



Distr.
GENERAL

HCR/GIP/09/08
Fecha: 22 de diciembre de 2009

Original: INGLÉS

**DIRECTRICES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL:
Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o
del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados**

El ACNUR emite estas directrices de conformidad con su mandato, tal y como figura en el *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, conjuntamente con el artículo 35 de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951* y el artículo II de su *Protocolo de 1967*. Estas directrices complementan el *Manual del ACNUR de procedimientos 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 (reeditado, Ginebra, enero de 1992)*.

Estas directrices están dirigidas para proporcionar orientación legal interpretativa a los gobiernos, los abogados, las personas encargadas de la toma de decisiones y la judicatura, así como para el personal del ACNUR a cargo de la determinación de la condición de refugiado en el terreno.

Índice

I. INTRODUCCIÓN	3
II. ASUNTOS SOBRE DEFINICIONES	5
III. ANÁLISIS SUSTANTIVO	7
a) Fundado temor de persecución	7
<i>Derechos específicos de los niños</i>	8
<i>Manifestaciones de persecución relacionadas con los niños</i>	9
<i>Formas específicas de persecución de los niños</i>	10
b) Agentes de persecución	17
c) Los motivos de la Convención de 1951	18
<i>Raza, nacionalidad u origen étnico</i>	18
<i>Religión</i>	18
<i>Opinión política</i>	19
<i>Pertenencia a determinado grupo social</i>	20
d) La alternativa de “huída” interna o “reubicación”	22
e) La aplicación de cláusulas de exclusión a los niños	23
IV. ASUNTOS PROCEDIMENTALES Y PROBATORIOS	27

Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados

I. INTRODUCCIÓN

1. Estas directrices ofrecen orientación sustantiva y procedimental para llevar a cabo la determinación de la condición de refugiado de forma sensible a los niños. Subrayan los derechos y las necesidades específicas de protección de los niños en los procedimientos de asilo. Aunque la definición de refugiado contenida en el artículo 1(A)2 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 (de aquí en adelante “Convención de 1951” y “Protocolo de 1967”) se aplica a todos los individuos independientemente de su edad, ha sido tradicionalmente interpretada a la luz de experiencias de personas adultas. Esto ha significado que muchas de las solicitudes de la condición de refugiado realizadas por los niños han sido incorrectamente evaluadas o generalmente pasadas por alto.¹

2. Las circunstancias específicas que enfrentan los niños solicitantes de asilo, como individuos con solicitudes independientes de la condición de refugiado, no son generalmente bien entendidas. Los niños pueden ser percibidos como parte de una unidad familiar, más que, como individuos con sus propios derechos e intereses. Esto se explica en parte por el papel subordinado, las posiciones y la condición que los niños siguen manteniendo en muchas sociedades alrededor del mundo. Los relatos de los niños tienen más probabilidades de ser examinados individualmente cuando el niño está no acompañado, que cuando están con sus familiares. Aún así, sus experiencias únicas de persecución, debido a factores como su edad, su nivel de madurez o desarrollo y su dependencia en los adultos no siempre se han tomado en cuenta. Los niños no pueden articular sus solicitudes de la condición de refugiado en la misma forma que los adultos y, por lo tanto, pueden requerir especial asistencia para llevarla a cabo.

3. La conciencia global sobre la violencia, abuso y discriminación que sufren los niños está aumentando,² como se refleja en el desarrollo de las normas de derechos humanos a nivel internacional y regional. Mientras estos desarrollos tienen todavía que ser totalmente incorporados en el proceso de la determinación de la condición de refugiado, muchas autoridades nacionales en el tema de asilo están reconociendo cada vez más que los niños pueden presentar solicitudes de la condición de refugiado por derecho propio. En la “*Conclusión sobre niños en riesgo*” (2007), El Comité Ejecutivo del ACNUR subraya la necesidad de que los niños deben ser reconocidos como “sujetos activos de derechos”

¹ ACNUR. *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, Ginebra, 1997 (en adelante: “ACNUR, *Directrices sobre niños no acompañados solicitantes de asilo*”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6027.pdf>, especialmente en la parte 8.

² Véase, por ejemplo, la Asamblea General de la ONU, Derechos del niño: Nota del Secretario General, A/61/299, 29 de agosto de 2006 (en adelante: “Estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas”) <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453780fe0.html>; Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU, La eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra la niña, E/CN.6/2007/2, 12 de diciembre de 2006, <http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw51/OfficialDocuments.html>; Asamblea General de la ONU, Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños, Nota del Secretario General (el “Informe de Machel”), A/51/306, 26 de agosto de 1996, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6260.pdf>, y la revisión estratégica marcando los 10 años del Aniversario del Informe Machel, Asamblea General de la ONU, Informe de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, A/62/228, 13 de agosto de 2007, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5541.pdf>.

consistente con el derecho internacional. El Comité Ejecutivo también reconoció que los niños pueden experimentar formas y manifestaciones específicas de persecución de niños.³

4. Adoptando una interpretación sensible de los niños en la Convención 1951 no significa por supuesto, que los niños solicitantes de asilo automáticamente tienen derecho a la condición de refugiado. El niño solicitante debe establecer que tiene un fundado temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política. Como con el género, la edad es relevante para la definición de refugiado.⁴ Como señala el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, la definición de refugiado:

