

Corteidh

From: Viviana Waisman [v.waisman@womenslinkworldwide.org]
Sent: Friday, February 17, 2012 11:59 AM
To: Corteidh
Cc: Pablo Saavedra
Subject: Amicus curiae de parte de Women's Link Worldwide
Attachments: Amicus Curiae opinión consultiva niñez migrante-Women's Link Worldwide.pdf; Amicus Curiae opinión consultiva niñez migrante-Women's Link Worldwide.doc

Estimados señores/señoras:

Adjunto les remito para su información el amicus curiae preparado por Women's Link Worldwide, de conformidad con el artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana, emitiendo nuestra perspectiva sobre la Opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentada el pasado 7 de julio de 2011 por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay ante la mencionada Corte.

Por medio del presente escrito, y dentro del plazo concedido, solicitamos a la Honorable Corte Interamericana que tome en consideración el contenido del presente documento. Esperamos brindar una perspectiva útil para la Corte en este asunto.

Sin otro particular, les saluda atentamente,



Viviana Waisman
EXECUTIVE DIRECTOR/ DIRECTORA EJECUTIVA

Tel. + 34 91 185 1904
Fax + 34 91 185 1907
www.womenslinkworldwide.org

women's **LINK** worldwide Estrategias para la justicia de género
2001-2011 Strategies for Gender Justice

Correo escaneado automáticamente por el sistema de seguridad.

**ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS**

**Opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana
de Derechos Humanos**

Amicus curiae presentado por Women's Link Worldwide en base al artículo 73 del
Reglamento de la Corte Interamericana

17 de febrero de 2012

Viviana Waisman, Directora Ejecutiva
Teresa Fernández Paredes, Abogada.
Women's Link Worldwide
Calle Coloreros, 2. 5º 1
28013 Madrid
España
Tel. +34 91 185 19 04
Email: v.waisman@womenslinkworldwide.org

ÍNDICE

I.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	4
II.	INTRODUCCIÓN	5
III.	NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES NO ACOMPAÑADAS: LA OBLIGADA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	7
IV.	EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN Y EL DERECHO DE ASILO POR RAZONES DE GÉNERO: GARANTÍAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MENORES MIGRANTES	10
V.	EL RIESGO DE LA TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN PARA LAS MENORES MIGRANTES	16
VI.	CONCLUSIONES	18

I. Consideraciones Preliminares

A) Presentación de quienes suscriben el presente *amicus curiae*

El presente *amicus curiae* lo presentan Viviana Waisman, Directora Ejecutiva, y Teresa Fernández Paredes, abogada de Women's Link Worldwide (<http://www.womenslinkworldwide.org>), organización internacional de derechos humanos con oficinas en Bogotá (Colombia) y Madrid (España) que promueve la equidad de género a través del desarrollo y la implementación estratégica de los derechos humanos. El trabajo de la organización gira en torno a seis líneas de trabajo: Observatorio de género y justicia, Trata de seres humanos, Mujeres migrantes, Discriminación interseccional, Derechos sexuales y reproductivos y Crímenes internacionales de género. En cada una de estas líneas se trabaja estratégicamente con las cortes y tribunales para promover la lucha por el avance de los derechos de las mujeres, la implementación estratégica de los estándares internacionales de derechos humanos, y el trabajo estratégico con las cortes, incluyendo el litigio estratégico.

Como parte de la línea de trabajo Mujeres Migrantes, Women's Link ha desarrollado diversas misiones con el objeto de documentar las violaciones de derechos humanos que sufren las mujeres y niñas migrantes, tanto durante su trayecto migratorio, como una vez que han llegado al país de destino. En este sentido, desde el año 2009 se han publicado varios informes¹ que reflejan las vulneraciones de los derechos humanos y las múltiples formas de violencia que sufren las mujeres y niñas migrantes durante el proceso migratorio, haciendo especial hincapié en el estudio del fenómeno de la trata de personas con fines de explotación sexual, y en visibilizar las vulneraciones de los derechos sexuales y reproductivos que enfrentan.

Junto a ello, a través del trabajo desempeñado en la línea de Trata de seres humanos, Women's Link ha desarrollado e implementado estrategias legales para promover el reconocimiento y garantía efectiva de los derechos de las mujeres y niñas migrantes víctimas de trata, incluido el litigio por el reconocimiento de protección internacional para este colectivo. Entre tales litigios, hemos representado a migrantes menores de edad y víctimas de trata con éxito.

B) Fundamento jurídico para la presentación del *amicus curiae*

El artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, legitima a toda persona u organización interesada a emitir su opinión sobre la consulta presentada el pasado 7 de julio de 2011 por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay ante la mencionada Corte. Dicha consulta versa sobre “las obligaciones de los Estados con relación a las medidas posibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”. Por medio del presente escrito, y dentro del plazo concedido, solicitamos a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte Interamericana) que tome en consideración el contenido del presente documento.

¹ WOMEN'S LINK WORLDWIDE. *Los derechos de las mujeres migrantes*[en línea]: una realidad invisible Madrid, febrero 2009. www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_publicaciones&dc=36

WOMEN'S LINK WORLDWIDE. *Mujeres migrantes en la clandestinidad* [en línea]: el aborto en Marruecos. Madrid, noviembre 2011.

www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_publicaciones&dc=55

WOMEN'S LINK WORLDWIDE. *Los derechos de las mujeres migrantes*[en línea]. Almería: la historia que nadie cuenta. Almería, marzo 2010.

www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_publicaciones&dc=48

II. Introducción

“Los actuales flujos migratorios, sus causas y el impacto sobre los países de origen, tránsito y destino han colocado a las migraciones como uno de los mayores desafíos para los Estados, las sociedades y especialmente para los propios migrantes. Se estima que cerca de 6 millones de personas provenientes de América Latina y del Caribe han emigrado dentro de la región, y cerca de 25 millones han emigrado hacia los Estados Unidos y Europa (ECLAC, 2006, p. 73). A pesar de que no se conoce el número exacto de menores migrantes, estimaciones recientes sugieren que 1 de cada 5 migrantes es un niño o adolescente (y el número de niñas sobrepasa ligeramente al de los niños). Sin embargo, estos números no incluyen a los muchos niños dejados detrás por sus padres migrantes (por uno de los padres o por ambos) o, a los menores que han nacido de padres migrantes hayan estos obtenido o no la nacionalidad del país de destino.”²

De acuerdo con estas cifras, los niños, niñas y adolescentes se presentan hoy como actores sociales relevantes e independientes dentro de los procesos migratorios,³ tanto si migran con sus familias como si lo hacen no acompañados. Esta realidad conlleva una obligación para los Estados de examinar, interpretar y aplicar el marco normativo nacional y las políticas públicas sobre migración de manera acorde con el marco de protección internacional de los derechos humanos del niño.⁴ En los últimos años, se han realizado numerosos esfuerzos por parte de actores relevantes dentro de la comunidad internacional y las comunidades nacionales, dirigidos a promover este entendimiento por parte de los Estados, haciendo visible que los procesos migratorios pueden, en ocasiones, colocar a los menores en situaciones de extrema vulnerabilidad. Ello hace necesario que, en relación con los niños y niñas, la condición de “menor” sea el elemento central que determine cualquier intervención por parte del Estado en ejecución de su política migratoria.

