

ISSN 0719-210X

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 1 / N°2 / 2012

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Víctor Pérez Vera
Av. Alameda Libertador Bernardo
O'Higgins 1058, Santiago

Representante legal

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

Director Responsable

Mario Ramírez Necochea

Editora de Contenidos

Claudia Sarmiento Ramírez

Comité Editorial

Gonzalo Aguilar
José Carlos Fernández Rosas
Claudio Grossman
Mattias Kumm
Hugo Llanos
Cecilia Medina
Elina Mereminskaya
Mónica Pinto

Revista Tribuna Internacional

Publicación del Departamento de Derecho
Internacional de la Facultad de Derecho de
la Universidad de Chile
Volumen 1 / N°2 / 2012
www.tribunainternacional.uchile.cl
ISSN: 0719-210X

Diseño y producción:

Gráfica Metropolitana
contacto@graficametropolitana.cl
www.graficametropolitana.cl

Printed in Chile / Impreso en Chile

ÍNDICE

Artículos

- Justicia internacional penal: un pilar del Estado de Derecho internacional 9
Gonzalo Aguilar Cavallo
- El derecho societario en la Unión Europea 47
Massimiliano Castellari
- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Organización Mundial del Comercio 71
Holger P. Hestermeyer
- La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público 107
Rita Lages
- La Responsabilidad de Proteger: el rol de la comunidad internacional 129
Hugo Ignacio Llanos Mardones
- El desarme y la regulación de armamentos 141
Edmundo Vargas Carreño
- La importancia de Mercosur frente a los cambios y perspectivas de su institucionalidad jurídica 159
Iris Vittini y Ana María Moure

Recensiones

- “Law and revolution. The Formation of The Western Legal Tradition”, 183
de Harold J. BERMAN (1983. Traducción al español, 1995),
por Mario Arnello Romo

La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público

The Current Status of Migrant Children under International Public Law

Rita Lages

rlages@derecho.uchile.cl

Profesora invitada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Candidata a Doctor en Derecho Europeo por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Ciencias Jurídico-Comunitarias por la Universidad de Coímbra (Portugal). Licenciada en Derecho por la Universidad de Coímbra.

Resumen: Este trabajo apunta a un doble objetivo: primero, un intento de identificar, caracterizar y analizar brevemente el fenómeno de la inmigración infantil y juvenil, y, segundo, dar una visión panorámica de la dimensión jurídica de dicho fenómeno social. Partiendo de la Convención de los Derechos del Niño y sus Protocolos Adicionales, como límite mínimo de protección internacional de la infancia y juventud, intentamos analizar dicho fenómeno a la luz de sus normas y principios. Complementariamente, hemos utilizado jurisprudencia, principios generales del Derecho e instrumentos regionales de protección de los Derechos Humanos.

Palabras clave: migración de menores, derechos de la infancia, menores no acompañados o separados.

Abstract: *This paper aims to a double objective: first, an attempt to briefly identify, characterize and analyze the phenomenon of child and youth migration, and secondly, to provide an overview of the legal dimension of this social phenomenon. Taking as a starting point the UN Convention on the Rights of the Child and its Optional Protocols, as the minimum international standard for the protection of child and youth, we try to analyze this phenomenon in the light of its rules and principles. Additionally, we have used case laws, General Principles of International Law and regional instruments for the protection of Human Rights.*

Keywords: *child migration, child's rights, unaccompanied or separated children.*

«Vamos, não chores...
A infância está perdida.
A mocidade está perdida.
Mas a vida não se perdeu.»

Carlos Drummond de Andrade, Consolo na praia

Introducción

El tema central del presente trabajo consiste en el análisis jurídico-internacional¹ de la migración de los menores de edad bajo el enfoque de los Derechos del Niño. Frente a ello, nuestro objetivo es demostrar que los estándares internacionales de los derechos humanos y sus garantías, amparados tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)² –texto que marca un antes y un después en el tratamiento jurídico del menor de edad, ya que consagra, a partir de su existencia, la universalización de los derechos de este colectivo– como en otros instrumentos supraestatales de ámbito universal o regional, son los que permiten un abordaje y una resolución más adecuados de los problemas resultantes de este fenómeno.

Para una mejor comprensión de esta *sui generis* realidad objetiva, y de este estudio, es menester presentar una definición de “migrante menor”. Es evidente que estamos ante un concepto compuesto, ya que de él hacen parte las categorías de “migrante” y de “menor de edad”. En relación a la primera, ella incluye a todo aquel que, voluntaria o forzosamente, se desplaza en el interior de un Estado/zona geográfica (*migrante interno*) o de un Estado hacia otro, cruzando una frontera internacional (*migrante internacional*), con el objetivo de allí

¹ Prescindiremos, por ello, del análisis de este fenómeno a la luz de las teorías de la migración.

² La CDN, adoptada por Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, establece cuatro grandes categorías de derechos: (i) los derechos a la supervivencia y (ii) al desarrollo (artículos 5-10, 18-20, 22-31 y 42), (iii) derechos a la protección (artículos 11, 19-22 y 32-41) y (iv) derechos de participación (artículos 12-17). Inspirada en principios de las precedentes Declaración de Ginebra de 1924 y Declaración de los Derechos del Niño de 1959 –ambos textos sin fuerza vinculante–, la CDN está complementada por el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 18 de enero de 2002) y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 12 de febrero de 2002).

establecerse, temporal o definitivamente³. El concepto (sociológico y demográfico) de migrante internacional conlleva el concepto (jurídico) de “extranjero”, de carácter excluyente⁴, ya que es extranjero todo aquél que no posee la nacionalidad de ese Estado⁵. En ese sentido, un inmigrante, hasta que no adquiera la nacionalidad del país de acogida, será siempre un extranjero. Respecto de la segunda, se trata de un término jurídico para designar a todo aquél que aún no ha alcanzado la mayoría de edad, *i.e.*, la capacidad para, por sí mismo, ejercitar derechos y asumir obligaciones. En este sentido, según la *definición marco*⁶ de la CDN, “niño” es «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» (artículo 1)⁷. Es usual segmentar esta fase inicial del desarrollo humano en niñez (pequeña infancia y infancia) y juventud (adolescencia y juventud)⁸, correspondiendo esta última al período de transición de la infancia a la edad adulta, si bien ambas fases se desvanecen y se confunden dentro del marco jurídico que define la categoría de “menor”⁹.

³ Por esa razón, generalmente, no se cuentan entre los migrantes los turistas y los viajeros de negocios por estancias cortas. Para una definición de “migrante” véase el interesantísimo estudio de Vitale, Ermano. *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*. Editorial Melusina: Barcelona, 2006. (melusina[sic]). Cf., en especial, pp. 11-16.

⁴ Moura Ramos, Rui. Voz «Estrangeiro». En: *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa: Verbo, p. 1161.

⁵ Cornu, Gérard. Voz «Étranger». En: *Vocabulaire juridique*. 3e édition, Paris: Quadrige/PUF, 2002, p. 362; Moura Ramos, Rui. Voz «Estrangeiro», *ob. cit.*, pp. 1161-1168.

⁶ La expresión la tomamos de Trinidad Núñez, Pilar. «¿Qué es un niño? Una visión desde el Derecho Internacional Público». *Revista Española de Educación Comparada* 9, 2003, p. 18.

⁷ Pensamos que se trata ya de una definición de carácter universal, considerando que la CDN es el tratado internacional con más ratificaciones (193 en total) y que, a diferencia de sus antecesoras –las Declaraciones de derechos del Niño de 1924 y de 1959–, tiene fuerza vinculante. La CDN utiliza como sinónimos los vocablos “menor” y “niño”.