“...debe interpretarse teniendo presentes la edad y el género y a la luz de los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por los menores. La persecución por razones de parentesco, el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas, el trato de menores con fines de prostitución, la explotación sexual de los menores o la mutilación genital de las hembras, constituyen todas ellas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, que pueden justificar la concesión de la condición de refugiado si esos actos son subsumibles en uno de los motivos estipulados en la Convención de 1951. Por consiguiente, en los procedimientos nacionales aplicables para la concesión de la condición de refugiado, los Estados deben prestar la máxima atención a estas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, así como a la violencia de género.”⁵

Además de la edad, factores tales como derechos específicos de los niños, la etapa de desarrollo, conocimiento y/o memoria de las condiciones en su país de origen, y vulnerabilidad, también deben ser considerados para asegurar la aplicación apropiada del criterio de elegibilidad para la condición de refugiado.⁶

5. Una aplicación sensible a los niños de la definición de refugiado, en efecto sería consistente con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante llamada “la CDN”).⁷ El Comité de los Derechos del Niño ha identificado los siguientes cuatro artículos de la CDN, como principios generales para su implementación.⁸ *Artículo 2*: la obligación de los Estados de respetar y asegurar los derechos establecidos en la Convención para cada niño

³ExCom, *Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo*, 5 de octubre de 2007, (LVIII) - 2007, (en adelante “ExCom, *Conclusión No. 107*”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5642.pdf>, párrafo (b) (x) (viii).

⁴ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, 7 Mayo 2002 (en adelante “ACNUR, *Directrices sobre la persecución por motivos de género*”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1753.pdf>, párrafos 2, 4.

⁵Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) de la ONU, *Observación general No. 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, Sep. 2005 (en adelante “CRC, *Observación general No. 6*”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3886.pdf>, párrafo 74.

⁶ACNUR, *Directrices sobre niños no acompañados solicitantes de asilo, op cit.*, página 10.

⁷Con una ratificación casi universal la CDN es el tratado de los derechos humanos más ampliamente ratificado y disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0021.pdf>. Los derechos contenidos en ésta se aplican a todos los niños dentro de la jurisdicción del Estado. Para un análisis detallado de las disposiciones de la CDN, véase UNICEF, “*Implementación del Manual para la Convención de los Derechos del Niño*, totalmente revisado, tercera edición, setiembre de 2007 (en adelante “UNICEF, *Manual de Implementación*”).” Puede ser ordenado y disponible en inglés en: http://www.unicef.org/publications/index_43110.html.

⁸Comité de los derechos del niño, *Observación General N° 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, CRC/GC/2003/5, 3 de octubre de 2003 (en adelante: “CRC, *Observación General No. 5*”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4281.pdf>, párrafo 12.

sujeto a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase;⁹ *Artículo 3 (1)*: el interés superior del niño como la consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños;¹⁰ *Artículo 6*: el derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño;¹¹ y *Artículo 12*: el derecho del niño de expresar su opinión libremente respecto a “todos los asuntos que afectan al niño”, y teniéndose debidamente en cuenta tales opiniones.¹² Estos principios orientan tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado del niño.

II. ASUNTOS SOBRE DEFINICIONES

6. Estas directrices abarcan a todos los niños solicitantes de asilo, incluyendo niños acompañados, no acompañados, y separados, que pueden tener solicitudes individuales de la condición de refugiado. Cada niño tiene el derecho de interponer una solicitud de asilo independiente, sin importar si el niño está acompañado o no. Los “niños separados” son niños separados de ambos –padre y madre- o de las anteriores personas encargadas de su cuidado ya sea en forma legal o habitual, pero no necesariamente de otros parientes. En comparación, los “niños no acompañados” son quienes han sido separados de ambos –padre y madre- y de otros parientes y no están a cargo de ningún otro adulto quien, por ley o por costumbre, es responsable de desempeñar dicha función.¹³

7. Para los fines de estas directrices, se define a los “niños” como todas las personas menores de los 18 años.¹⁴ Toda persona menor de los 18 años que sea él solicitante de asilo principal tiene derecho a las salvaguardas procedimentales sensibles a los niños. La reducción de la edad de la niñez o la aplicación de enfoques restrictivos sobre la evaluación de la edad, a fin de tratar a los niños como adultos en los procedimientos de asilo, puede resultar en violación de sus derechos bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Ser joven y vulnerable puede hacer a una persona especialmente susceptible a la persecución. Por lo tanto, pueden haber casos excepcionales para lo cual estas directrices son relevantes, incluso si el solicitante tiene 18 años de edad o es ligeramente mayor. Este puede ser particularmente el

⁹ CRC, *Observación General No. 6*, párrafo. 18.

¹⁰ *Ibid.*, párrafos 19–22. Véase también: ExCom *Conclusión No. 107*, párrafo (b) (5), y como llevar a cabo evaluaciones y determinaciones del “interés superior”, Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor (DIS), Ginebra, mayo de 2008, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7126.pdf>.

¹¹ CRC, *Observación General No. 6*, párrafos 23–24.

¹² *Ibid.*, párrafo 25. Véase también: CRC, *Observación General N° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado* CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009 (de aquí en adelante: “CRC, *Observación General No. 12*”), http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc.

¹³ CRC, *Observación General No. 6*, párrafos 7–8. Véase también: ACNUR, *Directrices sobre niños no acompañados solicitantes de asilo*, *op cit.*, p. 5, párrafos 3.1-3.2. Véase también: ACNUR, UNICEF *et al*, *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre niñas y niños no acompañados y separados*, Ginebra, 2004 (en adelante “*Directrices Generales Inter-Agenciales*”), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4113abc14.html>, p. 13.