Esta afirmación es más relevante aún si cabe en el actual escenario de creciente criminalización de la migración clandestina y de las personas “migrantes” en general, a través de políticas públicas de control de fronteras cada vez más restrictivas, que fomentan a su vez la proliferación de redes clandestinas de migración. Junto a ello, también se crean políticas de “integración”, no siempre respetuosas con el principio de no discriminación.

A esta necesidad de exigir que los y las menores migrantes sean considerados dentro del marco especial de protección de la infancia, y no sólo dentro del marco normativo general de extranjería, se une la también imperiosa necesidad de aplicar un enfoque diferenciado al tratamiento de los menores. Esto implica la exigencia de prestar especial atención a las diferencias intra-grupo, en ocasiones invisibilizadas, por el uso de los términos generales “niñez”, “infancia”, “adolescentes/adolescencia” y “menores”.

A su vez, lo anterior impone la obligación de hacer un esfuerzo real por reconocer las diferentes necesidades que enfrentan las niñas dentro de los procesos migratorios, que van mucho más allá de nombrarlas en el discurso. Aplicar una adecuada perspectiva de género a la evaluación de la situación de la niñez migrante en las Américas se hace, por consiguiente, imprescindible. Como

² FEUK, Rut; PERRAULT, Nadine; DELAMONICA, Enrique. *Children and international migration in Latin America and the Caribbean. Challenges. Newsletter on progress towards the Millennium Development Goals from a child rights perspective. Number 11.* CEPAL/UNICEF. November 2010.

³ *Niñez y adolescencia migrante: situación y marco para el cumplimiento de sus derechos humanos.* Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar. Octubre, 2011. Pág. 10.

⁴ *Convención sobre los Derechos del Niño* [en línea]. Naciones Unidas: 2 septiembre 1990. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

ha afirmado el Comité de la CEDAW,⁵ en su Recomendación General n° 25 sobre las trabajadoras migratorias, la migración no es un fenómeno independiente del género.

Entendemos que un análisis desde la perspectiva de género, no sólo debe tener en cuenta el impacto diferenciado en función del sexo que tienen los procesos migratorios en los niños y niñas, sino también cómo el género se cruza con otras categorías como la raza, la etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, la condición socio económica, el nivel educativo, entre otras, aumentando la vulnerabilidad a la violencia y la discriminación de las menores.

Tres escenarios principales de intervención en relación con los niños y niñas han sido identificados en numerosos estudios sobre el tema:⁶ i) cuando los menores migran no acompañados, es decir, con un proyecto migratorio autónomo;⁷ ii) cuando los menores migran como parte de procesos de reagrupación familiar formales y, deben ser integrados dentro del nuevo país de destino, cuestión fuertemente condicionada por el estatus migratorio de sus padres;⁸ iii) cuando los menores son dejados en el país de origen de los padres a cargo de familiares u otras personas distintas a cualquiera de sus progenitores.⁹

En el presente documento haremos énfasis en la primera categoría enunciada, es decir, en aquellas personas menores migrantes no acompañados en particular, en las niñas. Según la definición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en 1997,¹⁰ son menores no acompañados:

“Los niños y adolescentes menores de 18 años que se encuentran fuera de su país de origen y están separados de ambos padres o de la persona que por ley o costumbre les tuviera a su cargo. Algunos de estos menores están totalmente solos mientras que otros conviven con otros familiares. Los menores no acompañados pueden haber solicitado asilo por miedo a la persecución, a la falta de protección ante violaciones de derechos humanos, conflictos armados y/o graves disturbios en su país de origen. Algunos de ellos pueden haber sido víctimas de tráfico u otro tipo de explotación o pueden haber viajado a Europa huyendo de situaciones de pobreza severa. Muchos de estos menores han vivido experiencias terribles y han sobrevivido a circunstancias de extrema dureza.”

Centrando ya nuestra mirada en las niñas y adolescentes migrantes, en tanto menores de 18 años, éstas se encuentran amparadas por los derechos humanos del niño, materializados en la Convención de los Derechos del Niño (CDN). Asimismo, se encuentran protegidas por la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y por la Convención Interamericana para la Prevención, Sanción y Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Ambos marcos especializados deben ser a su vez interpretados en conformidad con los otros instrumentos de derechos humanos generales existentes, tanto universales como regionales.

⁵ *Recomendación General Número 26: Sobre las trabajadoras migrantes*. Comité de la CEDAW: 2005. Párrafos: 5-6.

⁶ Op. cit. Nota: 2. Ver FEUK, Rut [et al.]: *Children and international migration in Latin America and the Caribbean*.

⁷ Este proyecto migratorio autónomo puede tener motivaciones muy diversas, la búsqueda de trabajo, reunirse con sus familiares, escapar de la violencia, entre otras.

⁸ El caso de los menores nacidos en el país de migración de sus padres, también requiere especial atención. Dentro del esquema actual de Estados-soberanos, la no adquisición de la nacionalidad deja a las personas en estatus permanente de extranjería, así, cuando un menor nace en el país de migración de sus padres y no adquiere esta nueva nacionalidad, su estatus es el de extranjero. Por otra parte, y para el caso de los menores reagrupados, dependiendo de la legislación nacional del nuevo país de adopción, los menores tendrán un estatus de residencia vinculada o no al de los padres, e.j. en algunas circunstancias podrán adquirir la nacionalidad del país de acogida aunque sus padres aún no tengan ese derecho, o por el contrario si los padres pierden la condición de residentes legales, se les retira también a los hijos.

⁹ Op. cit. Nota: 2. Ver FEUK, Rut [et al.]: *Children and international migration in Latin America and the Caribbean*.

¹⁰ *Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum* [en línea]. UNHCR. Geneva: February 1997. <http://www.unhcr.org/publ/PUBL/3d4f91cf4.pdf>

El uso combinado de estos instrumentos específicos de protección de la infancia y la mujer, pone de manifiesto que tanto la prevención, como la sanción de las violaciones de derechos humanos que pueden afectar a las menores migrantes no acompañadas, son el resultado de su género y su edad. Ambas categorías operan de forma combinada e inseparable.

Desde la perspectiva enunciada, el presente documento se centrará en el análisis de tres aspectos de relevante consideración cuando de niñas y adolescentes migrantes se trata. La primera parte dará una definición de las implicaciones que conlleva la adopción de una perspectiva de género en el análisis del interés superior del menor para el caso de los menores migrantes. A continuación, se expondrán las opciones de protección internacional que se recoge en el marco normativo internacional, centrándonos en la protección por motivos de género que ampara a las menores. Por último, se analizará el fenómeno de la trata con fines de explotación, entendido como uno de los riesgos más evidentes que afrontan las menores migrantes y que constituye una flagrante vulneración de derechos humanos.

I. Niñas y adolescentes migrantes no acompañadas: la obligada observancia del principio del interés superior del menor.

La Convención de los Derechos del Niño es el marco normativo internacional que protege los derechos de todos los niños y niñas y debe ser aplicado por todos los Estados parte sin discriminación.¹¹ La Convención, tiene como propósito ordenar las relaciones entre los y las menores, el Estado y la familia, estructuradas a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. En este sentido, uno de sus cuatro principios estructurales¹² es el del interés superior del menor, enunciado en 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.”

El principio del interés superior del menor impone una limitación y una obligación hacia las autoridades estatales de estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, “no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.”¹³ En este sentido, el interés superior del niño se define como la plena satisfacción de sus derechos. Es decir, el contenido del principio son los propios derechos que la Convención enumera.¹⁴

En el sistema interamericano esta obligación se encuentra contenida y reconocida por el artículo 19 de la Convención Americana, que establece:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

¹¹ Op. cit. Nota: 4. Ver *Convención sobre los Derechos del Niño*. Artículo: 2.