⁸ En este punto seguimos de cerca la posición de Jean Zermatten cuando sostiene que esta fase del desarrollo humano que va del 0 los 18 años de edad está «dividida en pequeña infancia, infancia, adolescencia y juventud», véase Zermatten, Jean. *L'Intérêt Supérieur de l'Enfant. De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique* [en línea]. Informe de Trabajo 3/2003. Sion: Institut International des droits de l'enfant, p. 16. <http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_fr.pdf> [consulta: 19.07.2012]. Cf., también, Trinidad Núñez, Pilar. «¿Qué es un niño?...», *op. cit.*, 19.

⁹ LA CDN fija en los dieciocho años la mayoría de edad, pero esto no es válido para todos los países en el mundo. Según la UNICEF, de los 153 países que han establecido una mayoría de edad, en 118 de ellos la mayoría de edad es a los 18, en 16 países es a los 21, en Canadá es a los 19 y en Marruecos, Nueva Zelanda y Túnez es a los 20, *vide* UN/DESA, *International Migration in a Globalizing World: The Role of Youth* [en línea]. Technical Paper No. 2011/1. New York: United Nations publications, 2011, p. 2. <<http://www.un.org/esa/population/publications/technicalpapers/TP2011-1.pdf>> [consulta: 19.07.2012]. Para efectos estadísticos, la ONU define la juventud como el período de la vida de la persona comprendido entre los 15 y los 24 años de edad, o sea, incluye los denominados jóvenes adultos (18-24 años). *A contrario sensu*, la infancia es el período que va del nacimiento a los 14 años.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de definir el “migrante menor” como todo ser humano que, no alcanzando aún la mayoría de edad, voluntaria o forzosamente, solo o acompañado de uno o de ambos progenitores o tutor legal, se desplaza en el interior de un Estado o hacia otro, cruzando una frontera internacional, estableciéndose en el país de acogida, temporal o definitivamente.

1. Antecedentes y cifras de un fenómeno global, creciente y multicausal

No siendo la migración infantil y juvenil una realidad novedosa, ella presenta, en el contexto de los modernos flujos migratorios, ciertas singularidades. Según las últimas cifras conocidas, se estimaba que había, en 2010, aproximadamente, 214 millones de migrantes internacionales (*i.e.*, el 3,1% de la población mundial)¹⁰, de los cuales casi 33,315 millones tendrían menos de 20 años (*i.e.*, el 0,5% de la población mundial y el 13% de la población migrante mundial)¹¹, y que un tercio de los flujos migratorios procedentes de todos los países en desarrollo estaría compuesto por personas de 12 a 24 años de edad¹². Aunque los niños y niñas presentan una menor propensión para migrar que los adolescentes y jóvenes —en términos relativos la migración infantil es baja—, la realidad de las cifras nos enseña que, en términos absolutos, la inmigración de este grupo etario viene en aumento desde principios del siglo XXI¹³. Si bien este es un fenómeno transversal a todos los continentes, existen

¹⁰ La cifra exacta es de 213,9438 millones, cf. UN/DESA. *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision* [en línea] <http://www.un.org/esa/population/migration/UN_MigStock_2008.pdf> [consulta: 20.07.2012]. Véase, también, UNICEF-DPP/UNDP-Special Unit for South-South Cooperation/University of Houston. *Children, Adolescents and Migration: Filling the Evidence Gap* [en línea]. 2010. <http://www.unicef.org/socialpolicy/files/UNICEF_Data_on_migrant_children_and_adolescents_Handout_version_Update_June_2010.pdf> [consulta: 20.07.2012], p. 3.

¹¹ UN/DESA. *The Age and Sex of Migrants 2011 Wallchart* [en línea]. New York: United Nations publication, 2011, <<http://esa.un.org/migration/index.asp?panel=1>> [consulta: 20.07.2012].

¹² World Bank. *World Development Report 2007: development and the next generation*. Washington DC, 2006, p. 14.

¹³ En 2010 los migrantes menores de 9 años eran 13,3604 millones, mientras que los jóvenes entre los 10 y los 19 años eran 19,9543 millones, cf. UN DESA, *The Age...*, *op. cit.* Teniendo como base estos mismo números, la UNICEF concluye que entre los migrantes menores de 20 años de edad, el grupo de 15 a 19 años es el grupo más grande, representando un 33% de la población total de migrantes menores de 20 años de edad, seguido por el grupo de 10 a 14 años, que representaban alrededor del 27%, mientras que los grupos de edad de 5 a 9 y de 0 a 4, representaban, respectivamente, el 23% y 17%, *vide* UNICEF/UNDP, *Children...*, *op. cit.*, p.4. Estableciendo otra división de las edades (0-14 y 15-24 años), podemos constatar

ciertas regiones del mundo más afectadas. Se estima, por ejemplo, que uno de cada cinco migrantes de América Latina y el Caribe es un niño, niña o adolescente¹⁴ y en la India son alrededor de cuatro millones los que migran estacionalmente¹⁵.

Globalmente, tanto la migración infantil como la juvenil es predominantemente masculina¹⁶ (para cada 100 migrantes hombres con menos de 20 años de edad hay 94 hembras¹⁷), pero mientras que la primera vive en su mayoría en países en desarrollo (64,8%), la segunda encuentra acogida en países desarrollados (52%)¹⁸.

Muchos de estos menores, antes de convertirse en migrantes internacionales empiezan su *iter* migratorio como migrantes internos, casi siempre desde el campo hacia la ciudad. Aunque sean las migraciones internacionales las que suelen captar la mayor atención pública, son las migraciones internas, sobre todo en los países en desarrollo, las que asumen proporciones verdaderamente abrumadoras. En países como China, por ejemplo, el número de niños y jóvenes migrantes internos supera el de los migrantes internacionales¹⁹, y en Argentina, Chile o Sudáfrica la migración infantil entre regiones es once veces más numerosa que la migración internacional²⁰.

que los migrantes menores de 14 años en 1990 eran 21,600 millones, en 2000 eran 21 millones y en 2010 eran 22,100 millones, vide UN/DESA. *International...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁴ CEPAL. «Infancia y migración internacional en América Latina y el Caribe». *Desafíos - Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Nº 11, 2010, p. 6.

¹⁵ UNICEF. *Situação mundial da infância 2012. Crianças em um Mundo Urbano* [en línea]. Nova Iorque: publicações das Nações Unidas Nº E12.XX.1, 2012. <www.unicef.org/sowc2012> [consulta: 21.07.2012], p. 36.

¹⁶ Una excepción es, por ejemplo, las Filipinas, donde la mayoría de los migrantes son niñas o jóvenes adolescentes, que lo hacen impulsadas más por una decisión familiar que individual, vide McKenzie, David J. «A Profile of the World's Young Developing Country Migrants». *Population and Development Review* 34(1), 2008, p. 117.

¹⁷ UNICEF/UNDP. *Children...*, *op. cit.*, p. 3. En los países desarrollados, por el contrario, hay una feminización de la inmigración infantil y juvenil, ya que por cada 100 mujeres migrantes menores de 20 años de edad, hay 98 hombres migrantes.

¹⁸ UN/DESA. *International...*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹ Según la UNICEF, en 2008 se han desplazado internamente, junto a sus padres, 27,3 millones de niños (*i.e.*, el 10% de la población infantil china), vide CEPAL. «Infancia...», *op. cit.*, p. 35.

²⁰ Yaqub, Shahin. *Child Migrants with and without Parents: Census-Based Estimates of Scale and Characteristics in Argentina, Chile and South Africa*. Innocenti Discussion Paper No. IDP 2009/02. Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, 2009, p. 6. Los resultados de este estudio tienen en consideración datos obtenidos en los censos de población realizados en 2001 (Argentina y Sudáfrica) y 2002 (Chile).