¹⁴ CDN, art. 1 estipula que “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Además, el Consejo de la Unión Europea, Directiva 2004/83/CE del Consejo del 29 de abril de 2004 por la que se establecen las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o como personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, 19 de mayo de 2004, 2004/83/CE, en:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5039.pdf>, estipula que “menores no acompañados”: los nacionales de un tercer país o apátridas menores de 18 años que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ser acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de ellos; este concepto incluye a los menores que dejen de estar acompañados después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros”, art. 2 (i).

caso en el que la persecución dificulta el desarrollo del solicitante y cuya madurez psicológica continúa siendo comparable a la de los niños.¹⁵

8. Incluso a una corta edad el niño todavía puede ser considerado el solicitante de asilo principal.¹⁶ El padre, la persona encargada del cuidado u otra persona que representa al niño, tendrán que asumir la función principal de asegurarse que todos los aspectos relevantes de la solicitud del niño sean presentados.¹⁷ Sin embargo, también necesita ser tomado en cuenta el derecho de los niños para expresar sus opiniones en todos los campos que los afectan, incluyendo el ser oído en todos los procesos judiciales y administrativos.¹⁸ Cuando el niño solicitante está acompañado por sus padres, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad quienes por ley o costumbre son responsables por el niño, tiene derecho a la dirección y orientación apropiadas de ellos para el ejercicio de sus derechos, de una manera consecuente con la evolución de sus capacidades.¹⁹ Cuando el niño es el principal solicitante de asilo, su edad, por consecuencia, su nivel de madurez, desarrollo psicológico, habilidad para expresar ciertos puntos de vista u opiniones serán un importante factor en las evaluaciones de los encargados de la toma de decisión.

9. Cuando los padres o las personas encargadas del cuidado solicitan asilo basados en el temor de persecución de su niño, normalmente el niño será el principal solicitante aunque se encuentre acompañado por sus padres. En tales casos, de la misma forma que el niño puede beneficiarse de la condición de refugiado reconocida a uno de sus padres, a un padre se le puede, *mutatis mutandis*, conceder el estatuto derivado basado en la condición de refugiado de su hijo.²⁰ En situaciones en que ambos padres y el niño tengan su propia solicitud de la condición de refugiado, es preferible que cada una de las solicitudes las evalúen separadamente. La introducción de muchos de los mecanismos de procedimientos y de prueba, enumeradas más adelante en la Parte IV, mejorará la visibilidad de los niños quienes tal vez deberían de ser los solicitantes principales dentro de sus familias. Sin embargo, cuando las experiencias de los niños son consideradas parte de las solicitudes de sus padres, más que independientemente, es importante el considerar la solicitud también desde el punto de vista de los niños.²¹

¹⁵ El Tribunal de Apelaciones sobre inmigración del Reino Unido (ahora el Tribunal de Inmigración y Asilo) ha manifestado que: “Para adoptar una rigidez, sin embargo, en este sentido es en nuestra opinión que dejar de reconocer de que en distintas partes del mundo, incluso hoy en día las edades exactas y fechas de nacimiento son imprecisas. Sería mejor pecar por exceso de generosidad.” (traducción libre); *Sarjoy Jakitay c. Secretario de Estado del Departamento del Interior*, Apelación No. 12658 (no publicada), U.K. IAT, 15 de noviembre de 1995. Véase también: *Decisión VA0-02635, VA0-02635, Canadá, Consejo de Inmigración y Refugiados* (en adelante “IRB, por sus siglas en inglés”), 22 de marzo de 2001, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b18dec82.html>.

¹⁶ Véase, por ejemplo, *Chen Shi Hai c. el Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales*, [2000] HCA 19, Corte Suprema de Australia, 13 de abril de 2000, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6df4.html>. En este caso que se trataba de un niño de 3 años y medio de edad, se declaró que “en virtud de las leyes australianas que el niño era titular de sus propios derechos como lo establece la ley. Él no está para todos los efectos subsumido a la identidad y derechos legales de sus padres.” (traducción libre), párrafo 78.

¹⁷ Véase también: ACNUR, *Los niños refugiados: Directrices sobre protección y cuidado*, Ginebra, 1994, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0252.pdf>, pp. 97–103.

¹⁸ CDN, art. 12(2); CRC, *Observación General No. 12*, párrafos 32, 67, 123.

¹⁹ CDN, art. 5.

²⁰ ACNUR, *Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*, mayo 2009 (en adelante “ACNUR, *Guías sobre MGF*”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7139.pdf>, párrafo 11. Véase también ACNUR, ExCom Conclusión sobre la protección de las familias de los refugiados, No. 88 (L), 1999. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0599.pdf>, párrafo (b) (iii).

²¹ Véase, por ejemplo, *EM (Lebanon) (FC) (recurrente) c. Secretario de Estado del Departamento del Interior (demandado)*, R.U. *Cámara de los Lores*, 22 de octubre de 2008, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/490058699.html>; *Apelaciones de Refugiados Nos. 76250 & 76251*, Nos. 76250 & 76251, *Nueva Zelanda, Autoridad de Apelaciones de la condición de refugiado* (en adelante: “RSAA, por sus siglas en inglés”), 1 de diciembre de 2008”, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/494f64952.html>.

