas romaníes y niños y niñas en instituciones residenciales.

2.3.2 Determinación de la edad

A partir de la definición de niño y de su derecho a recibir una atención y protección especiales, es importante garantizar que las personas menores de 18 años reciban el trato de niños. En caso de duda, la persona deberá ser tratada como un niño (salvo y hasta que se demuestre lo contrario).

La determinación de la edad hace referencia a los procedimientos mediante los cuales las autoridades tratan de fijar la edad de un migrante con el fin de establecer si es o puede ser un niño y, en tal sentido, si se deben aplicar procedimientos y normas especiales para que reciban una atención y trato específicos.

La determinación de la edad con el fin de establecer los derechos procesales y sustantivos de una persona tan solo se deberá realizar cuando existan dudas sobre si una persona es o no un niño. En el contexto de la migración, dicha determinación se deberá realizar de una manera positiva, humanitaria y expeditiva, con el fin de cumplir lo dispuesto en el Artículo 10 de la CRC (*véase Recuadro a continuación*). Salvo prueba en contrario, la persona deberá ser tratada como niño.

El procedimiento aplicable a la determinación de la edad requerirá el consentimiento del niño. La valoración se deberá realizar de forma científica, segura, teniendo en cuenta al niño y a su género, de manera justa, evitando cualquier riesgo de vulneración de su integridad física y respetando debidamente la dignidad humana. Los reconocimientos médicos se deberán llevar a cabo respetando plenamente la dignidad de la persona, serán de la naturaleza menos invasiva y se realizarán por profesionales sanitarios cualificados.

Debe existir una oportunidad efectiva de impugnar, mediante la interposición de un recurso legal, la resolución dictada sobre la determinación de la edad. Los niños deberán recibir información jurídica y procesal, incluida la manera de impugnar tal resolución.

Derecho internacional

Convención sobre los Derechos del Niño, ([Convention on the Rights of the Child](#)) (CRC)

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. [...]

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación general N.º 6 ([General Comment no. 6](#)): *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*

V. RESPUESTA A NECESIDADES DE PROTECCIÓN GENERALES Y CONCRETAS

a) Evaluación y medidas iniciales

31. Las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia, su secuencia y prioridad, se regirán por el principio del interés superior del menor. El necesario proceso de evaluación inicial comprende las siguientes etapas:

i) Determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado o separado de su familia inmediatamente tras su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país (art. 8). Las medidas incluirán la determinación de la edad, para lo cual no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica. Además, la evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana, y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal. [...]

Legislación de la UE

Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos de asilo ([Asylum Procedures Directive](#))

Artículo 25 (5) - Garantías para los menores no acompañados:

5. Los Estados miembros podrán utilizar reconocimientos médicos para determinar la edad de menores no acompañados cuando se proceda al examen de una solicitud de protección internacional, cuando, de acuerdo con sus declaraciones generales u otros indicios pertinentes, los Estados miembros tengan dudas acerca de su edad. Si después, los Estados miembros todavía tienen dudas acerca de su edad, presumirán que el solicitante es un menor.

Los reconocimientos médicos se llevarán a cabo dentro del pleno respeto de la dignidad de la persona, serán los de naturaleza menos invasiva y serán realizados por profesionales sanitarios cualificados a fin de obtener, en la medida de lo posible, un resultado fiable.

Cuando se utilicen reconocimientos médicos, los Estados miembros se asegurarán de que:

- a) antes del examen de su solicitud de protección internacional, se informe a los menores no acompañados, en una lengua que comprendan o que sea razonable suponer que comprenden, sobre la posibilidad de determinar su edad mediante un reconocimiento médico. Esto incluirá información sobre el método de reconocimiento y las posibles consecuencias del resultado para el examen de la solicitud de protección internacional, así como las consecuencias de la negativa por parte del menor no acompañado de someterse al reconocimiento médico;
- b) los menores no acompañados y sus representantes autoricen que se lleve a cabo un reconocimiento médico para determinar la edad de los menores de que se trate, y
- c) la resolución denegatoria de la solicitud de protección internacional de un menor no acompañado que se hubiere negado a someterse a un reconocimiento médico no se basará únicamente en esta negativa.

El hecho de que un menor no acompañado se haya negado a someterse a un reconocimiento médico no impedirá que la autoridad decisoria dicte una resolución sobre la solicitud de protección internacional.

En el supuesto de que la decisión alcanzada sea negativa, los Estados Miembros deberán proporcionar información que aclare los motivos de tal decisión y explicar de qué manera se puede impugnar. Ante la inexistencia de un derecho independiente de apelación, la persona afectada deberá poder impugnarla por vía judicial o como parte de la consideración de la solicitud de protección en su conjunto. La persona afectada deberá tener acceso a un representante que le asista en el procedimiento.

Publicación de EASO sobre el procedimiento de determinación de la edad en Europa
[*EASO Age assessment practice in Europe*, pág. 21]

Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos de asilo ([EU Asylum Procedures Directive](#))

Artículo 19(1)

Puesta a disposición gratuita de información jurídica y procedimental en los procedimientos en primera instancia

1. En los procedimientos en primera instancia previstos en el capítulo III, los Estados miembros garantizarán que se facilite gratuitamente a los solicitantes que lo soliciten información jurídica y procedimental. Esta información incluirá, como mínimo, la relativa al procedimiento, en vista de las circunstancias particulares del solicitante. En el supuesto de una resolución desestimatoria de una solicitud en primera instancia, los Estados miembros, previa petición, también facilitarán a los solicitantes, además de la información proporcionada con arreglo al artículo 11, apartado 2, y al artículo 12, apartado 1, letra f), información con objeto de aclarar los motivos de la resolución y cómo impugnarla.

Article 25(4)

4. La información jurídica y procedimental a que se refiere el artículo 19 se facilitará de forma gratuita a los menores no acompañados y a su representante, también para los procedimientos para la retirada de la protección internacional prevista en el capítulo IV.

Las recomendaciones clave se pueden resumir de la siguiente manera.