Tradicionalmente, la mayoría de los menores viaja con su familia²¹, sin embargo, son cada vez más aquellos que lo hacen solos. En la actualidad hay un número indeterminado de menores extranjeros no acompañados (MENA). Sin embargo, un buen referente, aunque, naturalmente, parcial, es el número de solicitudes de asilo presentadas. Según datos del ACNUR, entre los años 2006 y 2010 más de 72 mil menores no acompañados o separados han presentado solicitudes de asilo, de las cuales más de 15.500 han sido presentadas en 2010, principalmente por menores de Afganistán y Somalia²², teniendo como principales destinos Suecia y Alemania²³.

Las causas determinantes de los movimientos migratorios internacionales son, en su mayoría, *mutatis mutandis*, las mismas para la migración infantil y juvenil. Con el propósito de beneficiar de mejores oportunidades de trabajo y educativas, miles de niños, niñas y jóvenes emigran de países en desarrollo hacia países vecinos, con niveles más altos, pero aún en vías de desarrollo, o similares en desarrollo²⁴. Muchos de ellos estarán entre los 215 millones de niños, entre los 5-17 años de edad²⁵, que trabajan y los 115 millones que están expuestos a trabajos peligrosos²⁶⁻²⁷. La lucha por la erradicación del trabajo infantil ha sufrido en los

²¹ Van De Glind, Hans. *Migration et travail des enfants. Analyse des vulnérabilités des enfants migrants et des enfants laissés pour compte*. Genève: Organisation internationale du Travail (OIT), 2011, p. 2.

²² UNHCR. *UNHCR Statistical Yearbook 2010. Ten years of statistics*. Geneva, 2010, p. 48.

²³ Sobre el fenómeno de los MENA en Europa véase Frontex. *Unaccompanied Minors in the Migration Process*. Warsaw: Frontex, 2010.

²⁴ McKenzie, David J. «A Profile...», *op. cit.*, p. 119.

²⁵ El Convenio n° 138 de la OIT de 1973 establece que cada Estado Parte debe establecer una edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio (artículo 2) y que la edad mínima no deberá ser inferior a la edad de finalización de la escolaridad obligatoria. En todo caso, la edad mínima de admisión al empleo no podrá ser inferior a 15 años (regla), o 14 años para los países en desarrollo, admitiendo, sin embargo, dos excepciones en función de la naturaleza del trabajo. Asimismo, si se trata de trabajo peligroso (trabajo que atente contra la salud, la seguridad o la moralidad de los niños, ningún menor de 18 años debe realizarlo (o 16 años siempre y cuando se cumplan estrictas condiciones). Si en causa está un trabajo ligero los niños de entre 13-15 años de edad podrán realizarlos (o 12-14 años para los países en desarrollo), siempre y cuando ello no ponga en peligro su salud o su seguridad, ni obstaculice su educación, orientación vocacional o su formación profesional. Conclúyese de todo lo expuesto, que la prohibición del trabajo infantil se refiere a la abolición del trabajo peligroso u otra de las peores formas de trabajo infantil realizado por menores de 18 años; de trabajo peligroso y no ligero realizado por menores de 16, 15 o 14 años y el trabajo ligero realizado por niños con menos de 12 o 13 años.

²⁶ Estas cifras son de la OIT relativas al período de 2004 a 2008. OIT. *Accelerating action against child labour. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2010*. International Labour Conference 99th Session 2010 Report I (B). Geneva: ILO publications, 2010.

²⁷ El trabajo peligroso (artículo 3 d) del Convenio C182) es una de las peores formas de trabajo infantil: «a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la

últimos años un lento y modesto progreso (disminución en un 3% entre 2004-2008), con mejoras en la región de Asia-Pacífico (113,6 millones de niños trabajadores entre 5-17 años) y América Latina y el Caribe²⁸ (14 millones), pero en claro aumento en la África subsahariana (65 millones)²⁹. Los datos sugieren también una disminución en el número de niños que trabajaban en las economías en transición de Euroasia, subrayándose positivamente los esfuerzos de Bulgaria, Rumania y Turquía³⁰. A pesar de ello, noticias recientes indican, como efecto colateral de la crisis económica y de las políticas de austeridad en Europa, el resurgimiento del trabajo infantil en países como Italia o Portugal³¹.

También entre los menores migrantes, la división sexual del trabajo es una característica determinante. Ellos tienden a trabajar en labores de mayor exigencia física en los sectores agrícola y de la construcción; ellas como trabajadoras domésticas, camareras o cocineras³²⁻³³. La agricultura es la actividad productiva que más mano de obra infantil absorbe (3 de cada 5 niños trabajan en el sector agrícola³⁴), pero también una de las más peligrosas en el mundo³⁵. La necesidad de mitigar la escasez de ingresos familiares, un entorno socio-cultural que

oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños» (cf. Artículo 3 del Convenio nº 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 1 de junio de 1999, entrado en vigor el 19 de noviembre de 2000).

²⁸ CEPAL. «Trabajo infantil en América Latina y el Caribe: su cara invisible». *Desafíos - Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio* Nº 8, 2009.

²⁹ OIT. *Accelerating...*, *op. cit.*

³⁰ Sobre este tema, aunque con datos de 2003, véase OIT. *Child Labour in Europe and Central Asia: Problem and Response*. Geneva: International Labour Office, 2003.

³¹ Cf. «A Naples, l'enfance est au travail», *Le Monde*, París, 30 de marzo de 2012 y «Crianças portuguesas estão a emigrar para trabalhar», *Público*, Lisboa, 10 de julio de 2012.

³² McKenzie, David J. «A Profile...», *op. cit.*, p. 129.

³³ La división sexual del trabajo y su propia feminización, producidas en un contexto de desigualdad de género, permite el acceso masivo de niñas, jóvenes y mujeres (migrantes o no) al mercado de trabajo pero en condiciones desiguales, ya que ellas, trabajando más horas, ganan menos que los hombres, además de dedicar más tiempo al trabajo doméstico no remunerado, asumido como una obligación suya en la organización familiar. Cf. UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia 2007. La mujer y la infancia: el doble dividendo de la igualdad de género* [en línea]. Nueva York, 2006, pp. 37-40. <http://www.unicef.org/spanish/sowc07/docs/sowc07_sp.pdf> [consulta: 29.07.2012].

³⁴ Global March International. *International conference on child labour in agriculture* [en línea]. New Delhi: Global March Against Child Labour, 2012. <http://globalmarch.org/images/Working_Paper_English.pdf> [consulta: 29 julio 2012].

³⁵ De las 170 mil muertes anuales por accidentes de trabajo en la agricultura (i.e., la mitad del total de los accidentes de trabajo mortales del mundo), 12 mil eran trabajadores agrícolas menores de edad, véase OIT.

no reconoce ni califica como intolerable o inaceptable el trabajo infantil o el bajo costo de la mano de obra infantil son algunas de las razones que explican situaciones vividas por cientos de niños y niñas guatemaltecas que trabajan jornadas de 8 a 10 horas en los cafetales del estado mexicano de Chiapas³⁶, los miles de niños mexicanos o centroamericanos trabajando hasta 12 horas diarias en la siembra y cosecha de productos hortícolas y frutícolas en granjas de Estados Unidos³⁷ o los niños, y sus familias, de Kirguistán y de otras antiguas repúblicas soviéticas trabajando como temporeros, en situaciones de casi esclavitud y de trabajo forzado, en el cultivo del tabaco en Kazajstán³⁸.