¹² La Convención contiene "principios" -que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"- entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3). Estos principios -como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia⁹. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Disponible en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado este principio en diversos casos donde se ha pronunciado sobre los derechos de los niños,¹⁵ manteniendo que no sólo son sujetos de protección especial, sino plenos sujetos de derecho.¹⁶

En relación con los menores no acompañados, el principio del interés superior del menor debe ser la consideración primordial en la búsqueda de soluciones adecuadas por parte de los Estados. Así lo afirma el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 6, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen,¹⁷ cuando afirma que “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.”

En esta misma Observación General, el Comité ha identificado los riesgos que enfrentan los menores no acompañados. La Observación manifiesta que:

“[...] responde también a la identificación por el Comité de una serie de lagunas en lo que concierne a la protección de estos menores, entre las que se citan mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y a la privación de libertad. También sufren con frecuencia discriminación y no tienen acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación. En cuanto a los menores no acompañados y separados de sus familias, están particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica. En algunos casos, estos menores no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse, ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico. En muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración. En otros casos, son admitidos, pero se les deniega el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo o sus solicitudes no se tramitan de forma que se tenga en cuenta su edad y sexo. En algunos países se prohíbe a los menores separados que han sido reconocidos como refugiados solicitar la reunificación familiar; en otros se permite la reunificación, pero se imponen unas condiciones tan restrictivas que resulta prácticamente imposible de conseguir. Son también muchos los menores que disfrutan de un régimen sólo temporal que finaliza al cumplir los 18 años y se encuentran entonces con que existen muy pocos programas eficaces de retorno.”¹⁸

¹⁵ El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, especialmente la Corte IDH, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, y, particularmente, sobre el principio cardinal del interés superior del niño. Destacar en lo que respecta a los derechos del niño, las sentencias de la Corte Interamericana Villagrán Morales, Opinión Consultiva 17/2002, Walter Bulacio e Instituto “Panchito López”.

¹⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales. Universidad de Talca*. 2008, Año 6, N° 1.

http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf

¹⁷ *Observación General Número 6: trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Comité de los Derechos del Niño. 2005. Párrafos: 5-6.

<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/GC/2005/6>

¹⁸ *Ibid.* Párrafo 3.

Además, considerando la situación particular de los niños no acompañados, se les debería acordar una protección específica en virtud de los artículos 20 y 22 de la CDN que prevén que los niños separados temporalmente o definitivamente de sus padres tienen derecho a una protección específica, lo mismo para los niños refugiados o que quieren obtener el estatuto de refugiado. Aislados en un territorio extranjero, estos niños están también particularmente expuestos a diversas formas de abusos y por ello deberían contar con la protección específica prevista por los Protocolos facultativos de la CDN sobre la venta de niños y sobre los conflictos armados.

Al considerar y buscar soluciones para prevenir, o enfrentar, estos riesgos identificados por el Comité, es imprescindible que los Estados tengan en cuenta la manera diferenciada en que afectan a las niñas y adolescentes y las consecuencias específicas que suponen. Tal es el caso de la violación y la violencia sexual entendida de forma amplia como aquella que incluye, la desnudez forzada, la explotación, la prostitución forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la esterilización forzada, la mutilación, entre otras. Todas estas formas de violencia tienen un efecto negativo sobre la salud y capacidad sexual y reproductiva de las niñas y adolescentes, cuyos efectos psicológicos y físicos son, en muchos casos, permanentes.

Al analizar la violencia de género en general, las autoridades públicas tienen que prestar especial atención a los riesgos de embarazos no deseados (con las implicaciones para la salud de las niñas que los embarazos tempranos suponen), a la capacidad de acceso de las menores a métodos anticonceptivos y a la anticoncepción de emergencia y a servicios seguros de interrupción de embarazo, así como a información y métodos de prevención de enfermedades de transmisión sexual. La capacidad reproductiva de las niñas y adolescentes comporta obligaciones específicas para los Estados que no deben ser ignoradas. Muy por el contrario, es una obligación de los Estados incluir información clara y accesible relativa a servicios de salud sexual dentro de sus políticas de atención a los menores no acompañados.

Es además necesario tener en consideración que el sesgo de género en la educación y socialización de las niñas en materia de educación sexual, presente en casi todos los países, incluidas las Américas, las coloca frecuentemente en una posición de gran desventaja y desigualdad. La consecuencia es que se les impide acceder libremente a los servicios de salud y a la información en general.

Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño es profundamente respetuosa de la relación niño-familia y limita la intervención tutelar del Estado a una última instancia, cuando la familia y los programas sociales generales no han dado resultado. De conformidad con la Convención, únicamente se puede separar a un menor de su familia cuando las autoridades judiciales consideran que dicha separación es imprescindible con sujeción al principio del interés superior del menor. El derecho de una familia a permanecer unida se ha tratado de manera muy amplia en los casos de expulsión y la Convención de los Derechos del Niño lo aplica de manera muy estricta, ya que sólo permite la separación familiar en aquellos casos en que ésta sea lo mejor para el menor. Por tanto, en los casos de expulsión o deportación que puedan dar lugar de hecho a la separación de la familia por las dificultades prácticas del reasentamiento y la adaptación de sus miembros, los Estados estarían obligados en virtud de esa Convención a escuchar al niño (o a su representante) y a determinar si la expulsión es lo mejor para él.¹⁹

Esto es de especial importancia para el caso de las niñas y adolescentes migrantes. Si algo ha puesto de relieve la denuncia sobre la discriminación contra la mujer y la denuncia de la violencia como la expresión más brutal de la discriminación, es que el hogar y la familia no son siempre lugares de protección y cuidado.²⁰ Muy por el contrario, pueden ser lugares en donde la violencia se ejerza contra las niñas como medio de socialización y disciplina dentro del rol de género que les corresponde ocupar.

¹⁹ Op. cit. Nota: 17. Ver *Observación General Número 6*. También la Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 71, resaltó la importancia del derecho a la familia de los niños y niñas: "El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño"

²⁰ COOMARASWAMY, Radhika. *Informe preliminar sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias* [en línea]. Naciones Unidas: 1994. Párrafo: 117-121. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1282>

De esta manera, los Estados deben tener en cuenta la situación general de las menores en sus países de origen. Para ello, deben evaluar, ante una posible devolución o expulsión, si las menores tendrían acceso a la educación en su país de origen, la existencia en los mismos de normas que limitan los derechos de las mujeres y niñas y, en definitiva, la evaluación de la situación de discriminación estructural, de iure y de facto, que enfrentaría la menor en caso de ser devuelta. Esta evaluación debe ser además realizada atendiendo a las obligaciones contraídas a partir de la CEDAW y Belém do Pará.

Tomar en cuenta estas diferencias es la vía para dar contenido a lo expuesto por el Comité de los Derechos del Niño, cuando afirma “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.”²¹

Conviene destacar a este respecto, los estándares establecidos por la Corte Interamericana en pronunciamientos tales como la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados²² y el caso Vélez Loor Vs. Panamá,²³ por cuanto dichos estándares relativos a los inmigrantes indocumentados son también de aplicación en el caso de menores migrantes, siempre y cuando su circunstancia de menor sea tenida en cuenta, y se respete el principio del interés superior del niño.