- En todas las medidas tomadas, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial.
- La determinación de la edad solo se realizará cuando existan dudas acerca de la edad indicada, con el fin legítimo de determinar si una persona es un adulto un menor.
- Para la determinación de la edad se deberá aplicar un planteamiento multidisciplinario y holístico.
- Antes de recurrir a un examen médico, se deberá considerar en primer lugar las pruebas documentales u otro tipo de pruebas disponibles.
- La determinación de la edad se deberá realizar respetando plenamente la dignidad de la persona y seleccionando los métodos menos invasivos.
- Las personas y/o sus representantes deberán consentir la valoración y ser consultados conforme a su edad y grado de madurez. La negación a someterse a una determinación de la edad no debería resultar, por sí misma, en una resolución denegatoria de la solicitud de protección.
- Con el fin de que las personas puedan conceder un consentimiento informado, ellas y/o sus representantes deberán haber recibido información sobre el método, las posibles consecuencias del resultado del examen y las consecuencias de negarse a ser sometidas a examen. Dicha información se deberá proporcionar de forma gratuita y comunicarse en un idioma que puedan comprender o que pueda esperarse razonablemente que comprendan.
- Si una persona no está conforme con el resultado de la determinación de su edad, deberá tener la opción de impugnarla judicialmente.

- Todas las personas implicadas deberán obtener formación inicial y continua relativa a sus competencias, incluida formación sobre las necesidades de los niños.

Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) procedimiento de determinación de la edad en Europa
[European Asylum Support Office (EASO) Age assessment practice in Europe, pág.6]

2.3.2.1 Beneficio de la duda

A la hora de determinar la edad de la persona, incluido un migrante, se deberá aplicar el principio del beneficio de la duda:

1. Hasta que la determinación de la edad se haya completado. Mientras existan dudas, se deberá otorgar a la persona el beneficio de la duda y concederle el trato de un menor.
2. En los supuestos en los que el solicitante tenga el deber de justificar la solicitud de protección internacional, pero sus declaraciones no se encuentren respaldadas mediante pruebas documentales o de otro tipo, de conformidad con el Artículo 4(5) de la **Directiva de la UE relativa a los requisitos para el reconocimiento de personas como beneficiarias de protección internacional**, si:
 - a) ha realizado un verdadero esfuerzo por acreditar su solicitud;
 - b) ha presentado todos los elementos pertinentes que tenga a su disposición y ha aportado una explicación satisfactoria relativa a la falta de aportación de otros elementos pertinentes;
 - c) se considera que sus declaraciones son coherentes y plausibles, y no resultan contradictorias con la información específica y general pertinente para el caso;
 - d) ha solicitado protección internacional lo antes posible, salvo que pueda demostrar razones justificadas para no haberlo hecho; y
 - e) se ha comprobado su credibilidad general.

De forma coherente con el Comentario General 6 del Comité de los Derechos del Niño y con la Directiva sobre Procedimientos de Asilo de la UE, en el supuesto de que tras la determinación de la edad continúe existiendo incertidumbre, se deberá conceder a la persona el beneficio de la duda: si existe la posibilidad de que la persona sea un niño, él o ella deberán ser tratados como tal.

El beneficio de la duda constituye una garantía significativa en materia de determinación de la edad. Esto es así, concretamente, porque ningún método actual de determinación de la edad es capaz de determinar una edad específica con seguridad.

(EASO) Procedimiento de determinación de la edad en Europa
[EASO Age assessment practice in Europe, pág. 24]

3. Principios generales de los derechos de los niños

Los principios generales de los derechos de los niños constituyen requisitos subyacentes dirigidos a la realización de todos los derechos del niño recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC). Dichos principios generales incluyen:

1. No discriminación;
2. El interés superior del niño;
3. El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y
4. El derecho a participar y a ser escuchado.

Este apartado desarrolla tres principios generales relevantes para la protección de los derechos de niños migrantes en la UE: el interés superior del niño, el derecho a ser escuchado y el derecho a la no discriminación.

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación General N.º 5 (General Comment No. 5) sobre las Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño

12. La adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura, es necesaria para la aplicación efectiva de toda la Convención, particularmente habida cuenta de los siguientes artículos de la Convención identificados por el Comité como principios generales.

Artículo 2 - Obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. Esta obligación de no discriminación exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. Por ejemplo, el Comité subraya en particular, la necesidad de que los datos que se reúnan se desglosen para poder identificar las discriminaciones existentes o potenciales. La lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes. Hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico. En una Observación general del Comité de Derechos Humanos se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación.

Artículo 3, párrafo 1 - El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. El artículo se refiere a las medidas que tomen "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.

Artículo 6 - El derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del

niño. El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños.

Artículo 12 - El derecho del niño a expresar su opinión libremente en "todos los asuntos que afectan al niño" y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones. Este principio, que pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, se aplica igualmente a todas las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la Convención.

3.1 El interés superior del niño

En todas las acciones referentes a los niños, incluidos niños migrantes, el principio del interés superior del niño constituirá una consideración primordial. Se trata de un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento que se deberá basar en la valoración de todos los aspectos que componen los intereses de un niño o un grupo de niños en una situación específica.

Los Estados deberán aplicar procedimientos formales dirigidos a valorar y decidir el interés superior del niño en todas las resoluciones dictadas por los jueces o por las autoridades administrativas, especialmente en aspectos que afecten directamente al niño o a un grupo de niños.

Normativa internacional

Convención sobre los Derechos del Niño ([Convention on the Rights of the Child](#))

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación general N.º 14 ([General Comment No. 14](#)) (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un **concepto triple**:
 - a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos

intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. 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 un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

32. El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse **caso por caso**. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.

46. Como ya se ha señalado, el "interés superior del niño" es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación:

a) En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;

b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

47. La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por

"determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior. [...]

Elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño

52. Sobre la base de esas consideraciones preliminares, el Comité estima que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son los siguientes:

- (a) La opinión del niño [...]
- (b) La identidad del niño [...]
- (c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones [...]
- (d) Cuidado, protección y seguridad del niño [...]
- (e) Situación de vulnerabilidad [...]
- (f) El derecho del niño a la salud [...]
- (g) El derecho del niño a la educación [...]

[...]

Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño

85. Para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial a que se atienda, se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades. El concepto de interés superior del niño es en sí mismo una norma de procedimiento [...].

86. Mientras que las autoridades públicas y las organizaciones que toman decisiones que afectan a los niños deben llevar a cabo su cometido respetando la obligación de evaluar y determinar el interés superior del niño, no se espera que las personas que adoptan a diario decisiones concernientes a los niños (por ejemplo, los padres, los tutores y los maestros) sigan estrictamente este procedimiento de dos fases, aunque las decisiones que se toman en la vida cotidiana también deben respetar y reflejar el interés superior del niño.

87. Los Estados deben establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados. Los Estados deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, los jueces o las autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente al niño o los niños.

Conclusión N.º 47 del Comité Ejecutivo del Programa del Acnur ([UNHCR, Executive Committee Conclusion No. 47 \(XXXVIII\) – 1987](#)), Niños Refugiados, párrafo (d)

[...] toda medida que se adoptase en favor de los niños refugiados debía guiarse por el principio del interés superior del niño y el principio de la unidad de la familia.