III. ANÁLISIS SUSTANTIVO

a) Fundado Temor de Persecución

10. El término “persecución” aunque no está expresamente definido en la Convención 1951, puede ser considerado que involucre serias violaciones de derechos humanos, incluyendo la amenaza a la vida o a la libertad, así como otras clases de daños graves o de situaciones intolerables evaluadas con respecto a la edad, opiniones, sentimientos y del carácter psicológico del solicitante.²² La discriminación puede equivaler a persecución en ciertas situaciones, cuando el trato temido o sufrido lleva a consecuencias de naturaleza sustancialmente perjudicial para el niño en cuestión.²³ El principio del interés superior del niño requiere que el daño sea valorado desde la perspectiva del niño. Esto puede incluir un análisis de cómo los derechos o intereses del niño son o serán afectados por el daño. Los malos tratos pueden no alcanzar el nivel de persecución en el caso de un adulto, pero puede serlo para el caso de un niño.²⁴

11. Ambos factores, objetivos y subjetivos, son relevantes para establecer si un niño solicitante de asilo tiene un fundado temor de persecución.²⁵ Una valoración certera requiere de ambos, un análisis actualizado y conocimiento de las circunstancias específicas del niño en el país de origen, incluyendo la existencia de servicios de protección a la niñez. Desestimar una solicitud de un niño basado en el supuesto que los perpetradores no tomarán seriamente los puntos de vista de los niños o que los consideren una amenaza real, podría ser erróneo. Puede ser el caso que un niño no pueda expresar el temor cuando esto sería lo esperado o, inversamente que lo exagere. En tales circunstancias, las personas encargadas de tomar las decisiones deben hacer una evaluación objetiva del riesgo que el niño pueda enfrentar, a pesar del temor del niño.²⁶ Esto requerirá examinar la evidencia de una amplia selección de fuentes, incluyendo información específica del país de origen. Cuando el padre o la persona encargada del cuidado del niño tienen un fundado temor de persecución por el niño, se puede asumir que el niño tiene ese miedo, incluso si él no expresa o siente ese temor.²⁷

²² Ver ACNUR, *Manual de Procedimientos 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*, 1979, reeditado, Ginebra, enero de 1992 (en adelante: “ACNUR, Manual” http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4359, párrafos 51–52; ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 7: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, 7 de abril de 2006 (en adelante: “ACNUR, Directrices sobre víctimas de trata”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4120.pdf>, párrafo 14.

²³ ACNUR, Manual, párrafos 54-55.

²⁴ Véase, por ejemplo, Oficina del Servicio de Ciudadanía e Inmigración de los E.E. U.U., *Directrices para solicitudes de asilo de niños*, 10 de diciembre de 1998 (en adelante, “Directrices de solicitudes de asilo de niños”), en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f8ec0574.html>, señalando que “el daño que el niño teme o ha sufrido, sin embargo, puede ser relativamente menor que aquel de un adulto y todavía califica como persecución.” (traducción libre). Véase también, *Chen Shi Hai, op. cit.*, donde la corte estipuló que “lo que puede considerarse como aceptable en la aplicación de las leyes y programas de aplicación general en el caso de los padres, pueda sin embargo ser persecución para el caso del niño.” (traducción libre), párrafo 79.

²⁵ ACNUR, Manual, párrafos 40-43.

²⁶ Véase ACNUR, Manual, párrafos 217–219. Véase también, *Yusuf c. Canadá (Ministerio de Trabajo e Inmigración)*, [1992] 1 F.C. 629; F.C.J. 1049, Canadá, Tribunal Federal, 24 de octubre de 1991, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/403e24e84.html>. El tribunal concluyó que “Me resisto a creer que una solicitud de la condición de refugiado podría ser negada únicamente por el motivo de que el solicitante es un niño de corta edad o una persona que sufre de alguna discapacidad mental, puesto que él o ella era incapaz de experimentar el miedo siendo las razones por las que claramente existe en términos objetivos.” (traducción libre), en 5.

²⁷ Véase, por ejemplo, *Canadá (Ministerio de Ciudadanía e Inmigración) c. Patel*, 2008 FC 747, (2009) 2 F.C.R. 196, Canadá, Tribunal Federal, 17 de junio de 2008, en inglés <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a6438952.html>, en 32-33.

12. Además de la edad, otras características vinculadas a la identidad, de naturaleza económicas y sociales del niño, como sus antecedentes familiares, clase, casta, salud, educación y nivel de ingreso, puede incrementar el riesgo de daño, influenciando el tipo de conducta persecutoria inflingida en el niño y exacerbando el efecto del daño en ellos. Por ejemplo, niños sin hogar, abandonados o de otra manera sin el cuidado de sus padres, pueden estar expuestos a mayores riesgos de abuso sexual y explotación o ser reclutados o usados por fuerzas o grupos armados o pandillas delictivas. Los niños de la calle, en particular, pueden ser arrestados en condiciones degradantes o ser sometidos a otras formas de violencia, incluyendo asesinatos con el propósito de “limpieza social”.²⁸ Los niños con discapacidades, pueden denegarles tratamientos médicos rutinarios o especializados o ser excluidos de su familia o comunidad. Los niños pueden enfrentar abuso y discriminación grave, en lo que puede considerarse como situaciones familiares no convencionales incluyendo, por ejemplo, aquellos nacidos fuera del matrimonio, en violación de políticas familiares coercitivas²⁹, o por medio de violación. Las niñas embarazadas pueden ser rechazadas por sus familias y sujetas a acoso, violencia, prostitución forzada u otros trabajos degradantes.³⁰