Además del trabajo, los niños migran también por razones familiares, humanitarias y de salud. La reunificación familiar constituye una de las principales formas de participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos migratorios³⁹ y es la principal vía de inmigración regular hacia los países desarrollados. La adopción de niños y niñas extranjeras, la mayoría con menos de cinco años de edad, oriundos de países en desarrollo de Asia, África o Europa oriental, es otra dimensión de la inmigración familiar que conoció un crecimiento relevante en las últimas décadas⁴⁰. La migración por razones humanitarias es igualmente otra causa de la migración infantil y juvenil. Todos los años niños, niñas y jóvenes solicitan el

«Trabajo decente en la agricultura». *Educación Obrera* 2-3 (131-132), 2003, p. 5.

³⁶ Ayala-Carrillo, María del Rosario/Cárcamo-Toalá, Naima Jazibi. «Los niños y niñas guatemaltecas migrantes en la frontera sur de México: acompañantes o trabajadores». *Ra Ximhai. Revista de Sociedad, Cultura y Desarrollo Sustentable* 8(1), 2012, pp. 31-32.

³⁷ OIT. «Trabajo decente...», *op. cit.*, p. 14.

³⁸ Human Rights Watch (HRW). *Hellish Work: Exploitation of Migrant Tobacco Workers in Kazakhstan* [en línea]. New York, 2010. <http://www.childmigration.net/files/kazakhstan0710webwcover_1.pdf> [consulta: 30.07.2012].

³⁹ Según un reciente estudio de caso, más de un tercio de las solicitudes de reagrupación hechas por inmigrantes peruanos en España y Chile tenían como beneficiarios los hijos o hijas menores de 18 años de edad, véase Pavez Soto, Iskra. *Migración infantil: rupturas generacionales y de género. Las niñas peruanas en Barcelona y Santiago de Chile* [en línea]. Tesis (memoria para optar al grado de doctora en sociología). Barcelona. Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, 2011. 478 h. <<https://www.educacion.gob.es/teseo/impprimirFicheroTesis.do?fichero=23868>> [consulta: 04.08.2012].

⁴⁰ En 2011, 9.319 niños extranjeros, máxime de China, Corea del Sur, Etiopía, Rusia y Ucrania, han sido adoptados por familias estadounidenses, véase Intercountry Adoption-Bureau of consular affairs-U.S. Department of State <http://adoption.state.gov/about_us/statistics.php> [consulta: 06.08.2012]. No obstante la tendencia global es la disminución de las adopciones internacionales, la adopción de niños africanos aumentó tres veces entre 2003-2010, siendo Etiopía el principal país de origen. Uno de los problemas que plantea la adopción internacional de niños y niñas africanas reside en el hecho de que muchos de sus países de origen no han ratificado el Convenio de La Haya sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, que establece normas y procedimientos para las adopciones internacionales con vistas a evitar el secuestro y la trata de personas, ni poseen legislación nacional adecuada sobre la materia. La ausencia de mecanismos de protección de las familias y niños puede convertir la adopción en un inmenso y lucrativo negocio, con los niños, sobre todo los más pobres, como

reconocimiento del estatuto de refugiado, asilo o protección subsidiaria. Datos del ACNUR revelan que en 2010 el 47% de la población que se encuentra bajo su protección eran niños y jóvenes con menos de 18 años de edad, de los cuales el 11% tenían menos de cinco años. Estos menores representaban a finales de 2010 el 44% del total de refugiados o refugiados de hecho, el 31% del total de solicitantes de asilo, el 55% del total de apátridas y el 48% del total de los desplazados internos⁴¹. Por último, tenemos las migraciones por razones de salud. La pandemia del VIH/SIDA en la África subsahariana, en especial en el sur de África⁴², lleva a muchos niños, huérfanos o con uno o ambos progenitores enfermos, de distintos países africanos, como Malawi o Lesoto, por ejemplo, a desplazarse internamente o hacia países vecinos en búsqueda de trabajo⁴³.

2. El problema del status jurídico y la protección de los migrantes menores

El universo migratorio infantil asume distintas facetas, que a menudo se confunden y se mezclan: trabajadores migrantes, refugiados, solicitantes de asilo, menores extranjeros no acompañados, apátridas, “sin papeles”, etc. A todas ellas corresponden distintos estatutos jurídicos y distintos mecanismos de protección.

mercancía. Cf., African child Policy forum. *Intercountry Adoption: An African Perspective*. Addis Ababa: AcPf, 2012 y *Africa: The New Frontier for Intercountry Adoption*. Addis Ababa: AcPf, 2012.

⁴¹ UNHCR. *UNHCR Statistical Yearbook 2010...*, *op. cit.*, p. 12.

⁴² La «África subsahariana sigue siendo la región más afectada por el VIH. En 2010, alrededor del 68% de todas las personas que vivían con el VIH residían en África subsahariana, una región que representa solo el 12% de la población mundial. (...) La epidemia sigue siendo más grave en África meridional, donde Sudáfrica tiene el mayor número de personas que viven con el VIH (un número estimado de 5,6 millones) que cualquier otro país en el mundo», véase ONU-SIDA. *Informe de ONUSIDA para el día mundial del SIDA 2011* [en línea]. <http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2011/JC2216_WorldAIDSday_report_2011_es.pdf> [consulta: 07.08.2012]. Otras cifras refieren que casi 3 millones de menores en Lesoto, Malawi, Suazilandia y Zimbabue han perdido a uno de sus progenitores, o a ambos, por causa del VIH/SIDA.

⁴³ Ansell, Nicola/Young, Lorraine. «Fluid households, complex families: The impacts of children's migration as a response to HIV/AIDS in southern Africa». *The Professional Geographer* 55(4): pp. 464-476 y «Young AIDS migrants in Southern Africa: policy implications for empowering children». *AIDS Care* 15 (3): pp. 337-345.

Sea como fuere, la condición de migrante menor conlleva, desde luego, una doble vulnerabilidad –la migración y la niñez– que determinará, ontológicamente, la protección de su *status* jurídico.

Siendo un inmigrante, luego un extranjero en un país que no es el de su nacionalidad, el menor podrá estar sometido a un trato jurídico distinto, menos favorable que el que está reservado para los nacionales de dicho país. Es conveniente aclarar, desde ya, que esa diferencia de trato ha de cumplir con el principio de legalidad, *i.e.*, debe ser establecida por una ley (interna) formal dictada por un parlamento democrático, consagrando, por esta vía, la garantía de que la restricción de los derechos será siempre resultado de procedimientos de deliberación democrática, en consonancia con la voluntad popular y de conformidad con criterios objetivos de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, con vistas a la persecución de fines legítimos de interés general (artículo 29 N°2, Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH], artículo 4 N°1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Derechos Políticos [PIDCP])⁴⁴.

La admisibilidad del trato discriminatorio entre nacionales y extranjeros es consecuencia del principio de la soberanía territorial que, entre otras cosas, reconoce la legitimidad de los Estados de no consagrar un idéntico estatuto jurídico entre nacionales y extranjeros⁴⁵. Corolario de semejante afirmación es la inexistencia de una obligación internacional de los Estados de equiparación entre ambos, permitiéndose, así, que los Estados, relativamente a los no nacionales, les prohíban o les condicionen el disfrute de determinados derechos. Hay, con todo, un límite a esta prerrogativa soberana, ya que la discriminación de trato entre nacionales y extranjeros sólo es posible en la exacta medida que lo permita el principio del *estándar mínimo* de protección internacional de derechos y libertades fundamentales.

⁴⁴ En este sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por México, sobre la “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, cuando afirma que, en nombre del principio de igualdad y de no discriminación, «Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos” (párrafo 119).