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación general N.º 10 ([General Comment No. 10](#)) sobre los Derechos del Niño en la Justicia de Menores, Doc. de la ONU CRC/C/GC/10, (25 de abril de 2007)

10. En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración

primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública.

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación general N.º 6 ([General Comment no. 6](#)): *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Doc. de la ONU CRC/GC/2005/6, (1 de septiembre de 2005)

19. De acuerdo con el artículo 3(1), "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Si se trata de un menor desplazado, el principio ha de respetarse durante todos los momentos de la situación de desplazamiento. En todos esos momentos, al preparar una decisión que tenga repercusiones fundamentales en la vida del menor no acompañado o separado, se documentará la determinación del interés superior.

20. La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.

Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños ([Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice](#)), Parte III Principios Fundamentales, párr. B.2-3 El interés superior del niño

2. A la hora de evaluar el interés superior de los niños implicados o afectados:

- sus juicios y opiniones deberían tenerse debidamente en cuenta;
- deberá respetarse en todo momento cualquier otro derecho del menor, como el derecho a la dignidad, la libertad e igualdad de trato;
- todas las autoridades relevantes deberán adoptar un enfoque integral para tener en cuenta todos los intereses en juego, incluyendo el bienestar psicológico y físico y los intereses jurídicos, sociales y económicos del menor.

3. El interés superior de todos los niños implicados en un mismo procedimiento o caso debería evaluarse y sopesarse por separado con vistas a reconciliar los eventuales conflictos de intereses de los niños.

Ignaccolo-Zenide c. Rumanía, ([Ignaccolo-Zenide v. Romania](#)), TEDH, Demanda N.º 31679/96, (25 de enero de 2000)

94. [...] No obstante, la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas dirigidas a facilitar la reunificación no es absoluta, ya que la reunificación de un

padre con los hijos que durante un tiempo han vivido con el otro progenitor, podría no poderse materializar inmediatamente y requerir la toma de medidas previas. Si bien la naturaleza y el alcance de dichas medidas preparatorias dependerán de las circunstancias de cada caso, la comprensión y la colaboración de todas las partes implicadas constituye en todo momento un ingrediente importante. Aunque las autoridades nacionales deben esforzarse al máximo para facilitar tal colaboración, cualquier obligación de aplicar coacción deberá ser limitada puesto que se deberán tener en cuenta tanto los intereses, como los derechos y las libertades de todas las partes afectadas, especialmente el interés superior del niño y sus derechos conforme al Artículo 8 de la Convención. Cuando los contactos con un progenitor parezcan constituir una amenaza para los intereses o interferir en los derechos del niño, las autoridades nacionales deberán lograr un equilibrio justo entre las partes [...].

Legislación de la UE

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ([Charter on Fundamental Rights of the European Union](#))

Artículo 24 (2)

“En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.”

3.2 El derecho a ser escuchado

Los Estados Miembros tienen la obligación, incluido conforme al Artículo 12 de la CRC, de respetar y proteger el derecho del niño a ser escuchado. Esto significa que se deberá conceder al niño la oportunidad y los medios necesarios para que aporte su opinión, la cual deberá tenerse debidamente en cuenta cuando se tomen decisiones que le afecten. Este derecho se recoge asimismo en la Carta de los Derechos Fundamentales de UE.

Derecho internacional

Convención sobre los Derechos del Niño ([Convention on the Rights of the Child](#))

Artículo 12

1. Los Estados Partes 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.

Comité de los Derechos del Niño, Observación general N.º 12 ([General Comment No. 12](#)): El derecho del niño a ser escuchado, Doc. de la ONU

CRC/C/GC/12 (2009) (Párr. 1, 2, 21, 34) sobre el derecho del niño a ser escuchado

1. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño ("la Convención") es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos. En el párrafo 1 se garantiza a todo 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. El párrafo 2 afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

2. El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ("el Comité") ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

[...]

21. El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente:

- En primer lugar... la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.
- En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.
- En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.
- Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño.

34. No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y

la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N.º 10 ([General Comment No. 10](#)) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, Doc. de la ONU CRC/C/GC/10, (25 de abril de 2007), párr. 12.

[...]

12. El derecho del niño a expresar su opinión libremente sobre todos los asuntos que le afecten se respetará y hará efectivo plenamente en cada etapa del proceso de la justicia de menores. [...]

Legislación de la UE

Carta de los Derechos Fundamentales de la UE ([EU Charter on Fundamental Rights](#))

Artículo 24(1) Derechos del menor

1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

(El Módulo de Formación I incluye información adicional sobre el derecho a ser escuchado).

3.3 Principio de no discriminación

De conformidad con el derecho internacional, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos de los niños se deberán garantizar sin ningún tipo de discriminación por motivos de sexo, raza, color, origen étnico, idioma, religión, opinión política o de otra índole, procedencia nacional o social, impedimentos físicos, entorno socioeconómico, vínculo con una minoría nacional, posición económica, nacimiento, orientación sexual, identidad de género u otra situación, tanto referentes al niño como a sus padres o tutores.

3.3.1 Obligaciones de los Estados Miembros, discriminación directa/indirecta

Los Estados Miembros se deben asegurar de que los niños migrantes reciban un trato igualitario tanto *de facto* como *de jure*, y eliminar tanto la discriminación directa como la indirecta.

En concreto, las obligaciones de los Estados Miembros para garantizar la igualdad y la no discriminación incluyen, entre otros conceptos, el deber de

- Abstenerse de tomar medidas discriminatorias que menoscaben el disfrute de los derechos; y eliminar leyes y prácticas discriminatorias – así como revisar leyes y prácticas con el fin de garantizar que no resulten discriminatorias o que no faciliten la discriminación (deber de respetar);
- Evitar y proteger frente a la discriminación procedente de actores privados (deber de proteger);
- Tomar medidas proactivas dirigidas a garantizar el disfrute equitativo de los derechos humanos (obligación de cumplir).

Los Estados Miembros no solo deben eliminar leyes, políticas y prácticas claramente discriminatorias, sino que también se deben asegurar de que las medidas aparentemente neutrales no ejerzan un efecto discriminatorio en términos reales. Con el fin de corregir situaciones de desigualdad y de discriminación, también se podrá exigir a un Estado Miembro la aplicación de medidas especiales provisionales dirigidas a re(establecer) la igualdad.

Discriminación directa/indirecta

Por discriminación directa se entiende el trato diferencial por motivos tales como **raza, color, género, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, religión, idioma, opinión política o de otra índole, origen nacional o étnico, posición económica, nacimiento u otra condición**, no basado en criterios razonables y objetivos, no aplicado al logro de un objetivo o no considerado proporcional a la consecución de dicho objetivo. La discriminación directa no es justificable ni legítima.