Derechos específicos de los niños

13. Un entendimiento contemporáneo y sensible a los niños de la persecución, abarca muchos tipos de violaciones a los derechos humanos, incluyendo violaciones a los derechos específicos del niño. Es esencial analizar la normativa de la CDN y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes, aplicables a los niños para determinar el carácter persecutorio de un acto inflingido en contra de un niño.³¹ Los niños son titulares de una gama de derechos específicos establecidos en la CDN que reconocen su corta edad, dependencia y son fundamentales para su protección, desarrollo y supervivencia. Estos derechos incluyen, pero no se limitan a lo siguiente: el derecho a no ser separados de sus padres (*Artículo 9*); protección frente a todas las formas de violencia física y mental, abuso, negligencia, y explotación (*Artículo 19*); protección de prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de los niños (*Artículo 24*); a tener un nivel de vida adecuado para el desarrollo de los niños (*Artículo 27*); el derecho a no ser detenido o encarcelado a menos que sea una medida de último recurso (*Artículo 37*); y protección de reclutamiento a menores (*Artículo 38*). La CDN también reconoce el derecho de los niños refugiados y solicitantes de asilo para que reciban protección y asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de la aplicación de los derechos establecidos en la CDN y en otros instrumentos internacionales humanitarios o de derechos humanos. (*Artículo 22*).

²⁸ “Limpieza Social” se refiere al proceso de eliminar a un grupo indeseable de una zona y este proceso puede involucrar muerte, desapariciones, violencia y otros malos tratos. Véase, UNICEF, *Manual de Implementación*, páginas 89, 91, 287. Véase también el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán-Morales et al.) c. Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”), sentencia del 19 de noviembre de 1999, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2209.pdf>, párrafos 190-191. La corte encontró que hay un patrón de violencia contra los niños de la calle que prevalece en Guatemala. Contando con la CDN para interpretar el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, “Pacto de San José de Costa Rica” (en adelante “CADH”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0001.pdf>, la Corte señala que el Estado ha violado la integridad física, mental y moral así como su derecho a la vida e incluso faltó a sus obligaciones al no tomar medidas preventivas para evitar que ellos vivan en la miseria, por lo tanto negándoles las condiciones mínimas para una vida digna.

²⁹ Véase además, ACNUR, *Nota del ACNUR sobre solicitudes de asilo por motivo de leyes o políticas de planificación familiar forzada*, agosto de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4823.pdf>.

³⁰ ACNUR, *Directrices sobre persecución por motivos de género*, párrafo 18.

³¹ En el contexto de África, también se debe considerar la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de los Niños (en adelante “Carta Africana”), en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38c18.html>.

14. Las necesidades socio económicas de los niños frecuentemente son más convincentes que las de los adultos, particularmente debido a su dependencia de los adultos y por sus necesidades de desarrollo únicas. La privación de derechos económicos, sociales y culturales, incluso, puede ser relevante para la valoración de la solicitud del niño como el de los derechos civiles y políticos. Es importante el no atribuir un mayor significado, automáticamente, a ciertas violaciones más que a otras, sino el evaluar el impacto general del daño de cada niño. La violación de un derecho generalmente puede exponer al niño a otros abusos; por ejemplo, el denegarle el derecho a la educación o un adecuado nivel de vida puede conducir a intensificar el riesgo de otras formas de daño, incluyendo violencia y abuso.³² Además, puede haber motivos políticos, raciales, de género, religiosos o intenciones en contra de un determinado grupo de niños o de sus padres que subyacen en las medidas discriminatorias en el acceso y el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales. Como señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU:

*"...la falta de oportunidades educacionales para esos niños es también una de las causas de que sean víctimas de muchas otras violaciones de los derechos humanos. Por ejemplo, esos niños, que quizá vivan en una pobreza abyecta y llevan una vida sana, son particularmente vulnerables al trabajo forzoso y otras formas de explotación. Además, existe una relación directa entre, por ejemplo, el nivel de matrícula de niñas en la escuela primaria y una disminución considerable de los matrimonios infantiles."*³³

Manifestaciones de persecución relacionadas con los niños

15. Aunque los niños puedan enfrentar formas similares o idénticas de daño como los adultos, ellos pueden experimentarlo de manera distinta. Las acciones y amenazas que no puedan alcanzar el umbral de persecución en el caso de un adulto, puede equivaler a persecución en el caso de un niño por el simple hecho de ser un niño. La inmadurez, la vulnerabilidad, el no tener un desarrollo de mecanismos para enfrentar situaciones, la dependencia, así como las diferentes etapas de desarrollo y la dificultad en las capacidades, pueden estar directamente relacionadas con la forma en que un niño experimenta o siente el temor.³⁴ Particularmente en solicitudes donde el daño sufrido o temido es más grave que el propio acoso, pero menos grave que la amenaza a la vida o libertad, las circunstancias individuales del niño, incluyendo su edad, pueden ser un factor importante en la evaluación, si el daño equivale a persecución. Para evaluar con precisión la gravedad de los actos y su impacto en el niño, es necesario examinar los detalles de cada caso y adaptar el umbral de la persecución a ese niño en particular.

16. En el caso de un solicitante niño, el daño psicológico puede ser particularmente un factor relevante a considerar. Los niños son más propensos a estar angustiados por situaciones hostiles, a creer en amenazas improbables, y afectarse emocionalmente por circunstancias

³² CRC, *Observación General No. 5*, op. cit., párrafos 6-7. Véase más abajo, en v. Violaciones de derechos económicos, sociales y culturales.