En líneas generales, los mencionados pronunciamientos de la Corte Interamericana expresan que los Estados deben respetar los derechos humanos –entre ellos los laborales– de toda persona presente en su territorio, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las mismas.²⁴ Asimismo, se establece que los Estados deben garantizar el ejercicio y goce de tales derechos.²⁵ En este sentido, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes, para lo cual:

- Se debe garantizar, conforme al principio del debido proceso, que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables²⁶.
- Las políticas migratorias deben desarrollarse y ejecutarse acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores²⁷.

II. El principio de no devolución y el derecho de asilo por razones de género: garantías de protección internacional para las menores migrantes

En el caso de las menores, la obligación de los Estados de respetar el principio de no-devolución²⁸, radica en el amplio abanico de violaciones de derechos humanos que enfrentan las menores migrantes en razón a su edad y su género, violaciones que se originan en el país de origen, durante el proceso migratorio y en el país de destino.

²¹ Op. cit. Nota: 17. Ver *Observación General Número 6*. Párrafo: 20.

²² Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 septiembre 2003.

²³ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá* [en línea]. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp.pdf

²⁴ Op. cit. Nota: 22. Ver *Opinión Consultiva OC-18/03*. Párrafos: 173 y siguientes.

²⁵ Ibid.

²⁶ Op. cit. Nota: 23. Ver *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Párrafo: 143.

²⁷ Op. cit. Nota: 22. Ver *Opinión Consultiva OC-18/03*. Párrafos: 161 y siguientes de la OC de México

²⁸ El principio de “no devolución” (o “non-refoulement”) es un principio de derecho internacional, piedra angular de los derechos de asilo y refugio, que impide devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro. Este principio aparece recogido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y en el Artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos inhumanos, crueles y degradantes.

En consideración a ello, los Estados tienen la obligación de otorgar protección internacional a las niñas, cuando se determine que pueden ser perseguidas en su país de origen en razón de su género.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño mantiene que “los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor (...) sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser ulteriormente trasladado.”²⁹ Continúa el Comité diciendo que dichas obligaciones de no devolución serán imputables a los Estados incluso cuando las violaciones graves a los derechos garantizados por la Convención de los Derechos del Niño hayan sido cometidas por sujetos particulares, no estatales. La evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse “teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios.”³⁰

Al hablar de persecución³¹ por motivos de género nos referimos a las diferentes formas en que el género es un factor relevante para determinar si una persona satisface la definición de refugiada.³² Por ejemplo, el género puede ser relevante en varios aspectos: en cuanto a la forma de persecución (violación, mutilación genital femenina, aborto forzoso, etc.), en cuanto al motivo de persecución (cuando el género es el motivo o es un factor relevante contribuyente que motiva la persecución sufrida o temida) o en cuanto a la falta de protección estatal (cuando el Estado se niega a proveer protección por el daño severo con base en el género de la persona solicitante).³³

Así, hay casos en que la violación de derechos humanos se debe a la falta de protección por parte del Estado, porque éste no quiere o no puede proteger a las menores. En estos casos, el género tiene importancia al ser el detonante de la falta de protección estatal. En sociedades en las que la violencia contra las mujeres es algo común y extendido, no sólo la violencia como tal, sino su tolerancia o condonación por las autoridades, constituye persecución.

Igualmente, en algunos países existen leyes que en sí mismas son persecutorias, porque discriminan a una parte de la población en base a su género. Esto ocurre cuando dichas leyes vulneran los derechos fundamentales de dicha población. La persecución también puede

²⁹ Op. cit. Nota: 17. Ver *Observación General Número 6*. Párrafo: 27

³⁰ Ibid.

³¹ Artículo 1. -- Definición del término "refugiado"

A. 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 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.

³² *Directrices sobre protección internacional* [en línea]: *Persecución por motivos de género*. ACNUR: 7 mayo 2002. <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4714a7152>

³³ A principios de la década de los 90, Canadá se convirtió en el primer país que reconocía que las mujeres sufren formas específicas de persecución por razones de género que deberían ser reconocidas bajo la Convención de Ginebra de 1951. Otros países han seguido la misma línea que Canadá, entre ellos, Estados Unidos, Australia y España.

producirse cuando existe una práctica social discriminatoria que las autoridades condonan o toleran, o cuando por incumplimiento de una ley o práctica se impone una sanción o pena discriminatoria por género.³⁴

La persecución por motivos de género puede también ser motivada por la transgresión o manifestación de un comportamiento contrario a ciertas prácticas o leyes que son discriminatorias o persecutorias debido al género. En estos casos, el género tiene importancia en cuanto a la forma de persecución, a la discriminación equivalente a persecución y a los motivos de la discriminación o de la persecución.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados identifica una serie de formas de persecución por género:

- La violencia doméstica o en la comunidad: se trata de aquellos casos en que las niñas o mujeres temen sufrir violencia en el ámbito doméstico o por parte de miembros de la comunidad y que no tendrían la protección del Estado debido a su género o a otros motivos de la Convención. Diferentes países han reconocido la condición de refugiada a mujeres víctimas de violencia doméstica, como son España³⁵, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia y Bélgica, entre otros, o han otorgado protección subsidiaria a estas personas, como es el caso de Suecia³⁶.
- La violación o abuso sexual³⁷: normalmente las víctimas son mujeres y niñas, pero también pueden serlo hombres y niños. Se pueden llevar a cabo en muchos contextos, como en el interior de la familia, en la comunidad o en el trabajo y son muy comunes en situaciones de conflicto armado. La persecución por género en estos casos también se da cuando las mujeres que han sufrido alguna experiencia de este tipo son estigmatizadas, o

³⁴ *Manual de Procedimientos del ACNUR y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* [en línea]. Ginebra 1992. Párrafos: 56-57. http://tukuymigra.com/images/normativa/MM_ACNUR_2.pdf

Las personas que huyen de enjuiciamiento o castigo por un delito de derecho común no suelen ser refugiados; sin embargo, la distinción puede a veces ser confusa sobre todo en situaciones de castigo excesivo por la infracción de una ley legítima.

³⁵ Mencionar, entre otras la *Sentencia de la Audiencia Nacional de España (Rec. 1528/2007)* del 13 de enero de 2009 y la *Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso (Rec. núm. 4.178/2002)* del 11 de octubre de 2005. Ponente: Pedro José Yagüe Gil. En la primera la Audiencia Nacional concedió asilo a una mujer de Argelia que fue sujeta a múltiples y continuos malos tratos, que incluían violencia sexual, por parte de su marido. La sentencia determinó que los actos de violencia sexual deben considerarse una forma de persecución en los términos de la Convención, y afirmó que la solicitante había sufrido persecución en virtud de su condición de mujer, aduciendo que la falta de protección de las autoridades significaba que era elegible para recibir protección del Estado español. En la segunda decisión, el Tribunal Supremo concede asilo a una mujer de Guinea Ecuatorial víctima de violencia doméstica a manos de su marido, en virtud de su afiliación política.