La discriminación indirecta existe cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral, al aplicarse, colocaría a una persona con una característica particular en una posición de desventaja en comparación con otras en situación similar, por motivos de raza, color, género, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, religión, idioma, opinión política o de otra índole, procedencia nacional o étnica, posición económica, nacimiento u otra condición, sin una finalidad legítima o de manera desproporcionada.

Una diferencia en el trato por motivos de raza, color, género, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, religión, idioma, opinión política o de otra índole, procedencia nacional o étnica, posición económica, nacimiento u otra condición, que persiga una finalidad legítima y que resulte proporcional a la consecución de dicho objetivo no se considerará discriminatoria.

Medidas positivas

Las medidas positivas podrían resultar necesarias para proteger a los niños o a ciertos grupos de niños frente a su vulnerabilidad a sufrir discriminación, incluidas medidas conforme a su edad.

El principio de igualdad exige en ocasiones a los Estados Partes tomar medidas afirmativas dirigidas a disminuir o eliminar las condiciones que causen o que ayuden a prolongar la discriminación, prohibida conforme al derecho internacional (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR)). A título de ejemplo, en un Estado Miembro donde las condiciones generales que afecten a una parte en concreto de la población impidan o perjudiquen el disfrute por dicha parte de los derechos humanos, dicho Estado Miembro deberá tomar medidas específicas dirigidas a corregirlas. Tales medidas podrán implicar la concesión a dicha parte de la población afectada, durante un cierto espacio de tiempo, de un determinado trato preferencial en cuestiones específicas en comparación con el resto de la población. Mientras dicha medida resulte necesaria para corregir la discriminación de hecho, se tratará de un supuesto de diferenciación legítima conforme al ICCPR (Comentario General del Comité de Derechos Humanos N.º 18, párr. 10).

Si bien algunas diferencias en el tratamiento entre nacionales y no nacionales no se encuentran recogidas en las disposiciones de la Convención Internacional sobre la eliminación de toda forma de Discriminación Racial (ICERD), dicho Comité ha aclarado que el trato diferencial basado en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá un supuesto de discriminación si el criterio aplicado a dicha diferenciación no se ha dirigido a la consecución de un objetivo legítimo, y no resulta proporcional al logro de dicho objetivo.

Derecho internacional

Convención sobre los Derechos del Niño ([Convention on the Rights of the Child](#)) (CRC)

Artículo 2

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

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

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ([International Covenant on Civil and Political Rights](#)) (ICCPR)

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o

social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Art. 24(1)

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

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ([International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights](#)) (ICESCR)

Artículo 2(2)

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación 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 social.

Artículo 10

Los Estados Partes reconocen que: (...)

3. Se deben adoptar medidas especiales de **protección y asistencia** en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Convención Internacional sobre toda forma de discriminación racial (ICERD) ([International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination](#))

Art 1(1) '...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico...'

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ([Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women](#)) - CEDAW

Artículo 1

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

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ([Convention on the Rights of Persons with Disabilities](#))

Artículo 5 Igualdad y no discriminación

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ([European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms](#)) (Convenio Europeo de Derechos Humanos o ECHR)

Artículo 14

Prohibición de discriminación

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Protocolo número 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos ([Protocol 12 to the European Convention on Human Rights](#)) (ECHR)

Artículo 1 Prohibición general de la discriminación

1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.
2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1.

Carta Social Europea ([European Social Charter](#)) (revisada)

Parte V, Artículo E

No discriminación

Se garantizará el disfrute de los derechos reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación.

D.H. y Otros c. la República Checa (D.H. and Others v. the Czech Republic), TEDH, Comunicación N.º 57325/00, (13 de noviembre de 2007)

En el caso de *D.H. y Otros c. la República Checa*, el gobierno argumentó que el sistema de escuelas "especiales" había sido establecido con el fin de ayudar a los niños romaníes en su educación mediante la superación de las dificultades del idioma y la compensación de la falta de educación preescolar. No obstante, el TEDH consideró que la asignación desproporcionada de niños romaníes a colegios especiales para niños con discapacidades mentales sin una justificación razonable y objetiva constituía una discriminación indirecta.

La asignación de estos niños a las escuelas especiales se basó principalmente en la realización de unos tests psicológicos y en su evaluación, aunque dichos tests no tenían en cuenta las particularidades ni las características específicas de los niños romaníes que los realizaron. El Tribunal aclaró que en casos de supuesta discriminación indirecta, una vez la parte demandante haya establecido una presunción refutable de que el efecto de una medida o una práctica resulta discriminatorio (también mediante la realización de estadísticas), la carga de la prueba se traslada al estado para demostrar que la diferencia en el trato no es discriminatoria.

El Tribunal aclaró asimismo que en los supuestos en que se demuestre que la aplicación de la legislación produce un efecto discriminatorio, no resultará necesario probar la intención de las autoridades de discriminar.

CESCR, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N.º 20 (General Comment No. 20), artículo 2 (2) del ICESCR, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*

8. Para que los Estados partes puedan "garantizar" el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto, hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo:

a) Discriminación formal. Para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos; por ejemplo, las leyes deberían asegurar iguales prestaciones de seguridad social a las mujeres independientemente de su estado civil.

b) Discriminación sustantiva. Abordando únicamente la forma no se conseguiría la igualdad sustantiva prevista y definida en el artículo 2.2. En el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*. Por ejemplo, asegurar que todas las personas tengan igual acceso a una vivienda adecuada y a agua y saneamiento ayudará a superar la discriminación de que son objeto las mujeres, las niñas y las personas que viven en asentamientos informales y zonas rurales.

[...]

10. Tanto las formas directas como las formas indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme al artículo 2.2 del Pacto:

a) Hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que

otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable (por ejemplo, en el caso de una embarazada).

b) La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N.º 16 ([General Comment No. 16](#)) (2005) sobre el Artículo 3 del ICESCR: *la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*

7. El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos.

[...]

12. Se produce discriminación directa cuando la diferencia de trato se funda directa y expresamente en distinciones basadas de manera exclusiva en el sexo y en características del hombre y de la mujer que no pueden justificarse objetivamente.

13. Se produce discriminación indirecta cuando la ley, el principio o el programa no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discriminación en su aplicación. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando las mujeres están en situación desfavorable frente a los hombres en lo que concierne al disfrute de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes. La aplicación de una ley neutra en cuanto al género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla.