³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, (en adelante "CESCR", por sus siglas in inglés), Observación general N° 11: Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/1992/23, 10 de mayo de 1999, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47ebcd1c2>, párrafo 4.

³⁴ Véase además Save the Children y UNICEF, *La evolución de las facultades del niño*, 2005, <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>.

desconocidas. Los recuerdos de acontecimientos traumáticos pueden persistir en un niño, colocándoles en mayor riesgo de daños futuros.

17. Los niños también son más sensibles a los actos que atañen a sus parientes cercanos. El daño causado contra los miembros de la familia del niño puede sustentar un fundado temor en ellos. Por ejemplo, un niño que ha sido testigo de violencia, o sufrido la desaparición o asesinato de su padre o madre u otra persona de quien el niño dependía, puede tener el fundado temor de persecución incluso si el acto no ha sido planeado directamente en contra de él.³⁵ Bajo ciertas circunstancias, por ejemplo, la separación forzada del niño de alguno de sus padres debido a leyes de custodia discriminatorias o la detención de la madre o el padre del niño puede equivaler a persecución.³⁶

Formas específicas de persecución a los niños

18. Los niños pueden también estar sujetos a formas específicas de persecución que estén influenciadas por su edad, falta de madurez o vulnerabilidad. El hecho que la solicitud de asilo sea hecha por un niño puede ser un factor central en el temor o daño infligido. Esto puede ser debido a que la presunta persecución solo se aplica a, o afecta de manera desproporcionada al niño o porque los derechos específicos de los niños se han infringido. El Comité Ejecutivo del ACNUR ha reconocido que formas específicas de persecución de niños pueden incluir reclutamiento de menores, la trata de niños y la mutilación genital femenina (en adelante “MGF”).³⁷ Otros ejemplos incluyen, pero no están limitados a, violencia doméstica o familiar, matrimonio forzado o de menores de edad³⁸ trabajo infantil obligatorio o peligroso, trabajo forzado,³⁹ prostitución forzada y pornografía infantil.⁴⁰ Tales formas de persecución también abarcan violaciones a la sobrevivencia y derechos de desarrollo así como discriminación grave a los niños nacidos fuera de las reglas estrictas de la planificación familiar⁴¹ y niños apátridas como resultado de la pérdida de nacionalidad y derechos concomitantes. Algunas de las formas más comunes de persecución específica de los niños que surgen en el contexto de las solicitudes de asilo se describen con mayor detalle a continuación.

³⁵ Véase, por ejemplo, *Cicekc c. Turkey*, Demanda No. 67124/01, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “ECTHR, por sus siglas en inglés”), 18 de enero de 2005, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42d3e7ea4.html>; párrafos 173–174; *Bazorkina c. Rusia*, Demanda No. 69481/01, ECTHR, 27 de julio de 2006, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/44cdf4ef4.html>, párrafos. 140–141.

³⁶ Ver *EM (Lebanon) (FC) (Recurrente) c. Secretario de Estado del Departamento de Interior (Demandado)*, op. cit., *Apelaciones de refugiados Nos. 76226 and 76227, Nos. 76226 and 76227*, Nueva Zelanda, RSAA, 12 de enero de 2009, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49a6ac0e2.html>, párrafos. 112–113.

³⁷ ExCom, *Conclusión No. 107*, párrafo (g) (viii).

³⁸ CRC, art. 24(3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “ICCPR, por sus siglas en inglés”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0015.pdf>, artículo 23; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0014.pdf>, artículo 10; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0031.pdf>, artículo 16.

³⁹ CDN, arts. 32–36; Organización Internacional de Trabajo, C 182 Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (en adelante “Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil”), <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C182>; C 138 Convenio sobre la edad mínima (en adelante “OIT Convenio sobre la edad mínima”), <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C138>, artículos 2 (3), 2(4).

⁴⁰ CDN, artículo 34; 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, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2450.pdf>.

⁴¹ Véase, por ejemplo, *Xue Yun Zhang c. Gonzales*, No. 01-71623, Estados Unidos Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, 26 de mayo de 2005, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b17c7082.html>; *Chen Shi Hai*, op. cit.

i. Reclutamiento de menores

19. Hay un creciente consenso sobre la prohibición del reclutamiento y el uso de niños menores de 18 años en los conflictos armados.⁴² El derecho internacional humanitario prohíbe el reclutamiento y la participación en las hostilidades a niños menores de 15 años en conflictos armados ya sea a nivel internacional⁴³ o sin carácter internacional.⁴⁴ El artículo 38 de la CDN reitera las obligaciones de los Estados Partes bajo el derecho internacional humanitario. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, clasifica como crímenes de guerra el reclutamiento y utilizar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas en un momento de conflicto armado.⁴⁵ La Corte Especial de Sierra Leona ha concluido que el reclutamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas, constituye un delito bajo el derecho internacional general.⁴⁶

20. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados estipula, que los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que miembros de sus fuerzas armadas menores de 18 años no tomen parte en las hostilidades, y velarán que personas menores de 18 años de edad no serán reclutadas obligatoriamente en sus fuerzas armadas.⁴⁷ El Protocolo Facultativo contiene una prohibición absoluta contra el reclutamiento o utilización, bajo cualquier circunstancia, de niños que son menores de 18 años, por parte de los grupos armados distintos a las fuerzas armadas de un Estado.⁴⁸ También enmienda el artículo 38 de la CDN elevando la edad mínima para el reclutamiento voluntario.⁴⁹ Los Estados también adoptarán todas las medidas posibles para prohibir y penalizar el reclutamiento de menores y la utilización de niños soldados por los grupos armados que no son Estatales.⁵⁰ El Comité de los Derechos del Niño enfatiza que:

⁴² Véase, UNICEF, Los Principios y Guías de París sobre Niñez Vinculada con Fuerzas o Grupos Armados, febrero de 2007, (en adelante: “Los Principios de París”). Aunque no son vinculantes, reflejan una tendencia importante de la prohibición total del reclutamiento de menores. También ver la resolución 1612 (2005) del Consejo de Seguridad de la ONU (los niños y el conflicto armado), 26 de julio de 2005, S/RES/1612, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3635.pdf>, párrafo 1; 1539 la protección de los niños afectados por el conflicto armado, S/RES/1539, 22 de abril de 2004, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3728.pdf>.

⁴³ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de Víctimas de Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1387.pdf>, art. 77 (2).

⁴⁴ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1388.pdf>, art. 4 (3).

⁴⁵ Asamblea General de la ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF. 183/9, 17 de julio de 1998 (en adelante: “Estatuto de ICC, por sus siglas en inglés.”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0033.pdf>, art. 8 (2) (b) [xxvi] y (e) [vii].

⁴⁶ Véase *Fiscal v. Sam Hinga Norman, Caso No. SCSL-2004-14-AR72(E), Decisión sobre la petición preliminar basada en la falta de jurisdicción (reclutamiento de niños)*, 31 de mayo de 2004, párrafos 52-53; Consejo de Seguridad de la ONU, Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, 4 de octubre de 2000, S/2000/915, <http://www.un.org/spanish/docs/report00/repl00.htm>, párrafo 17, que reconoce el carácter consuetudinario de la prohibición del reclutamiento de niños.

⁴⁷ El Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1271.pdf>, arts. 1-2. Actualmente hay 127 Estados Partes en el Protocolo Facultativo. Ver también la Carta Africana, que establece 18 años como la edad mínima para todo reclutamiento forzoso, arts. 2 y 22.2, y el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, que incluye el reclutamiento forzoso de niños menores de 18 años, arts. 2 y 3 (a) en su definición de peores formas de trabajo infantil.

⁴⁸ Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados, art. 4.

⁴⁹ *Ibid.*, art. 3.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 4.

...el reclutamiento de menores de edad (y señaladamente de las niñas para servicios sexuales y matrimonios forzados con militares) y la participación directa o indirecta en las hostilidades constituyen graves infracciones punibles de los derechos humanos, por lo que deberá otorgarse el estatuto de refugiado toda vez que exista el temor fundado de que el reclutamiento o la participación en las hostilidades responden a “motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas” (Artículo 1A (2), de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951).⁵¹

21. En opinión del ACNUR, el reclutamiento forzoso y el reclutamiento para la participación directa en las hostilidades de un niño menor de 18 años en las fuerzas armadas del Estado equivaldría a persecución. Lo mismo se aplicaría en situaciones donde el niño está en riesgo de un nuevo reclutamiento forzoso o podría ser castigado por haber evadido el reclutamiento forzado o desertar de las fuerzas armadas del Estado. Asimismo, el reclutamiento de cualquier niño menor de 18 años por parte de un grupo armado no estatal sería considerado persecución.

22. El reclutamiento voluntario de niños mayores de 16 años por los Estados es admisible bajo el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.⁵² Sin embargo, las autoridades Estatales que reclutan tienen que establecer las salvaguardas, para asegurar que es voluntario, y que se lleva a cabo con el consentimiento informado de los padres y que el niño que ha sido reclutado presente pruebas satisfactorias sobre su edad, antes de su reclutamiento. En esos casos, es importante valorar que el reclutamiento sea auténticamente voluntario, teniendo en presente que los niños son particularmente susceptibles al rapto, la manipulación y la fuerza y es menos probable que resistan dicho reclutamiento. Ellos podrán enlistarse bajo coacción, en defensa propia, para evitar daño a sus familias, para buscar protección contra matrimonios no deseados o abuso sexual en sus hogares, o para acceder a medidas básicas de sobrevivencia, como la comida y albergue. Las familias de niños pueden también alentarlos a participar en un conflicto armado, a pesar del riesgo y de los peligros.

23. Además, los niños pueden tener un fundado temor de persecución surgido por el trato al que han sido sometidos, y/o por conductas que están obligados a realizar, por las fuerzas armadas o grupos armados. Los niños asociados con las fuerzas armadas o grupos armados pueden ser obligados a servir como cocineros, porteros, mensajeros, espías así como para tomar parte directa en las hostilidades. Las niñas, en particular, pueden ser forzadas a tener relaciones sexuales con miembros de las fuerzas armadas.⁵³ También es importante tener presente que los niños que han sido liberados por las fuerzas o grupos armados y retornan a sus países y comunidades de origen pueden estar en peligro de acoso, de ser de nuevo reclutados o al castigo, incluyendo prisión o ejecuciones extra-judiciales.

⁵¹ CRC, *Observación General No 6*, párrafo 59. Véase también párrafo 58.

⁵² Protocolo facultativo de la CDN relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, art. 3. Los Estados Partes elevarán la edad mínima para el reclutamiento voluntario por encima de la edad fijada en el párrafo 3 del art. 38, de la CDN, por lo tanto, de 15 a 16 años.