⁴⁵ Es en este contexto que aparece el denominado “Derecho de Extranjería” que, en su dimensión interna o nacional, se define como el conjunto de normas materiales de derecho interno que regulan la relación jurídica entre el extranjero y el Estado de acogida, confiriendo a aquéllos un específico estatuto jurídico distinto a lo que tienen los nacionales. Cf. Fernández Rozas, José Carlos. «Extranjería: Principios de Derecho Internacional General». *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, n° 11, 1991, p. 39; Baptista Machado, João. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coímbra: Almedina, 1999, pp. 19-20.

Tributario de la visión moderna de los derechos humanos, basada en las nociones de dignidad del ser humano y de limitación al poder del Estado, este principio constituiría el bloque normativo (*corpus iuris*) internacional, en continua expansión, necesario para la salvaguarda de los derechos de la persona por el mero hecho de serlo, pensados como universales, indisponibles, inalienables, inviolables y personalísimos⁴⁶.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional, y acercándonos al tema de las migraciones, particularmente de la migración infantil, se ha desarrollado un cuerpo en permanente expansión de principios y estándares jurídicos que contribuyen a depurar un contenido mínimo de derechos fundamentales de los migrantes. Este *corpus iuris* internacional es, pues, concebido simultáneamente como límite a la soberanía de los Estados y como umbral mínimo, por debajo del cual la protección de los derechos fundamentales no puede, bajo ninguna circunstancia, descender, y no como límite máximo de protección más allá del cual los Estados estarían impedidos de actuar.

Desde luego, conocidos por integrar lo que se suele designar como *International Bill of Human Rights*, tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Derechos Políticos 1966 y sus dos Protocolos Facultativos. Admitiendo la falta de consenso internacional sobre el contenido exacto del principio de estándar mínimo de protección, de la lectura y análisis de cada uno de los cinco textos jurídicos precedentes, podemos, por lo menos, identificar a los siguientes derechos: (i) el derecho a la vida (artículo 6), (ii) la prohibición de la torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, (iii) el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, (iv) la prohibición de la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, (v) el principio de la legalidad y de irretroactividad, (vi) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y (vii) la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión⁴⁷⁻⁴⁸. Todos

⁴⁶ Seguimos, por tanto, muy de cerca el pensamiento de Ferrajoli que clasifica los derechos de la persona o del hombre como una categoría de derechos fundamentales, para distinguirlos de los derechos de ciudadanía, véase Ferrajoli, Luigi. *La ley del más débil*. 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 104-105.

⁴⁷ Muchos de estos derechos han sido recogidos en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/144, de 13.12.1985.

⁴⁸ Desde la perspectiva del Derecho Internacional Regional de Derechos Humanos podemos también determinar un contenido mínimo de derechos humanos inderogables reconocidos a todas las personas. Así, en el sistema interamericano se reconocen los siguientes derechos humanos inderogables (artículo 27 Nº2 del Pacto de San José): (i) el Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica (artículo 3), (ii) el Derecho a la Vida (artículo 4), (iii) el Derecho a la Integridad Personal (artículo 5), (iv) la Prohibición

estos derechos se aplican, inderogablemente (artículo 4 N°2 PIDCP), a todas las personas, incluso los migrantes⁴⁹, independientemente de su situación de “regulares o irregulares”.

El *International Bill of Human Rights* se complementa por un vasto y diversificado conjunto de tratados, convenios, resoluciones y declaraciones sobre temas específicos. Uno de esos temas es precisamente la protección de los migrantes, donde se destacan la Resolución 2005/47 de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes⁵⁰ y la Resolución 59/194 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección de los migrantes⁵¹.

Las dos resoluciones, recordando los fallos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), de 27 de junio de 2001, en el caso *LaGrand (Alemania contra Estados Unidos)*⁵², y de 31 de

de la Esclavitud y Servidumbre (artículo 6), (v) Principio de Legalidad y de Retroactividad (artículo 9), (vi) la Libertad de Conciencia y de Religión (artículo 12), la (vii) la Protección a la familia (artículo 17), (viii) el Derecho al Nombre (artículo 18), (ix) los Derechos del Niño (artículo 19), (x) el Derecho a la Nacionalidad (artículo 20) y (xi) los Derechos Políticos (artículo 23). En el sistema europeo tenemos los siguientes (artículo 15 N°2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos): el Derecho a la vida (artículo 2), la Prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3), la Prohibición de la esclavitud o servidumbre (artículo 4 N°1) y el Principio de Legalidad y de Retroactividad (artículo 7). Hay, naturalmente, determinados derechos comunes a todos estos instrumentos (*v.g.*, el derecho a la vida o la prohibición de la tortura), sin embargo, podemos concluir que el contenido del principio del estándar mínimo de protección de derechos humanos es más amplio en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

⁴⁹ La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44, de 27.04.1999, sobre los “Derechos humanos de los migrantes” reconocía que los principios y normas consagrados en la DUDH se aplican también a los migrantes, así como los Pactos internacionales de derechos humanos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵⁰ Resolución de 19.04.2005 aprobada en la 57ª sesión de la Comisión (E/CN.4/RES/2005/47).

⁵¹ Resolución de 20.12.2004 aprobada en la 74ª sesión de la Asamblea (A/res/59/194).

⁵² La causa trataba sobre la detención, y posterior condena y ejecución de la pena de muerte de los hermanos, de nacionalidad alemana que residían desde niños en Estados Unidos, Karl y Walter LaGrand, por participación en un robo frustrado a un banco, que terminó con el asesinato del director del banco y lesiones graves a un funcionario. Aunque la detención de los hermanos ocurrió en 1982 y la condena a la pena de muerte por un tribunal de Arizona en 1984, las autoridades consulares alemanas sólo tuvieron conocimiento de los hechos en 1992 a través de los propios hermanos que, a su vez, conocieron sus derechos por terceros. Karl fue ejecutado el 24 de febrero de 1999 y su hermano Walter el 3 de marzo de 1999. El día anterior a la ejecución de Walter, es decir, el 2 de marzo, la Alemania había presentado el caso ante la CIJ. En el mismo día de la ejecución, el 3 de marzo, la CIJ dictó una providencia provisional, una suerte de interdicto provisional, y exhortó a los Estados Unidos a adoptar todas las medidas necesarias para asegurarse de que el ciudadano alemán no fuera ejecutado antes de la decisión definitiva de la CIJ. La Corte consideró, por 14 votos contra uno, que las autoridades estadounidenses al no informar a los hermanos LaGrand de forma pronta, después de su detención, de los derechos plasmados en el artículo 36, apartado b) del párrafo 1, de la Convención de Viena de 1963 (CV63), impidieron que Alemania, como Estado de origen de los

marzo de 2004, en el caso *Avena y otros nacionales mexicanos (México contra Estados Unidos de América)*⁵³, y haciendo hincapié en sus respectivas conclusiones, refuerza la obligación internacional de los Estados, plasmada en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (CV63), de reconocer y respetar el derecho de los extranjeros, independientemente de su condición de migrantes, a comunicarse con su propio Estado, a través de un funcionario consular, en caso de detención y, también, de informar al detenido extranjero, a la brevedad, sobre ese su derecho. De suerte que, todo migrante menor que, encontrándose en un Estado que no sea el de su nacionalidad, cuando, por algún motivo, se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva tiene el derecho a informar y a comunicarse sin dilación con un funcionario consular, bien como el derecho a ser él mismo informado de este su derecho. Este derecho tiene vigencia incluso en las situaciones en que el migrante menor se encuentre en situación irregular por no tener la debida autorización legal de entrada y/o de permanencia.