CEDAW, Recomendación general N.º 25 ([General recommendation No. 25](#)), sobre el artículo 4, párrafo 1 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *sobre las medidas especiales de carácter temporal*

4. El alcance y el significado del párrafo 1 del artículo 4 deben determinarse en el contexto del objeto y fin general de la Convención, que es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad *de jure* y *de facto* entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos. Los Estados Partes en la Convención tienen la obligación jurídica de respetar, proteger, promover y cumplir este derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación hasta alcanzar la igualdad tanto *de jure* como *de facto* respecto del hombre.

[...]

7. En primer lugar, **los Estados Partes tienen la obligación** de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación -que

puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares- por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación *de facto* de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N.º 32 ([General Recommendation No. 32](#)), *Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial*

6. La Convención se inspira en los principios de la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos. El principio de igualdad enunciado en la Convención combina la igualdad formal ante la ley con la protección igual de la ley, dando lugar a un concepto de igualdad sustantivo o *de facto*, que es el objetivo que debe alcanzarse mediante la aplicación fiel de sus principios.

Comité de los Derechos Humanos, Observación general N.º 32 ([General Comment no. 32](#)), sobre el Artículo 14 del ICCPR, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*

9. El artículo 14 incluye el derecho de acceso a los tribunales en los casos en que se trata de determinar cargos penales, así como también derechos y obligaciones en un procedimiento judicial. El acceso a la administración de justicia debe garantizarse efectivamente en todos esos casos para asegurar que ninguna persona se vea privada, por lo que toca al procedimiento, de su derecho a exigir justicia. El derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia y a la igualdad ante ellos no está limitado a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que deben poder gozar de él todas las personas, independientemente de la nacionalidad o de la condición de apátrida, como los demandantes de asilo, refugiados, trabajadores migratorios, niños no acompañados y otras personas que puedan encontrarse en el territorio o sujetas a la jurisdicción del Estado Parte. Una situación en la que los intentos del individuo de acceder a las cortes o tribunales competentes se vean sistemáticamente frustrados de jure o de facto va en contra de la garantía reconocida en la primera oración del párrafo 1 del artículo 14. Esta garantía prohíbe también toda distinción relativa al acceso a los tribunales y cortes de justicia que no esté basada en derecho y no pueda justificarse con fundamentos objetivos y razonables. La garantía se infringe si a determinadas personas se les impide entablar una acción contra cualquier otra persona por razones tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.

Legislación de la UE

Carta de los Derechos Fundamentales de la UE ([EU Charter on Fundamental Rights](#))

Artículo 20 Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley.

Artículo 21 **No discriminación**

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.
2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

Igualdad de trato en el empleo y la ocupación (2000/78/CE) **[Employment Equality Directive (2000/78/EC)]**

Artículo 2 Concepto de discriminación

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "principio de igualdad de trato" la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.
2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:
 - a) existirá **discriminación directa** cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;
 - b) existirá **discriminación indirecta** cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:
 - i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que
 - ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.
3. El **acoso** constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.
4. Toda **orden de discriminar** a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.
5. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Entre otra legislación europea relevante se incluye la siguiente:

- **Estatuto de igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico ([Racial Equality Directive](#))** (Council Directive 2000/43/CE)
- **Estatuto de igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo ([Gender Equality Directive](#))** (Directive 2006/54/CE (recast))
- **Estatuto de los nacionales de fuera de la UE residentes de larga duración ([Long-term residence Directive](#))** (2003/109/CE)
- **Directiva relativa a la libre circulación y residencia en la Unión Europea ([Free movement Directive](#))** (2004/38/CE)
- **Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro ([Gender Goods and Services Directive](#))** (2004/113/CE)



Fuente de información útil:
FRA Manual de Derecho Europeo en materia de no Discriminación
[FRA Handbook on European non-discrimination law](#)

3.3.2 Motivos prohibidos

*Tal y como se ha mencionado en el apartado anterior, el trato diferencial está prohibido por motivos tales como **raza, color, género, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, religión, idioma, opinión política o de otra índole, origen nacional o étnico, posición económica, nacimiento u otra condición**, salvo que se base en criterios razonables y objetivos, se aplique al logro de un objetivo o resulte proporcional a la consecución de dicho objetivo.*

En este apartado se explican algunos de los motivos prohibidos, si bien el listado que se incluye a continuación no es de naturaleza exhaustiva.

CESCR, Observación general N.º 20 ([General Comment No. 20](#)), *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del ICESCR)

15. En el artículo 2.2 se enumeran como motivos prohibidos de discriminación "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social". La inclusión de "cualquier otra condición social" indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría. (...)

3.3.2.1 Raza u origen étnico

La discriminación con motivo de la raza o del origen étnico está prohibida de conformidad con el derecho internacional y europeo. Por ejemplo, el TEDH considera una situación de discriminación indirecta la asignación sistemática de niños procedentes de minorías nacionales a escuelas especiales para niños con discapacidades mentales, sin una justificación razonable y objetiva.

Derecho internacional

La Convención Internacional sobre toda forma de discriminación racial

Convención Internacional sobre toda forma de discriminación racial (ICERD)
(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)

El artículo 1, párr. 1 de la ICERD define el concepto de la discriminación racial como sigue: "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública."

Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales (Framework Convention for the Protection of National Minorities), 1995

Artículo 4

1. Las Partes se comprometen a garantizar a las personas pertenecientes a minorías nacionales el derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual por parte de la ley. A este respecto, se prohibirá toda discriminación fundada sobre la pertenencia a una minoría nacional.
2. Las partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, medidas adecuadas con el fin de promover, en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural, una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. A este respecto, tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales.
3. Las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 no se considerarán un acto de discriminación.

(...) desde el punto de vista de las personas pertenecientes a minorías nacionales, la Comisión de Venecia establece que el trato diferencial, incluido mediante el apoyo de estados afines, puede constituir discriminación si no se justifica de manera objetiva y razonable o si no resulta proporcional al objetivo perseguido.

Consejo de Europa, Comité Asesor del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales
Commentary on Education under the Framework Convention for the Protection of National Minorities (2006), ACFC/25DOC (2006)002, pág. 19.

Legislación de la UE

Directiva 2000/43/CE relativa a la igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico

Artículo 1 Objeto

La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato.

Artículo 2 Concepto de discriminación

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "principio de igualdad de trato" la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico.

2. A efectos del apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

4. Toda orden de discriminar a personas por motivos de su origen racial o étnico se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.