³⁶ En Estados Unidos, los tribunales han considerado en varias ocasiones la persecución relacionada con la violencia doméstica. En el asunto *Matter of S-A-, 22 I.&N. 1328*, la Junta de Apelaciones de Refugio, en el caso núm. 71.238/99 de 21 de septiembre de 2000, concedió asilo a una mujer iraní brutalmente abusada por su esposo, reconociendo a “las mujeres” como grupo social determinado. Asimismo, en el año 2001, la Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, en el caso *Aguirre-Cervantes vs. INS, 242 F.3d 1169*, concedió asilo a una mujer mexicana que, junto con sus hermanas y madre, fue brutalmente abusada por su marido, reconociendo la violencia doméstica como persecución y a la familia como un grupo social. En Australia, en el caso *Ministerio de Inmigración y Asuntos Multiculturales vs. Khawar*, [2000] FCA 1130, de 23 de agosto de 2000, en un caso de violencia doméstica contra una mujer pakistaní, la Corte Federal sostuvo que ésta no había recibido protección estatal, y que el hecho de que oficiales de orden público fallaran o se rehusaran a tomar medidas para proteger a los miembros de un grupo social determinado, en este caso mujeres víctimas de violencia en el ámbito familiar, constituía en sí mismo una forma de persecución. En Bélgica, la *Comisión Permanente de Recours des Réfugiés* consideró como grupo social determinado a las «mujeres de Yibuti».

³⁷ Ver, por ejemplo: Op. cit. Nota: 32. Ver *Directrices sobre protección internacional*.

Handbook for the Protection of Women and Girls. UNHCR: Geneva, 2008.

Directiva 2004/83/CE por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos de para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Consejo de Europa, 29 de abril de 2004. European Parliament Resolution on Violation of Women's Rights and EU International Relations. 19 de noviembre de 2003.

convertidas en víctimas de un ostracismo social severo que no les permite vivir en su sociedad. En muchos casos ellas son consideradas una vergüenza y una deshonra para su familia o comunidad. Numerosos países han reconocido como refugiadas a víctimas de estas formas de persecución; entre ellos Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Nueva Zelanda.³⁸ Asimismo, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha reconocido esta forma de persecución, entre otros, en el caso *V.L. v. Switzerland*, Communication No. 262/2005.³⁹

- La orientación sexual: la sexualidad o las prácticas sexuales pueden ser relevantes en una solicitud de asilo.⁴⁰ La persecución puede tomar la forma de hostilidad pública extrema, violencia, malos tratos, matrimonios y embarazos forzados, ultrajes y violaciones, abusos, discriminación severa, entre otras. Los agentes perseguidores pueden ser tanto familiares como autoridades estatales, y esta persecución puede tener como objetivo castigar o “corregir” la identidad sexual de la persona, o bien ser tolerada. La jurisprudencia de numerosos países ha reconocido que las personas de una concreta orientación sexual pueden constituir un grupo social determinado, coincidiendo con la línea dada por las Directrices del ACNUR.⁴¹
- La transgresión de costumbres sociales y religiosas: esta categoría designa a personas que no cumplen con la función asignada por las normas religiosas o se niegan a obedecer los códigos sociales y son perseguidas por ello (restricciones al empleo o educación, códigos de vestuario etc.)⁴² Dentro de este tipo de persecución se enmarcan los denominados “crímenes de honor”, que se producen por la transgresión de normas o patrones religiosos o sociales, tales como las relaciones sexuales extramaritales. Así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Jabari c. Turquía*⁴³, determinó que una mujer iraní acusada de adulterio tenía un temor bien fundado de persecución para el propósito de que se le concediera el asilo, y que la decisión de Turquía de deportarla violaba el Artículo 3 del Convenio Europea de Derechos Humanos, el cual protege a las personas contra los tratos crueles e inhumanos. De la misma manera se pronunció el Tribunal Europeo en el caso *N. c. Suecia*,⁴⁴ donde reconoció que deportar a una mujer afgana solicitante de asilo puede alcanzar el nivel de trato inhumano cuando existe un riesgo real de que por su condición de mujer divorciada reciba graves maltratos y sea excluida socialmente⁴⁵.

³⁸ Ver: CRAWLEY, Heaven; LESTER, Trine. *Comparative analysis on gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe*. May 2004.

³⁹ La denunciante, de origen bielorruso, fue acosada y asaltada sexualmente por la policía, quien le interrogó varias veces sobre las actividades políticas de su marido. Ella huyó del país y se unió a su marido en Suiza, donde solicitó asilo. Su solicitud y posteriores apelaciones fueron denegadas, no obstante el Comité contra la Tortura, en su decisión, determinó que existían razones fundadas para creer que la denunciante podía ser sometida a torturas si volvía a Bielorrusia, reconociendo la decisión la violación y abuso sexuales como una forma de tortura.

⁴⁰ Op. cit. Nota: 32. Ver *Directrices sobre protección internacional*. Párrafo: 16.

⁴¹ Ver en España, entre otras, las *Sentencias del Tribunal Supremo*, STS 8251/2007, Sala de lo Contencioso, rec. núm. 4.529/2004, de 13 de diciembre de 2007, donde se concede el derecho a asilo a un homosexual cubano. STS 6674/2007, Sala de lo Contencioso, rec. núm. 1981/2004, de 4 de octubre de 2007, que concede el asilo a un nacional ruso por considerar que sufrirá persecución en virtud de su orientación sexual en el interior del ejército. STS 5650/2007, Sala de lo Contencioso, rec. núm. 1.447/2004, de 25 de julio de 2007, en la cual se concede el asilo a un nacional cubano que estuvo detenido en dicho país por dos días debido a su orientación sexual. Respecto a Estados Unidos, en el *asunto Karouni vs. Gonzales*, 339 F.3d 1163, Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, 2005, reconoció asilo por orientación sexual. En los mismos términos se han pronunciado distintos tribunales, como el Tribunal de Revisiones de Refugio, de Australia, en el *caso V95/03527 [1996] RRTA 246*, de 9 de febrero de 1996; y Reino Unido, en el *caso DW Jamaica CG [2005] UKAIT 00168*.

⁴² Op. cit. Nota: 37. Ver *Handbook for the Protection of Women and Girls*.

⁴³ ECtHR. *Case Jabari v. Turkey*. Appl. No. 400035/98. 11 July 2000.

⁴⁴ ECtHR. *Case N. v. Sweden*. Appl. No. 23505/09. 20 October 2010.

⁴⁵ Asimismo, en varios países este criterio ha sido la base del reconocimiento de la condición de refugiada, como por ejemplo, en Alemania, Australia, Austria, España, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Suecia. Ver ACNUR, *Comparative analysis on gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe*, *supra* n. 93, p. 316.