Por otro lado, si el menor migrante detenido se encuentra en situación irregular, el derecho al debido proceso le debe ser reconocido, independientemente de su *status* migratorio, siempre que en causa esté la determinación de derechos y obligaciones de orden penal, civil, laboral, fiscal u otro, ya que dicho derecho forma parte del núcleo duro de garantías mínimas que se deben reconocer a toda persona⁵⁴.

Siendo migrante, él es ante todo un niño (en la acepción del artículo 1º de la CDN) y, aunque, desde la visión *iusnacionalista*, sea un sujeto de derecho que ejerce autónomamente

detenidos, pudiera prestar auxilio a sus conciudadanos, violando así una obligación con Alemania, ambos Partes de la referida Convención. La CIJ consideró, también por 14 votos contra uno, que los Estados Unidos al no permitir la revisión y reconsideración de las declaraciones de culpabilidad y de las condenas, una vez admitida la violación de los derechos establecidos en el párrafo 1 del artículo 36 violaran el párrafo 2, impidió que dichos derechos reconocidos tuvieran pleno efecto. Para un análisis más detallado del caso véase Torrecuadrada García-Lozano, Soledad. «La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, núm. 109, 2004: pp. 207-260.

⁵³ Al igual que en caso LaGrand, en causa estaba la detención de 52 ciudadanos mexicanos detenidos en Estados Unidos y condenados a la pena de muerte, sin que las autoridades estadounidenses hubiesen informado a las autoridades mexicanas de las detenciones de estos sus conciudadanos o a los detenidos extranjeros de su derecho de y a la asistencia consular, resultantes del artículo 36 de la CV63. Cf. Gómez-Robledo Verduzco, Juan Manuel. «El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* vol. V, 2004: pp. 173-220.

⁵⁴ Cf., por ejemplo, las Opiniones consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-16/99, de 01.10.1999, sobre «El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal», párrafos 117 y 119, y OC-18/03, de 17.09.2003, sobre «Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados», párrafos 122-125.

sus derechos y libertades y participa en la vida de la sociedad⁵⁵, desde el prisma *iusinternacionalista*, él es una persona que se encuentra en situación de especial vulnerabilidad o desprotección⁵⁶. Amparados por el principio rector del *interés superior del niño*⁵⁷ –verdadera norma de Derecho Internacional–, los niños, niñas y jóvenes migrantes son, así, sujetos de derechos específicos.

En efecto, los niños migrantes, además de los derechos propios de todos los seres humanos (*v.g.*, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, etc.), gozan, en virtud de su condición de colectivo especialmente vulnerable, de los derechos propios de los niños previstos en la CDN, donde quiera que se encuentren, en condiciones de igualdad con los niños nacionales (artículo 2). Por ejemplo, el derecho a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6), derecho al nombre (artículo 7), libertades políticas y civiles (artículos 14 y 15), protección contra todas las formas de abuso (artículo 19), derecho a la salud (artículo 24) o a la educación (artículo 28), o, aun, la prohibición de la pena capital o prisión perpetua (artículo 37). Adicionalmente, se benefician, como niños migrantes, de una cierta protección especial frente a la delincuencia organizada internacional. Es de público conocimiento que este colectivo, juntamente con las mujeres, es especialmente vulnerable frente a las redes criminales que se dedican al tráfico

⁵⁵ Zermatten, Jean. *L'intérêt...*, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁶ Fundamentamos tal afirmación en la existencia de importantes instrumentos jurídicos internacionales (de que la propia CDN es un ejemplo) que transparentan una visión de la condición de niño-migrante como *doblemente vulnerable*. Así, por ejemplo, el *Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Menores* y el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* (ambos protocolos adicionales a la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* [Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15.11.2000, vigente desde 29.09.2003]).

⁵⁷ Para una definición exacta de este principio, desde una perspectiva regional, véase Aguilar Cavallo, Gonzalo. «El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Estudios Constitucionales* 6(1), 2008: pp. 223-247.

ilícito de migrantes⁵⁸ y trata de personas⁵⁹. Actividades criminales altamente rentables⁶⁰ y de incontables víctimas⁶¹, la primera conducta ilícita tiene por objetivo la entrada ilegal de migrantes; la segunda la explotación, en su mayoría laboral y sexual, de personas, ambos a cambio de un beneficio⁶². La primera es un delito en contra del Estado; la segunda un delito en contra de los derechos humanos⁶³.

La explotación infantil para fines laborales o sexuales está terminantemente prohibida por el derecho internacional (artículo 32 CDN y artículo 3 del Protocolo facultativo de la CDN

⁵⁸ Consiste en «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas [*la acción*], 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 [*los medios*], con fines de explotación [*los fines*]. 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» (artículo 3, apartado a), del *Protocolo de la ONU para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*).

⁵⁹ Consiste en «la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente [*la acción*] con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material [*los fines*]» (artículo 3, apartado a), del *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*).

⁶⁰ En relación al tráfico ilícito de inmigrantes y teniendo por referencia a dos de las principales rutas del tráfico ilícito en la actualidad, (i) África oriental, septentrional y occidental hacia Europa y (ii) de América del Sur hacia América del Norte, la ONU estima que la primera ruta genera a los traficantes cerca de 6.750 millones de dólares anuales y la segunda unos 150 millones de dólares/año, traficando alrededor de 55.000 migrantes. Considerando que quedarán fuera del estudio de la ONU las rutas que tienen origen en todo el continente asiático y Europa del Este hacia Europa occidental y Estados Unidos, estas cifras serán presumiblemente mucho mayores en el plano mundial. Se sabe, por ejemplo, que los migrantes asiáticos que utilizan las rutas africanas para llegar a Europa pagan entre 4.180 y 5.575 euros (aproximadamente entre 5.200 y 6.950 dólares). Cf. UNODC. *The Globalization of Crime: A Transnational Organized Crime Threat Assessment* [en línea]. 2010, pp. 59-77. <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf> [consulta: 17.08.2012].

⁶¹ Según datos de la OIT, por lo menos, 2.450.000 personas han sido víctimas de trata de personas, generando, en 2005, ganancias, para los criminales, de alrededor de 32 mil millones de dólares. El destino de la mayoría de estas personas es la industria del sexo, sobre todo la prostitución, y el trabajo forzoso. Datos recopilados por la UNODC sobre el número de víctimas detectadas por las autoridades estatales en todo el mundo, nos enseña que dos tercios de las víctimas eran mujeres y el 79% de las víctimas fueron objeto de explotación sexual. Cf. UNODC. *The Globalization...*, *op. cit.*, p. 39; UNODC. *Global Report on Trafficking in person* [en línea]. 2009 <http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf> [consulta: 18.08.2012].

⁶² Cf. García Vázquez, Sonia. «Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, pp. 234 ss.; Gallagher, Anne. «Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis». *Human Rights Quarterly* 23 (4), 2001, pp. 984 y 995 ss.

⁶³ Muñoz Bravo, Tomás Milton. «Trata y tráfico de personas en el continente Americano: Problemas con orígenes comunes que requieren de acciones estructurales». *Escenarios XXI*, nº 7, 2011, p. 30.

relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía⁶⁴). Desde el punto de vista de los bienes jurídicos objeto de protección, *i.e.*, de aquellos valores que la sociedad considera valiosos y dignos de enfatizar su protección con la penalización de la trata de niños y niñas, es evidente que la salvaguardia de la infancia y la juventud es un valor relevante, y por lo mismo, tiene una importancia en la configuración del tipo penal. Ello se ve reflejado en la irrelevancia del consentimiento por parte del menor, o de sus padres o representantes legales, y en la existencia o no de medios indebidos para su obtención (artículo 3, apartado c), del Protocolo). En otras palabras, el sujeto activo del ilícito penal no podrá exculparse de un acto ilícito de este tipo en la licitud de los medios de obtención del consentimiento.