3.3.2.2 Nacionalidad y condición de inmigrante

El derecho internacional y europeo prohíbe la discriminación sobre la base de la nacionalidad y la condición de inmigrante. Los Estados Miembros deben garantizar los derechos humanos y las libertades de todas las personas dentro de su jurisdicción. El trato diferencial basado en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios aplicables a dicha diferenciación, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para la consecución de un objetivo legítimo y no resultan proporcionales al logro de dicho objetivo.

Derecho internacional

CESCR, Observación general n.º 20 ([General Comment No. 20](#)), *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del ICESCR)

Origen nacional o social

24. El "origen nacional" se refiere al Estado, la nación o el lugar de origen de una persona. Esas circunstancias pueden determinar que una persona o un grupo de personas sufran una discriminación sistémica en el ejercicio de los derechos que les confiere el Pacto. (...)

Nacionalidad

30. No se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean.

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ([European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms](#)) (ECHR)

Artículo 1 Reconocimiento de los derechos humanos

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ([Committee on the Elimination of Racial Discrimination](#)) (CERD), [Observación general N.º 32 \(General Recommendation No. 30\)](#) (Discriminación contra los no ciudadanos)

3. En virtud del artículo 5 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Aunque algunos de esos derechos, como el derecho de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, pueden limitarse a los ciudadanos, los derechos humanos deben, en principio, ser disfrutados por todos. Los Estados Partes se obligan a garantizar la igualdad entre los ciudadanos y no ciudadanos en el disfrute de esos derechos en la medida reconocida en el derecho internacional;

4. Con arreglo a la Convención, la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo. La diferenciación, en el ámbito del párrafo 4 del artículo 1 de la Convención, con medidas especiales no se considera discriminatoria;

[Pomomaryovi v. Bulgaria \(Ponomaryovi v. Bulgaria\)](#), TEDH, N.º 5335/05, (21 de junio de 2011)

La discriminación contra los niños migrantes sobre la base de su nacionalidad/condición de inmigrante constituye una acción prohibida. En este caso, dos nacionales rusos de 16 y 18 años reclamaron haber sufrido discriminación ya que, contrariamente a los nacionales búlgaros y a los extranjeros con permisos de residencia permanentes, se les había exigido el pago de tasas escolares para acceder a su educación secundaria. Ambos habían contado con un permiso de residencia permanente hasta que cumplieron 18 años, pero carecían de dinero para abonar las tasas correspondientes a un permiso de residencia independiente, lo cual resultaba necesario para continuar residiendo en Bulgaria de manera legal. Según el Tribunal, la distinción en lo referente a la obligación de abonar las tasas escolares se debió exclusivamente a su nacionalidad y condición de inmigrantes. Si bien, por una parte, se concede generalmente a los Estados Miembros un margen amplio de valoración

cuando se trata de medidas generales de estrategia económica o social, por otra parte, resulta necesario alegar razones de gran peso para probar la diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad. Este caso requirió la realización de un examen riguroso puesto que la educación constituye un derecho sujeto a protección directa por la Convención (Artículo 2, Protocolo 1). El Tribunal resolvió que la exigencia a los demandantes del pago de tasas para acceder a la educación secundaria debido a su nacionalidad y condición de inmigrantes no se encontraba justificada. El Tribunal concluyó, por consiguiente, que el Estado Miembro había infringido el Artículo 2 del Protocolo N.º 1 de la Convención Europea (el derecho a la educación).

Legislación de la UE

Directiva del Consejo del 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar ([Directive 2003/86/EC](#))

(3) El Consejo Europeo, en su reunión especial de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, reconoció la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países. En este contexto, el Consejo Europeo ha declarado en particular que la Unión Europea debe velar por un trato justo a los nacionales de los terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros y que una política de integración más decidida debe encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión Europea. Para ello, el Consejo Europeo pidió que el Consejo adoptara actos jurídicos con rapidez, basándose en propuestas de la Comisión. La necesidad de lograr los objetivos definidos en Tampere fue reafirmada por el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001.

3.3.2.3 Edad

Los Estados Miembros deben respetar y garantizar sin ningún tipo de discriminación los derechos de cada niño, recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC), que se encuentre dentro de su jurisdicción. El principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se deberá aplicarse a todos los aspectos relativos a los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación del menor como no acompañado o separado, o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante.

El derecho a la no discriminación exige la aplicación de medidas proactivas por parte de los Estados Miembros dirigidas a garantizar una igualdad efectiva de oportunidades para que todos los niños disfruten de los derechos recogidos en la CRC. Ello podrá requerir la toma de medidas positivas dirigidas a rectificar una situación de desigualdad real.

Derecho internacional

Convención sobre los Derechos del Niño ([Convention on the Rights of the Child](#)) (CRC)

Artículo 2

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

o de sus representantes legales.

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

Comité de los Derechos del Niño de la ONU (CRC), Observación general N.º 6 (General Comment no. 6): *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*

18. El principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye -e incluso puede exigir- la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados. A propósito de los menores no acompañados o separados, las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo son admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva.

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, [General Comment No. 14 \(2013\) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial \(art.3, párr.1\)](#)

41. El derecho a la no discriminación no es una obligación pasiva que prohíba todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención, sino que también exige a los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención. Ello puede requerir la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real.

3.3.2.4 Género

Una amplia diversidad de normativa internacional prohíbe la discriminación por motivo de sexo y de género, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC) (Artículo 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) (Artículo 3), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) (Artículo 3) y el Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer CEDAW (Artículos 1 y 2).

El Artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define la discriminación contra la mujer como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

Resulta de aplicación en términos iguales tanto a las chicas como a las mujeres adultas.

Derecho internacional

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N.º 16 ([General Comment No. 16](#)) (2005) sobre el Artículo 3 del ICESCR: *la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*

1. La discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población mundial. El crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación. (...)

5. Las mujeres se ven con frecuencia privadas del disfrute de sus derechos humanos en pie de igualdad, en especial debido a la condición inferior que las asignan la tradición y las costumbres o como consecuencia de discriminación abierta o encubierta. Muchas mujeres sufren diversas formas de discriminación al combinarse los motivos de sexo con factores como la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otras, el origen nacional o social, el nivel económico, el nacimiento u otros factores como la edad, la pertenencia étnica, la presencia de discapacidad, el estado civil, la condición de refugiado o migrante, que agravan la situación de desventaja.

6. La esencia del artículo 3 del Pacto es que la mujer y el hombre deben disfrutar en pie de igualdad de los derechos enunciados en él, noción que lleva en sí un sentido sustantivo. Si bien en las disposiciones constitucionales, las leyes y los programas de los gobiernos se puede hallar la expresión de igualdad de trato formal, el artículo 3 preceptúa también que los hombres y las mujeres disfrutarán en la práctica por igual de los derechos enunciados en el Pacto.