- El matrimonio forzado: el matrimonio forzado es aquel en que una persona debe contraer matrimonio con otra, sin que exista consentimiento por uno o ambos novios, y para tal fin se haga uso de la violencia, amenazas, u otro tipo de agravios, tales como la presión social o las prácticas religiosas. Los casos de asilo basados en persecución por género por matrimonio forzado deben tener muy en cuenta las tradiciones que existen en el país de origen en torno a esta práctica y la falta de protección del Estado en caso de oposición a ellas. Otra forma de matrimonio forzado es el matrimonio precoz, que se define como aquél en el que al menos uno de los contrayentes es menor de edad. Varios países han reconocido como refugiadas a personas víctimas de este motivo de persecución, tales como Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Francia, Reino Unido, Estados Unidos, Suecia y Suiza.⁴⁶
- La esterilización o aborto forzados: la esterilización o aborto forzados son una realidad en muchas sociedades, dadas las políticas, costumbres y leyes que responden a cuestiones demográficas. La implementación de la planificación familiar mediante estas prácticas constituye una violación de los derechos humanos y una forma de persecución, aunque sea realizada en el contexto de una ley aparentemente legítima. Diferentes países también han concedido asilo en base a estos tipos de persecución, como el caso de Alemania, Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Suecia y Suiza, o bien han concedido protección subsidiaria por tal motivo.⁴⁷
- El embarazo forzado: se entiende por embarazo forzado aquél en que se obliga a una mujer a dar a luz para conseguir de esta manera modificar la composición étnica de una población o de cometer otras graves vulneraciones de los derechos humanos.
- La mutilación genital femenina o circuncisión femenina: la circuncisión o mutilación genital femenina es una práctica extendida en varios países y tiene características particulares en culturas y sociedades específicas. Estas prácticas no tienen una base religiosa, sino que se basan en tradiciones relacionadas con el género y las estructuras sociales y culturales. En el contexto del asilo, se considera que niñas y mujeres que tienen un fundado temor a ser sometidas a la mutilación son perseguidas por motivos de género. Así, mencionar el caso *Collins y Akaziebie contra Suecia*,⁴⁸ ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Las solicitantes, madre e hija, de nacionalidad nigeriana, solicitaron asilo en Suecia, alegando que de ser devueltas a su país serían sometidas a mutilación genital pero éste les fue denegado. Por ello acudieron al TEDH, el Tribunal declaró la inadmisibilidad de la solicitud en base a cuestiones de “credibilidad” pero sí estableció claramente que la mutilación genital femenina equivale a malos tratos en virtud del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁴⁶ Ejemplos de estatutos concedidos encontramos en *Austria* (una mujer palestina del Líbano, que temía ser asesinada «por el honor» por oponerse a su matrimonio forzado); *Francia* (una mujer de Yibuti que temía ser forzada al matrimonio si era devuelta a su país de origen), y *Bélgica* (una mujer que temía un matrimonio forzado con un hombre mayor y polígamo; se consideró la edad de la solicitante, que tenía 15-16 años al interponerse el recurso, las tradiciones del matrimonio en Camerún y la falta de la protección del Estado. También en Estados Unidos, como botón de muestra, ver la Sentencia de la Corte de Inmigración de Estados Unidos del 18 de 2011, *Asunto de AT*. En la misma se analiza la situación de A.T., una mujer maliense perteneciente a la tribu musulmana Bámbara, cuya familia se adhería a la fe musulmana wahabi. En su niñez fue sujeta a la práctica de la mutilación genital femenina. En el 2004, A.T. solicitó asilo en los Estados Unidos. Su solicitud y posteriores apelaciones fueron rechazadas hasta que en el 2008 el Fiscal General revocó la decisión de la Junta de apelaciones y reenvió el caso para resolución. El Tribunal sostuvo que A.T. formaba parte de un grupo social identificable, el de las mujeres Bambaran que forman parte de familias practicantes de la religión wahabi. El Tribunal señaló que el matrimonio forzado con su primo, podía considerarse como persecución ya que, entre otras cosas, perdería la libertad de elegir si tener relaciones sexuales, si tener hijos, qué religión practicar y si realizar o no la mutilación genital femenina en sus hijas.

⁴⁷ Ver, por ejemplo: Estados Unidos, *Tang vs. Gonzales*, 489 F.3d 987, Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, 2007. Reino Unido, *Liu v SSHD* [2005] EWCA Civ 249. Canadá, *Cheung v. Canada* (M.E.I), (1993) 2 F.C. 314. Reino Unido, *Chun Lan Liu v. The Secretary of State for the Home Department*. [2005]. En este último caso, la demandante solicitó asilo a su llegada al Reino Unido, después de haber sido víctima de un aborto forzado en su país China, por miedo a que, en caso de ser devuelta a su país, la obligasen a esterilizarse. En apelación, el Tribunal estableció que las mujeres de China en la misma situación que la solicitante podían conformar un grupo social.

⁴⁸ ECtHR. *Case Collins and Akaziebie v. Sweden*. Appl. No. 23944/05. 8 March 2007.

que en su sentencia estableció claramente que la mutilación genital femenina equivale a malos tratos en virtud del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁴⁹

- La trata de personas: como se analizará a continuación de forma más extensa, la trata constituye un motivo de persecución que, por su claro sesgo de género, afecta desproporcionadamente a las niñas. A este respecto, el ACNUR ha manifestado que quienes fueron víctimas de trata puede entenderse que conforman un grupo social, dada la inmutabilidad y común característica de haber sido tratadas⁵⁰. Una sociedad puede también, dependiendo del contexto, ver a estas personas que han sido víctimas de trata como un grupo reconocible dentro de la sociedad.⁵¹ La jurisprudencia de diferentes países, tales como Reino Unido, Francia, Canadá, Dinamarca y Austria, han reconocido a víctimas de trata como refugiadas, o les han otorgado protección.⁵² Asimismo, conviene destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene concediendo, en virtud de la Regla 39 de su Reglamento, medidas cautelares para evitar que víctimas de trata sean devueltas a sus países de origen, dado su temor fundado a sufrir persecución en los mismo.⁵³

Junto con la persecución por motivos de género, las menores pueden ser, a su vez, receptoras de protección internacional en atención al grupo social determinado al que pertenecen⁵⁴. En este

⁴⁹ Mencionar también el caso *Fauziya Kasinga*, 3278, del “Board of Immigration Appeals” de Estados Unidos, con fecha 13 June 1996, donde el Tribunal consideró que la solicitante tenía un temor bien fundado de ser mutilada (MGF) en el caso de retornar a su país de origen, Togo, y que ello suponía persecución suficiente en los términos del derecho de asilo y refugio. La persecución que tenía era causa de su pertenencia a un determinado grupo social, el de las mujeres jóvenes de la tribu Tchamba-Kunsuntu que no han sufrido MGF y que se oponen a su práctica.

⁵⁰ Op. cit. Nota: 32. Ver *Directrices sobre protección internacional*.

⁵¹ *Directrices sobre protección internacional* [en línea]: en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. ACNUR: 7 abril 2006.

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=487e105b2>

⁵² Ver el caso de la Corte de Inmigración de Chicago, Estados Unidos, del 9 de agosto de 2011, “*Asunto X*”, relativo a una mujer procedente de la República Democrática del Congo. La solicitante pidió asilo en los Estados Unidos, cuyo tribunal señaló que las experiencias vividas por la demandante, al ser víctima de la trata, constituyen un daño que se eleva al nivel de una persecución. En la sentencia, el tribunal afirmó, entre otras cosas, que había sido víctima de persecución en el pasado y que tenía un temor fundado de futuras persecuciones en su país debido a su pertenencia a un determinado grupo social: mujeres jóvenes congoleñas que se involucraron en la prostitución. Mencionar igualmente el caso de Reino Unido [2000] *Lyudmyla Dzhygun v. The Secretary of State for the Home Department*, donde se confirmó que las víctimas de la trata pueden pertenecer a un grupo social determinado a los efectos de la Convención de Refugiados. En este caso, el tribunal consideró que la demandante, que había sido objeto de trata a Bulgaria, era parte de un grupo que podría ser interpretado como “mujeres en Ucrania, que se ven obligadas a ejercer la prostitución contra su voluntad.” Estas mujeres son discriminadas y desprotegidas por el Estado, y el Tribunal autorizó su permanencia en el Reino Unido. Referencias adicionales en Op. cit. Nota: 38. Ver, *Comparative analysis of gender-related persecution*. Párrafos: 202 y ss.