En cuanto víctimas de la trata de menores, el niño o niña podrán beneficiarse en el Estado receptor de asistencia y protección adecuadas a su condición, desde la protección de su privacidad e identidad de víctimas de la trata de personas, *máxime*, la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata, apoyo y asistencia psicológica, médica y material; información y asistencia jurídica, administrativa, etc. (artículos 6º y 7º).

Como se hizo referencia, no es inusual que niños, niñas y jóvenes migren solos, muchas veces impulsados por sus propias familias. Ellos son denominados “menores extranjeros no acompañados” (MENA), *i.e.*, «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»⁶⁵. A esta noción internacional se junta otra comunitaria europea de MENA que los define como «menores de 18 años, nacionales de terceros países o apátridas, que llegan al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, en tanto no se encuentran efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable, así como a aquellos menores a los que se dejen solos tras su entrada en los Estados miembros. La presente Resolución podrá aplicarse también a los menores nacionales de países terceros que, después de

⁶⁴ A/RES/54/263, de 26 de junio de 2000, anexo II.

⁶⁵ Cf. Observación General nº 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005). El Comité distingue los menores no acompañados de los «menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes». Con anterioridad a la definición del Comité, encontramos la que fue formulada por el ACNUR y la organización *Save the Children* en su *Declaración de Buenas Prácticas* de 1997, revisada en 1999, definiendo los MENA como los menores de dieciocho años que están fuera de su país de origen y separados de sus padres o de su cuidador habitual.

haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos»⁶⁶. Esta última definición incluye, por un lado, a los menores que dejan de estar acompañados después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, y excluye, por otro lado, a los menores de edad nacionales de Estados miembros de la UE que emigran a otro Estado miembro, contribuyendo para que, en el seno de la UE, existan distintas formas de protección para el mismo tipo de víctimas, en función de su nacionalidad⁶⁷.

Atendiendo a la precaria situación en que se encuentran los niños separados temporal o definitivamente de sus padres, la CDN reconoce su derecho a una protección y asistencia especiales (artículo 20), que se extiende a las situaciones en que estos menores están tramitando, o pretendan hacerlo, la solicitud de asilo o la obtención del estatuto de refugiado (artículo 22).

Tras su llegada al país de recepción, las autoridades nacionales deben, prioritariamente, proceder a la identificación (nacionalidad, filiación, antecedentes étnicos, lingüísticos, etc.) y determinación de la edad del niño. Tareas que no siempre se revelan fáciles, una vez que estos niños habitualmente viajan sin documentos o con documentación falsa, y es de extrema importancia, ya que, por un lado, una errónea valoración sobre la presunta relación de parentesco o vinculación de un MENA con el adulto que se declara como responsable del mismo, podría colocarlo en situación de desprotección o dejarle en manos de los traficantes que le trajeron al país y, por otro, del resultado de la determinación de la edad dependerá la medida concreta a adoptar. Resumiendo, sin que se hubiera permitido la entrada del menor al territorio del Estado de recepción el proceso de evaluación inicial de la situación del menor jamás sería posible, puesto que la primera es condición previa de la segunda⁶⁸.

⁶⁶ Cf. artículo 1º de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 (DOUE C 221, de 19.07.1997). La definición de MENA de la Resolución ha sido, posteriormente, acogida por el artículo 2º apartado h), de la Directiva 2001/55/CE (DOUE L 212, de 07.08.2001), 2º, apartado f), de la Directiva 2003/9/CE (DOUE L 31, de 06.02.2003) y por el artículo 2º, apartado f), de la Directiva 2003/86/CE (DOUE L 251, de 03.10. 2003), responsables por incorporar la referencia a los apátridas. En el contexto europeo, pero en el seno del Consejo de Europa, podemos referir la Declaración de Buenas Prácticas del Programa a favor de los Niños Separados en Europa (1997) y la Recomendación 1703 (2005) sobre la Protección y Asistencia a los Niños no Acompañados Solicitantes de Asilo.

⁶⁷ Cf. Vestri, Gabriele/González Martín, Nuria. *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas. Un diálogo entre España y México*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2012, pp. 43-44.

⁶⁸ Sin embargo, la denegación de entrada al país a los MENA no está prohibida por el derecho internacional, siendo, incluso, considerada admisible en la UE. Cf. artículo 2 Nº1 de la Resolución del Consejo de 26.06.1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOUE C 221, de 19.07.1997).

Tras averiguarse que se trata efectivamente de un menor, se deberá poner en marcha los específicos mecanismos de protección de menores. Sin perjuicio del abanico de soluciones institucionales que cada Estado prevea, hay parámetros internacionales y regionales que vinculan a los Estados. Considerando el título del presente trabajo, solamente nos referiremos a estos parámetros.

El respeto del interés superior del niño, previsto en la CDN, exige el reconocimiento por parte de los Estados del derecho al *nombramiento de un tutor competente* y, en el caso de que el menor promueva, sea parte, o le afecten procesos o actuaciones administrativas o judiciales se le nombrará también *un representante legal* (artículo 12 N°2 CDN y párrafo 21 de la Observación General N°6 del Comité de los derechos del niño, trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen [OGN°6])⁶⁹. *Mutatis mutandis*, si el menor solicita el asilo o entabla otros procedimientos destinados a la protección internacional, contando, como garantías procesales mínimas, con el derecho a un intérprete y a asistencia jurídica gratuita (párrafos 69 y 70 OGN°6).

Las respuestas institucionales nacionales más comunes son la repatriación o la estancia en centros de acogida. En virtud de su condición de menor de edad no es posible su expulsión como sanción por su condición migratoria⁷⁰ y por las exigencias propias del interés superior del niño, los MENA, al igual que los demás niños migrantes, sólo podrán ser repatriados por motivos de reintegración familiar al país de origen, o donde se encuentre su familia, o, subsidiariamente, de reintegración a los servicios de protección de menores del país de origen⁷¹. El procedimiento de repatriación debe, pues, ser configurado en función de una

⁶⁹ CRC/GC/2005/6, de 01.09.2005.

⁷⁰ Cf. UNICEF/Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa). *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*. Lanús: UNLa, 2011, p. 47.

⁷¹ En la UE se permite expresamente la expulsión de MENA, aun cuando previamente a la expulsión las autoridades nacionales deban certificarse de que el menor «será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno» (artículo 10 N°1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular [DOUE L 348/98, de 24.12.2008]). Dotada de una redacción demasiado ambigua, la norma parece dar a entender que aun cuando no existan garantías de que la familia o tutor reciba el menor o de que el Estado de retorno tenga condiciones adecuadas para acoger estos niños (esa es una de las críticas que muchas ONG hacen a propósito del retorno de los menores hacia centros de protección marroquíes o de otros países del norte de África ante las denuncias de falta de condiciones, malos tratos, negligencia o elevada tasa de evasión), la expulsión aún así puede tener lugar. Sin embargo, la interpretación de la norma no podrá dejar de hacerse a la luz de la CDN y de los principios de derecho internacional que rigen esta materia.

lógica de protección de la niñez y no de sanción de la inmigración irregular, observándose las garantías del debido proceso⁷². Eso significa que la decisión de repatriación del menor no debe obedecer a exigencias de seguridad pública, sino de satisfacción del interés superior del niño, *máxime* de su derecho a la unión familiar (artículo 9 N°1 CDN y párrafo 81 OGN°6). En caso contrario, estaríamos, seguramente, ante expulsiones encubiertas. Con el objetivo de hacer efectiva la repatriación, muchos Estados celebran, en el marco de sus políticas externas, acuerdos bilaterales de cooperación con los principales países de origen de estos menores.