7. El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto *de facto* como *de jure*. La igualdad *de jure* (o formal) y *de facto* (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos. (...)

10. Tanto las formas directas como las formas indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme al artículo 2.2 del Pacto:

a) Hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable (por ejemplo, en el caso de una embarazada).

b) La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas.

CESCR, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N.º 20 (General Comment No. 20), sobre el artículo 2 (2) del ICESCR, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales

2. La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Según el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el "Pacto"), los Estados partes deben "garantizar el ejercicio de los derechos [que en él se enuncian] sin discriminación 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 social".

3. Los principios de no discriminación e igualdad están reconocidos además en todo el Pacto. En el preámbulo se destacan los "derechos iguales e inalienables" de todos, y se reconoce expresamente el derecho de "todas las personas" al ejercicio de los distintos derechos previstos en el Pacto en relación, entre otras cosas, con el trabajo, condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, las libertades de los sindicatos, la seguridad social, un nivel de vida adecuado, la salud, la educación y la participación en la vida cultural.

4. En el Pacto se hace también referencia expresa a la discriminación y la igualdad con respecto a algunos derechos individuales. En el artículo 3 se pide a los Estados que se comprometan a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos enunciados en el Pacto, y en el artículo 7 se hace referencia al derecho a "un salario igual por trabajo de igual valor" y a "igual oportunidad para todos de ser promovidos" en el trabajo. El artículo 10 dispone que se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto y que se deben adoptar medidas especiales en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna. En el artículo 13 se dispone que "la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente" y que "la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos".

8. Para que los Estados partes puedan "garantizar" el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto, hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo:

a) Discriminación formal. Para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos; por ejemplo, las leyes deberían asegurar iguales prestaciones de seguridad social a las mujeres independientemente de su estado civil.

b) Discriminación sustantiva. Abordando únicamente la forma no se conseguiría la igualdad sustantiva prevista y definida en el artículo 2.2. En el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de

forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*. Por ejemplo, asegurar que todas las personas tengan igual acceso a una vivienda adecuada y a agua y saneamiento ayudará a superar la discriminación de que son objeto las mujeres, las niñas y las personas que viven en asentamientos informales y zonas rurales.

(...)

10. Tanto las formas directas como las formas indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme al artículo 2.2 del Pacto:

a) Hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable (por ejemplo, en el caso de una embarazada).

b) La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas.

20. El Pacto garantiza la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto al goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Desde la aprobación del Pacto, el concepto de "sexo" como causa prohibida ha evolucionado considerablemente para abarcar no solo las características fisiológicas sino también la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que han dificultado el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones. De este modo, constituirían discriminación la negativa a contratar a una mujer porque pueda quedar embarazada o asignar predominantemente empleos de bajo nivel o a tiempo parcial a mujeres por considerar, de forma estereotipada, que no están dispuestas a consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre. La denegación de la licencia de paternidad puede constituir también discriminación respecto de los hombres.

3.3.2.5 Orientación sexual e identidad de género

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluyen listados de motivos prohibidos de discriminación. Dichos listados no incluyen explícitamente la "orientación sexual" ni la "identidad de género", pero concluyen con las palabras "otra condición". El uso de la expresión "otra condición" demuestra que los listados son abiertos y que se incluyen a título ilustrativo. Dicho de otro modo, los motivos de discriminación no están cerrados.

En 1999, en el caso de *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, el Tribunal resolvió que la orientación sexual constituye un concepto "indudablemente" cubierto por los motivos abiertos de discriminación prohibida recogidos en el Artículo 14 de la Convención Europea. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos incluye la orientación sexual en el Artículo 26 del ICCPR.

Otras normas más actuales, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Artículo 21) incluyen explícitamente la orientación sexual como uno de los motivos prohibidos de discriminación.

CESCR, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N.º 20 (General Comment No. 20)

27. El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad.



Para más información, véase:

- http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/LGBT_en.pdf
- <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx>
- <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>
- Registro de la CIJ de derecho internacional sobre derechos OSIG: <http://www.icj.org/sogi-casebook-introduction/>
- Documentos de NU: <http://www.icj.org/sogi-un-database/>

3.3.2.6 Religión y convicciones

Los dos Pactos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR)) incluyen derechos humanos básicos que deben quedar garantizados sin ningún tipo de discriminación con motivo de, entre otros conceptos, la religión (Art. 26 y 2 del ICCPR, Art. 2(2) ICESCR).

Igualmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíben la discriminación por motivos de religión.

El TEDH ha resuelto en varias ocasiones que la prohibición de símbolos/vestimenta religiosa por parte de niños en las escuelas no constituye un incumplimiento de su libertad de religión (véase el Recuadro a continuación). Sin embargo, el no ofrecer una clase alternativa a la de educación religiosa, por ejemplo, una clase de ética, sí que vulnera la libertad de religión de un niño.

Dogru c. Francia (Dogru v. France) y Kervanci c. Francia (Kervanci v. France), respectivamente N.º 27058/05 y 31645/04, sentencia del TEDH del 4 de diciembre de 2008

Las demandantes, ambas musulmanas, se encontraban cursando el primer año de secundaria en una escuela pública en 1998-1999. En numerosas ocasiones asistieron a las clases de educación física con su cabeza cubierta con un velo, y se negaron a retirárselo a pesar de las repetidas peticiones de su profesor. El comité disciplinario del centro decidió expulsarlas de la escuela por haber infringido el deber de asiduidad, al haberse abstenido de participar activamente en dichas clases. Esta decisión fue respaldada por los tribunales.

El Tribunal resolvió que no se había vulnerado el Artículo 9 (libertad de religión) del Convenio en ninguno de los dos casos y decidió, en concreto, que la conclusión

alcanzada por las autoridades nacionales de que llevar un velo, por ejemplo, el velo islámico, resultaba incompatible con las clases de deporte por motivos de salud o seguridad, era razonable. Aceptó que la sanción impuesta representaba la consecuencia del rechazo de las demandantes a cumplir con las normas aplicables en las instalaciones escolares – sobre las cuales habían sido debidamente informadas – y no de sus convicciones religiosas, como alegaban.

Grzelak c. Polonia (*Grzelak v. Poland*), sentencia 7710/02 del TEDH del 15 de junio de 2010

Los dos primeros demandantes, agnósticos declarados, eran padres del tercer demandante. De acuerdo a los deseos de sus padres, este último no asistió a las clases de religión durante su escolarización. Sus padres solicitaron sistemáticamente a las autoridades escolares que se impartiera clase de ética a su hijo. No obstante, dicha clase nunca se impartió durante toda su escolarización tanto en primaria como en secundaria puesto que no se alcanzaba un número mínimo de alumnos interesados. Los informes y los certificados escolares mostraban una casilla en blanco en lugar de una calificación para la asignatura “religión/ética”.