⁵³ Ver, entre otros, las medidas cautelares del caso *L. v. Reino Unido*, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicó la Regla 39 de su Reglamento para impedir que una mujer de origen albanés, víctima de trata, a la que se le denegó el asilo en Reino Unido, fuese deportada a su país, ya que corría el riesgo de ser represaliada por la red de trata y su tratante, que nunca fue procesado y se encontraba en libertad.

⁵⁴ Con respecto a la categoría “grupo social”, destacar la jurisprudencia reciente de Estados Unidos, donde se otorgó el asilo a menores de edad en base al temor fundado a volver a sus países de origen y sufrir persecución por parte de las denominadas “pandillas callejeras”, entendiendo éstas como “grupo social” conforme al derecho de asilo y refugio. Así destacar el caso *Sandra*, donde la Corte de Inmigración de Baltimore, Maryland (Noviembre 8, 2006), garantizó asilo a una joven de 28 años, que lo solicitó sobre la base de que era miembro de un grupo social determinado de mujeres que rechazaban ser víctimas de violencia sexual por parte de pandilleros. La Corte manifestó que se trataba de un grupo “limitado” ya que solo encuadraba mujeres que habían sido elegidas por los miembros de pandillas para ser explotadas sexualmente, por lo que no todas las mujeres de Guatemala y América Central estaban incluidas. Por otra parte, manifestó que las características de “común” e “inmutable”, eran no solo el género pero también el rechazo a ser víctimas de violencia sexual por parte de los miembros de las pandillas. Adicionalmente, la solicitante demostró que tenía miedo a ser perseguida en caso de volver a Guatemala porque la red de la pandilla estaba tan extendida y conectada que la podrían encontrar si se movía a alguna otra parte del país. Además, el gobierno de Guatemala no podía ofrecerle ningún tipo de protección ya que no tienen ningún control sobre las pandillas. Ver igualmente el caso *In re --*, *Corte de Inmigración de, Arlington, VA (Mayo 3, 2007)*, que consideró que los solicitantes (un joven de 21 años y una joven de 15 años) eran miembros de un particular grupo social compuesto de estudiantes y sus familias manifiestamente contrarios a las pandillas, y que se les debía garantizar el asilo puesto que tenían un temor bien fundado de persecución en el futuro debido a que expresaron su oposición a las pandillas.

sentido, se entiende que el género es una característica innata e inmutable que, sola o junto con otras como la nacionalidad, pueden definir un grupo social determinado.⁵⁵

III. El riesgo de la trata de seres humanos con fines de explotación para las menores migrantes

La trata⁵⁶ ha sido reconocida como una de las máximas vulneraciones de los derechos humanos a las que una persona puede ser sometida, además de ser una forma de esclavitud contemporánea. En la actualidad, es uno de los principales riesgos a los que se enfrentan las niñas migrantes.

La trata conlleva para las niñas y mujeres que la sufren una situación de coacción y violencia física, psicológica y sexual, que en muchas ocasiones se manifiesta en el contagio de enfermedades de transmisión sexual, como el VIH/SIDA, la realización de abortos forzados, el alcoholismo y la drogadicción severas debido al consumo forzado de estupefacientes, la tortura e, incluso, la muerte a manos de la red criminal organizada de trata. Igualmente las niñas y mujeres víctimas de trata suelen ser rechazadas socialmente y, dada la clandestinidad que las rodea, suelen encontrarse en situaciones de máxima indefensión, desprotección y extorsión. En lo que se refiere al impacto psicológico, las niñas y mujeres sufren desde inseguridad y pérdida de autoestima, hasta traumas causados por el abuso y la violencia física y mental y ello les provoca, especialmente en el caso de las niñas, unas secuelas y daños psicológicos muy difíciles de superar.⁵⁷

Dada su naturaleza clandestina, es muy difícil establecer con precisión cuál es el número de víctimas de trata en el mundo. Cabe destacar, no obstante, las estimaciones de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), según las cuales entorno al 56% de las personas sometidas a trabajos forzados como consecuencia de la trata son mujeres y niñas y en el caso concreto de la trata con fines sexuales, el porcentaje asciende al 98%.⁵⁸ La trata de personas se manifiesta así como un fenómeno no neutral en términos de género, ya que afecta de manera más elevada a mujeres y niñas.

Existe todo un cuerpo normativo internacional que define los estándares de protección que deben cumplir los Estados respecto a niños y niñas víctimas de la explotación. Dicho marco exige para su efectivo cumplimiento, en especial en lo relativo a la asistencia y protección de las víctimas, el desarrollo de políticas y planes nacionales integrales adecuados para la protección de los derechos humanos de los menores.⁵⁹

⁵⁵ Op. cit. Nota: 32. Ver *Directrices sobre protección internacional*. Párrafo: 30.

⁵⁶ La definición internacionalmente aceptada viene dada por el Protocolo de Palermo, según el cual 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; www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltraffic_sp.pdf

⁵⁷ *Trata de personas: Aspectos básicos*. Organización Internacional para las Migraciones: Mayo 2006. Página: 27.

⁵⁸ *Ibid.* Página: 11

⁵⁹ Op. cit. Nota: 57. Ver *Trata de personas*.

Así podemos destacar los siguientes tratados internacionales, destinados o bien a proteger los derechos de los niños y niñas con carácter general, como es el caso de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, como a luchar contra la explotación sexual de los mismos:

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño por la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre de 1989 los dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño (sobre la participación de los niños en los conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía);
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT),

Así, con respecto a las medidas necesarias para impedir la trata de personas, el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en su Observación General núm. 6,⁶⁰ ha manifestado que los Estados tienen que adoptar todas aquellas medidas tendentes a terminar con tal crimen, entre ellas, “la identificación de los menores no acompañados o separados de su familia, la averiguación periódica de su paradero y las campañas de información adaptadas a todas las edades, que tengan en cuenta las cuestiones de género, en un idioma y un medio comprensibles para el niño [y la niña] víctima de la trata. Deberá promulgarse legislación adecuada y establecerse mecanismos eficaces para cumplir los reglamentos laborales y las normas sobre movimiento fronterizo”⁶¹.

En relación con el marco legal, es de suma importancia la consideración de aquellas normas que regulan lo relativo a la devolución o expulsión de las menores migrantes a sus países de origen. Así, los Estados donde las menores han sido potenciales víctimas o víctimas de la trata con fines de explotación, tienen la obligación de hacer una evaluación del riesgo que éstas pueden sufrir en caso de devolución o expulsión a su país de origen. Resulta primordial que tal evaluación tenga en cuenta el principio del interés superior del menor, sin consideraciones a intereses de los Estados en otras materias, como la migratoria. La actuación contraria conlleva el incumplimiento de los estándares mínimos de protección a los que les obligan las normas que protegen los derechos de las niñas.

Tanto el ACNUR como una creciente práctica administrativa y jurisprudencial de varios países, estiman que las víctimas de trata, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso, pueden ser reconocidas como refugiadas en base a su persecución por motivos de género.⁶² Las alegaciones de las víctimas de la trata deben considerarse teniendo en cuenta los elementos de la definición de persona refugiada establecidos en la Convención de 1951, y en otros instrumentos internacionales en base a los que se puede dar protección subsidiaria.