Otra situación muy común, y problemática, es la detención de los MENA en centros de migrantes mientras aguardan la concretización de su repatriación⁷³ o como sanción por entrada irregular en el país. Considerada como medida de *ultima ratio* (artículo 37, apartado b), CDN)⁷⁴, «no deberá privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia», ya que su «privación de libertad no podrá justificarse solamente porque el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente» (párrafo 61 OGN°6). En consecuencia, su detención deberá hacerse en situaciones excepcionales previstas por ley y durante el período más breve posible. De hecho, y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el *caso Vélez Loor c. Panamá*, las decisiones de privar de libertad a un migrante (menor o adulto) por violación de leyes de extranjería debería obedecer a los principios de *legalidad* («la finalidad de las medidas que priven o restringen la libertad sea compatible con la Convención [Americana de Derechos Humanos]»), *adecuación* («las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido»), *necesidad* («sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto») y *proporcionalidad* («sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida»)⁷⁵.

⁷² *Ídem*, p. 48.

⁷³ Cf., por ejemplo, el artículo art. 15 N°1 de la Directiva 2008/115/CE.

⁷⁴ En este sentido, también, el artículo 17 N°1 de la Directiva 2008/115/CE.

⁷⁵ CIDH. *Caso Vélez Loor c. Panamá*. Excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N°218, párrafos 166 y 167.

En el ámbito europeo, en el *caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*⁷⁶, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) juzgó sobre la (no) adecuación de la decisión de las autoridades belgas de repatriar y detener en un centro de migrantes por dos meses a una niña congoleesa de 5 años que había entrado de forma irregular, por no tener la documentación necesaria, según la ley belga, para hacerlo. El TEDH consideró que la detención de una niña, de muy joven edad, en un centro para adultos, sola –que se convirtió, a causa de su detención, en MENA por haber sido separada del familiar a cuyo cargo había sido colocada (párrafo 82)– y sin que se hayan adoptado especiales medidas de asistencia condignas a su vulnerable condición, violaba el artículo 3 CEDH (prohibición de la tortura, tratos inhumanos y degradantes) [párrafos 50-51, 55 y 58-59]. Consideró, además, reiterando su jurisprudencia anterior, que el referido artículo ofrece una protección absoluta para todas las personas, prevaleciendo sobre la condición de extranjero en situación ilegal (párrafo 48). En segundo lugar, el TEDH, considerando (*i*) que el artículo 8 CEDH (derecho al respecto a la vida privada y familiar) garantiza el derecho de la persona de desarrollar, sin interferencias externas, su personalidad individual con los demás y (*ii*) la ausencia de riesgo de fuga, sostuvo que la detención había sido innecesaria, ya que podrían haberse adoptado otras medidas más acordes al interés superior del niño, como por ejemplo, su internamiento en un centro especializado o con una familia adoptiva, las cuales, incluso, habían sido propuestas por el abogado de la demandante (párrafo 83). Por último, el TEDH defendió que la detención de la niña fue una sanción desproporcionada, violando, así, el artículo 5 CEDH (derecho a la libertad y seguridad), porque siempre debe existir alguna relación entre el grado de privación de la libertad impuesto y el lugar y las condiciones de detención (párrafo 102).

En estas dos sentencias, de distintos tribunales internacionales, existe, en cierta medida, el reconocimiento del principio de no criminalización de la inmigración irregular⁷⁷.

Como forma de frenar el flujo de menores migrantes, facilitar la repatriación y en el marco de la actual tendencia para la *externalización* del control de fronteras, muchos Estados miembros de la UE construyen, en colaboración con las autoridades de terceros países,

⁷⁶ TEDH. *Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica* (núm. 13178/03), de 12 de octubre de 2006.

⁷⁷ Véase, a propósito de este principio, y su reconocimiento internacional, lo que dicen los países del Mercosur en la *Solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, presentada el 6 de abril de 2001 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En: <http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_esp.pdf> [consulta 29.08.2012].

centros de acogida de migrantes en los principales países de tránsito o origen. Es el caso de centros españoles en Marruecos o de Reino Unido en Kabul, Afganistán.

A la postre, y citando al Comité de Derechos del Niño, «la integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho» (párrafo 89 OGNº6), asumiendo el Estado de acogida la tutela *ex lege* de los menores, procediendo a la regularización de su situación a medio y largo plazo, promoviendo su integración y garantizando que estos beneficien, en condiciones de igualdad, de los mismos derechos (políticos, civiles, económicos, sociales y culturales) que los demás niños.

Conclusiones

A medida que se va conociendo mejor el fenómeno de los desplazamientos humanos, sus causas y consecuencias, va también creciendo el interés por su estudio sectorizado, en función de la perspectiva de los distintos colectivos de migrantes (mujeres, niños, etc.).

El objetivo de este trabajo ha sido focalizar las reflexiones en uno de los ámbitos o componentes de los movimientos migratorios, los menores de edad. En otras palabras, a partir de la categoría analítica de “migrante menor”, nos hemos propuesto intentar caracterizar el fenómeno de la migración de menores y dar una visión panorámica de la dimensión jurídico-internacional del mismo fenómeno. Asimismo, era nuestro objetivo demostrar –por aproximación– que los estándares internacionales de los derechos humanos y sus garantías, reconocidos en diversos instrumentos, son los que permiten un abordaje y una resolución más adecuados de los problemas que coloca la migración infantil y juvenil.

Una de las premisas que ha guiado este trabajo, es la idea de que el análisis sectorizado del fenómeno de las migraciones internacionales, en la especie a partir de la categoría de “migrante menor”, permitiría corregir las generalizaciones que a veces se formulan sobre los sujetos migrantes.

Dicho lo anterior, podemos destacar, a título de conclusión, los siguientes aspectos principales:

1º De las cifras y antecedentes examinados, resulta evidente que la migración de menores es un fenómeno con una tendencia al alza en los últimos años. Comienza, muchas veces, con desplazamientos internos, para luego traspasar las fronteras nacionales. En fin, esta es

una realidad que obedece a diversas razones, principalmente, familiares, humanitarias y sanitarias.

2° La definición del estatuto jurídico y de los mecanismos de protección de los migrantes menores pasa necesariamente por observar el fenómeno desde sus distintas caras. Ello porque las migraciones de menores se confunden y superponen con otros fenómenos relacionados: migraciones laborales, asilo, menores extranjeros no acompañados, apátridas, “sin papeles”, etc.

3° En cualquier caso, la protección del status jurídico deberá tener en cuenta la doble vulnerabilidad en este ámbito de la subjetividad migratoria: la migración y la niñez (incluso la juventud).

4° En cuanto a la virtualidad de los estándares internacionales de los derechos humanos y sus garantías para abordar y resolver la problemática de la migración de menores, hemos podido establecer cierto respeto y aceptación de los estándares mínimos. Así, recordando a la jurisprudencia europea del *caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cuando los bienes colectivos –como pudiese ser la seguridad y orden públicos o la protección de las fronteras– son ponderados con derechos individuales protegidos por instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como, *in casu*, la CDN, debe compatibilizarse su ejercicio con las obligaciones establecidas por esta última.

Por último, como corolario, pensamos que resulta conveniente, razonable, oportuno y necesario, plasmar en instrumentos internacionales un tratamiento normativo más sistemático del fenómeno, por ejemplo, incorporando un protocolo adicional a la CDN.