El Tribunal consideró la demanda inadmisibile (inadmisibilidad *ratione personae*), en lo referente a los padres, y resolvió que se había vulnerado el Artículo 14 (prohibición de discriminación) junto con el Artículo 9 (libertad de religión) del Convenio, en lo referente a su hijo. Decidió, en concreto, que la ausencia de una calificación para “religión/ética” en sus certificados escolares durante toda su escolarización había conllevado a su estigmatización injustificada, lo que suponía la vulneración de su derecho a no manifestar su religión ni sus convicciones.

3.3.2.7 Discapacidad

Los niños con una discapacidad se consideran un grupo especialmente vulnerable (véase el recuadro de la Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, *et alt.* en el apartado 2.3.1).

El 23 de diciembre de 2010 la UE ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU [[UN Convention on the Rights of People with Disabilities \(UN CRPD\)](#)] como la primera organización internacional en acceder a un tratado internacional en materia de derechos humanos. Una vez miembro de la CRPD de la ONU, la UE y sus instituciones (y los Estados Miembros de la UE a la hora de interpretar y aplicar la legislación europea) tienen la obligación de observar el planteamiento amplio e inclusivo de la Convención a la hora de interpretar el significado de “discapacidad”.

Si bien no consta expresamente incluido como uno de los motivos protegidos por el TEDH, este ha incluido la discapacidad en el Artículo 14, bajo el concepto de “otros” motivos.

Los padres de hijos migrantes discapacitados también tienen derecho a un trato especial, incluido el cuidado de niños migrantes discapacitados (Véase TJUE, *S. Colemann c. Attridge Law y Steve Law*) [Gran Sala del TJUE, N.º C-303/06, (17 de julio de 2008)].

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU
(UN Convention on the Rights of People with Disabilities)

Artículo 1 Propósito

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

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

(...)

Artículo 5 Igualdad y no discriminación

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

En el caso de *Glor c. Suiza* (*Glor v. Switzerland*), el TEDH resolvió que el demandante, que padecía diabetes, podía considerarse una persona con discapacidad – independientemente de que la legislación nacional lo hubiera calificado como una discapacidad “menor”. El demandante fue obligado al pago de un impuesto para compensar la no realización del servicio militar, impuesto que debían abonar todas las personas que no cumplían los requisitos para realizar dicho servicio militar. Para quedar exento de dicho impuesto, era necesario que la discapacidad alcanzase un grado del “40%” (considerado equivalente a la pérdida de una extremidad) o ser objetor de conciencia. Los objetores de conciencia tenían la obligación de prestar un “servicio civil”. La discapacidad del demandante era tal que fue considerado no apto para servir en el ejército, pero no alcanzaba el grado de gravedad necesario conforme a la legislación nacional para quedar exento del pago del impuesto. El demandante se ofreció a prestar el “servicio civil”, pero su solicitud fue rechazada. El TEDH resolvió que el Estado Miembro había conferido un trato al demandante comparable al de las personas que no habían realizado el servicio militar sin una justificación válida. Esta situación constituyó un trato discriminatorio puesto que el demandante se encontraba en una situación diferente (había sido rechazado para cumplir el servicio militar pero tenía el deseo y la capacidad para realizar el servicio civil) y, como tal, el Estado Miembro debería haber aplicado una excepción a la normativa en vigor.

Miembros de la Comisión Internacional de Juristas

Febrero de 2018

Presidente en funciones

Prof. Robert Goldman, Estados Unidos

Vicepresidente

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

Vicepresidente en funciones

Juez Radmila Dacic, Serbia

Comité Ejecutivo

(Presidente) Juez Azhar Cachalia, Sudáfrica

Sra. Roberta Clarke, Barbados Canadá

Sra. Hina Jilani, Pakistán

Juez Sanji Monageng, Botswana

Sr. Belisario dos Santos Junior, Brasil

Otros Comisionados:

Prof. Kyong-Wahn Ahn, República de Corea

Justicia Adolfo Azcuna, Filipinas

Sr. Muhannad Al-Hassani, Siria

Sr. Abdelaziz Benzakour, Marruecos

Juez Ian Binnie, Canadá

Juez Sir Nicolas Bratza, Reino Unido

Sr. Reed Brody, Estados Unidos

Prof. Miguel Carbonell, México

Dame Silvia Cartwright, Nueva Zelanda

Juez Moses Chinhengo, Zimbabwe

Prof. Sarah Cleveland, Estados Unidos

Justice Martine Comte, Francia

Justice Elizabeth Evatt, Australia

Sr. Roberto Garretón, Chile

Prof. Jenny E. Goldschmidt, Países Bajos

Prof. Michelo Hansungule, Zambia

Sra. Gulnora Ishankhanova, Uzbekistán

Sr. Shawan Jabarin, Palestina

Sra. Imrana Jalal, Fiyi

Juez Kalthoum Kennou, Túnez

Prof. David Kretzmer, Israel

Prof. César Landa, Perú

Juez Ketil Lund, Noruega

Juez Qinisile Mabuza, Suazilandia

Juez José Antonio Martín Pallín, España

Prof. Juan Méndez, Argentina

Juez Charles Mkandawire, Malawi

Sr. Kathurima M'Inoti, Kenia

Justice Yvonne Mokgoro, Sudáfrica

Juez Tamara Morschakova, Rusia

Sra. Karinna Moskalenko, Rusia

Juez Willy Mutunga, Kenia

Justice Egbert Myjer, Países Bajos

Juez John Lawrence O'Meally, Australia

Sra. Mikiko Otani, Japón

Juez Fatsah Ouguergouz, Argelia

Dr Jarna Petman, Finlandia

Prof. Mónica Pinto, Argentina

Prof. Víctor Rodríguez Rescia, Costa Rica

Sr. Alejandro Salinas Rivera, Chile

Juez Michèle Rivet, Canadá

Prof. Marco Sassoli, Suiza

Justicia Ajit Prakash Shah, India

Justicia Kalyan Shrestha, Nepal

Sr. Raji Sourani, Palestina

Sr. Wilder Tayler, Uruguay

Justice Philippe Texier, Francia

Justicia Lillian Tibatemwa-Ekirikubinza, Uganda

Juez Stefan Trechsel, Suiza

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia



**International
Commission
of Jurists**

P.O. Box 91
Rue des Bains 33
CH 1211 Geneva 8
Switzerland

t +41 22 979 38 00
f +41 22 979 38 01
www.icj.org