Los Estados deben tener en consideración que las víctimas de trata con fines de explotación pueden ser objeto de graves repercusiones en caso de escapar de sus explotadores y ser devueltas a sus hogares. El riesgo de persecución si son devueltas a su país de origen incluye el de ser nuevamente objeto de trata, sufrir violaciones, ser asesinadas –tanto ellas como algún familiar– o bien ser excluidas por parte de la comunidad y la familia, no pudiendo llevar a cabo

-
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial contra la mujer, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (en lo sucesivo "la Convención de 1951 sobre los Refugiados") y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados,
 - Convención para reducir los casos de apatridia,
 - Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional,
 - Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños,
 - Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 8 de junio de 1977, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) de 8 de junio de 1977
 - Convenio de La Haya sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional;
 - Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999, y,
 - Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2003, cuyos propósitos son: a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres, las niñas y los niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

⁶⁰ Op. cit. Nota: 17. Ver *Observación General Número 6*.

⁶¹ Ibid. Párrafo: 52.

⁶² Op. cit. Nota: 32. Ver *Directrices sobre protección internacional*. Párrafo: 18.

una vida que involucre el disfrute de todos sus derechos fundamentales. Hay casos en que las víctimas de trata no tienen la protección de su Estado, ya que en ocasiones agentes estatales son parte de las redes de trata y colaboran con los traficantes o toleran su actuación.

Además, el fenómeno de la trata, y todo lo que conlleva, asciende en ocasiones a una forma de tortura y trato cruel, inhumano y degradante.⁶³ En muchas circunstancias, los métodos mediante los cuales las mujeres y las niñas son tratadas –incluidos el rapto, la encarcelación, la esclavitud o la confiscación de sus pasaportes y cédulas de identificación– restringen la libertad de movimiento de estas mujeres y viola sus derechos más fundamentales. En palabras del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “el reclutamiento forzoso y a través del engaño de las mujeres y menores para ejercer la prostitución forzada o la explotación sexual es una forma de violencia de género que puede incluso llevar a la muerte”.⁶⁴

Es importante señalar que el ACNUR ha elaborado unas directrices que se refieren específicamente a esta posibilidad de garantizar el estatus de refugiado a las víctimas de trata.⁶⁵ Dichas pautas explican que “lo que supone un miedo bien fundado de ser perseguido dependerá de las circunstancias particulares de cada individuo. El concepto de persecución puede referirse a graves violaciones de derechos humanos, incluyendo el miedo por su vida, así como otras muchas situaciones igualmente intolerables, que han de estudiarse teniendo en cuenta las opiniones, los sentimientos y el carácter del solicitante de asilo”.⁶⁶ En consecuencia, los Estados tienen la obligación de proteger los derechos de las víctimas de trata, incluyendo la prevención frente a nuevos daños que se les puedan ocasionar y reparándolas por los ya sufridos.⁶⁷ Ello supone que en casos donde el Estado no se haya mostrado dispuesto o no haya podido proteger contra estos daños y/amenazas de daños, la solicitud de una mujer/niña víctima de trata reunirá los requisitos necesarios para que se le concediese el asilo.⁶⁸

IV. Conclusiones

El análisis de los procesos migratorios obliga a adoptar una perspectiva de género para poder conocer de forma real las causas, consecuencias e impactos de tales procesos. En este marco, las menores migrantes afrontan en los tránsitos migratorios una realidad diferenciada configurada

⁶³ Cabe destacar igualmente que según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Estados parte deben tomar todas las medidas necesarias para garantizar que los individuos dentro de sus jurisdicciones no sean sometidos ni a tortura ni a cualquier acto inhumano o degradante, incluyendo aquellos actos que son cometidos por sujetos particulares y prestando especial atención a las personas en situaciones de vulnerabilidad. Ver entre otros el caso *Soering c. Reino Unido*, número de aplicación 14038/88 del 7 de julio de 1989, donde la Corte amplió el alcance de la responsabilidad de los Estados por violaciones de la Convención, y consideró que los Estados deben considerar cuidadosamente las consecuencias que supondría la devolución de un individuo a un tercer país donde él o ella pueden ser sometidos a tratos que violen la Convención Europea. En la sentencia del caso *Chahal c. Reino Unido*, número de aplicación 22414/93 del 15 de noviembre de 1996, la Corte mantuvo que una persona no puede ser deportada a un país donde será sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La Corte afirmó la naturaleza absoluta de la prohibición de la tortura y los tratos crueles e inhumanos incluso en caso de que se realicen en situaciones de amenaza terrorista o emergencia pública. Otro precedente importante se estableció con el caso *Jabari c. Turquía*, número de aplicación 40035/98 del 11 de octubre del 2000 aquí el Tribunal afirmó que siempre que la decisión de un Estado de deportar a un individuo pueda entrar en colisión con el Artículo 3 de la Convención, el Estado está obligado a no expulsar a la persona conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos. Igualmente en *Saadi c. Italia*, número de aplicación 37201/06 de 28 de febrero de 2008 el Tribunal consideró que “dado que la protección contra un trato de los protegidos por el artículo 3 de la Convención es absoluta, dicha provisión impone la obligación de no extraditar o expulsar a toda personas que, en el Estado de recepción, pueda correr un riesgo real de ser sometido a un trato de esas características”.

⁶⁴ Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking. UNICEF: September 2006. Párrafo: 18.

⁶⁵ Op. cit. Nota: 57. Ver *Directrices sobre protección internacional y trata*.

⁶⁶ Ibid. Párrafo: 14.

⁶⁷ Op. cit. Nota: 57. Ver *Directrices sobre protección internacional y trata*.

El principio de diligencia debida puede ser encontrado en estas directrices que manifiestan lo siguiente: “Los Estados tienen la responsabilidad conforme al derecho internacional de actuar con diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y enjuiciar a los tratantes, y asistir y proteger a las víctimas de trata”.

⁶⁸ Op. cit. Nota: 64. Ver *Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking*. Párrafo: 18.

por su género y edad, que conlleva distintas implicaciones. Así, ser una niña o adolescente migrante puede suponer en numerosas ocasiones enfrentarse a situaciones que vulneran los derechos humanos, hecho que debe ser abordado de manera primordial al realizar un estudio de las migraciones.

En este contexto de la realidad migratoria diferenciada para niñas y adolescentes, encontramos que existe un amplio marco normativo protector de la infancia y de la mujer, los cuales deben ser considerados de forma combinada a la hora de determinar el marco de derechos que asiste a las menores migrantes. De acuerdo con dicho marco legal, es de obligada consideración para los Estados el respeto del principio del interés superior del menor, que en todo momento debe inspirar las actuaciones de los Estados y les obliga a perfilar el marco legal en sus jurisdicciones.

Junto con dicho extremo, resulta de gran relevancia el conocimiento de la protección internacional por motivos de género que protege a las menores migrantes. Así, es importante conocer y analizar las distintas formas de violencia que las menores migrantes enfrentan en sus países de origen antes del inicio del proceso migratorio, así como cuando están en países en tránsito o de destino. El entendimiento de la discriminación por género que afrontan niñas y adolescentes, que en numerosas ocasiones desemboca en situaciones de violencia física, sexual y psicológica, resulta de especial trascendencia cuando se analizan las opciones de protección internacional que brindan las normativas internacionales, regionales y nacionales.

Una de las formas en que la discriminación por género se manifiesta de forma más evidente en los procesos migratorios, es por medio de la trata de personas. Este fenómeno, que supone una grave violación de los derechos humanos, tiene un alto impacto entre la población migrante femenina, y en especial en el caso de niñas y adolescentes, por su situación de mayor vulnerabilidad.