⁵³ Los Principios de París definen a los niños vinculados con fuerzas o grupos armados de la siguiente manera: “Un niño vinculado con una fuerza o grupo armado se refiere a cualquier persona menor de los 18 años de edad quien es o ha sido reclutado o usado por una fuerza o grupo armado en cualquier calidad, incluyendo pero no limitada a los niños, niños o niñas, usados como combatientes, cocineros, conserjes, mensajeros, espías o para propósitos sexuales. Esto no sólo se refiere al niño que toma o ha tomado parte directa en las hostilidades.” (traducción libre) artículo 2.1.

ii. Trata de niños y el trabajo

24. Como se reconoce en varias jurisdicciones, la trata de niños o el caso de niños que temen ser tratados, pueden tener solicitudes fundadas para la condición de refugiado.⁵⁴ Las Directrices del ACNUR sobre víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata son igualmente aplicables a una solicitud de asilo cuando es presentada por un niño. El impacto particular de las experiencias de trata sufridas por un niño y, las violaciones de los derechos específicos del niño, que conlleva la trata, también debe tomarse en cuenta.⁵⁵

25. La trata de niños sucede por varias razones, pero todas con el mismo objetivo general de obtener beneficios a través de la explotación de los seres humanos.⁵⁶ En este contexto, es importante tener presente que cualquier reclutamiento, transporte, traslado, albergue o la recepción de los niños para los propósitos de explotación, es una forma de trata independientemente de los medios utilizados. Siendo irrelevante, por lo tanto, que sea con el consentimiento o no del niño.⁵⁷

26. La trata de un niño es una violación grave de una gama de derechos fundamentales y, por consiguiente, constituye persecución. Estos derechos incluyen el derecho a la vida, la sobrevivencia y el desarrollo, el derecho de protección de todas las formas de violencia, incluyendo la explotación sexual y abuso, y el derecho de protección del trabajo infantil y secuestro, venta y trata, como específicamente estipula el artículo 35 de la CDN.⁵⁸

27. El impacto de represalias por miembros de la red de trata, exclusión social, ostracismo y/o discriminación⁵⁹ contra niños víctimas de trata que retornan a sus países, necesitan ser valoradas de una manera sensible a los niños. Por ejemplo, una niña que ha sido víctima de trata por explotación sexual puede ser rechazada por su familia y devenir en una marginada social en su comunidad en el caso de que regrese. Un niño, que ha sido enviado lejos por sus padres con la esperanza y expectativa de que estudiara y trabajara en el extranjero y enviara dinero a su familia, puede también llegar a ser excluido de su familia si se enteran que él ha sido víctima de trata en trabajo forzado. Estos niños víctimas de trata pueden tener posibilidades muy limitadas de acceso y del disfrute de sus derechos humanos, incluyendo los derechos de sobrevivencia, si retornan a sus hogares.

28. En casos de asilo que involucra a niños víctimas de trata, los encargados de la toma de decisiones tendrán que prestar especial atención a las indicaciones de la posible complicidad

⁵⁴ Véase, por ejemplo, *Ogbeide c. Secretario de Estado del Departamento del Interior*, No. HX/08391/2002, U.K. IAT, 10 de mayo de 2002 (no publicado); *Li y otros c. Ministerio de Inmigración y Ciudadanía*, IMM-932-00, Canadá, Tribunal Federal, 11 de diciembre de 2000, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b18d3682.html>.

⁵⁵ Véase ACNUR, “*Directrices sobre víctimas de trata*”. Véase también: UNICEF, *Directrices sobre protección de niños víctimas de trata*, octubre de 2006, en inglés http://www.unicef.org/ceecis/0610-Unicef_Victims_Guidelines_en.pdf, que hacen referencia a la condición de refugiado para niños que han sido tratados.

⁵⁶ Estas razones incluyen, pero no se limitan a, trabajo infantil forzado, saldo de deudas, explotación sexual, reclutamiento por fuerzas o grupos armados, y adopciones irregulares. Las niñas, en especial, pueden ser víctimas de trata para propósitos de explotación sexual o matrimonios arreglados, mientras los niños pueden tener particularmente el riesgo de ser víctimas de trata para varias formas de trabajo forzado.

⁵⁷ Para una definición del alcance de la “trata de personas”, ver los siguientes instrumentos internacionales y regionales: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15 de noviembre de 2000, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1305.pdf>, en especial el artículo 3; Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, STCE No. 197, 16 de mayo de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6020.pdf>.

⁵⁸ Para un análisis detallado del marco de los derechos humanos relacionados con la trata de niños, ver UNICEF, *Manual de Implementación*, op. cit., en particular páginas 531-542.

⁵⁹ ACNUR, *Directrices sobre víctimas de trata*, op. cit., párrafos 17-18.

de los padres del niño, u otros familiares o de las personas encargadas de su cuidado en el arreglo de la trata o el consentimiento a ello. En estos casos, la capacidad del Estado y la voluntad de proteger al niño debe evaluarse con cuidado. Los niños en riesgo de ser de nuevo víctimas de trata o considerados como sujetos de graves represalias deben ser considerados de tener un fundado temor de persecución en el sentido de la definición de refugiado.

29. Además de la trata, otras formas peores de trabajo, como la esclavitud, las deudas por servidumbre y otras formas de trabajo forzado; así como la utilización de los niños en la prostitución, pornografía y en actividades ilícitas (por ejemplo, el tráfico de drogas) son prohibidas por el derecho internacional.⁶⁰ Tales prácticas representan violaciones graves a los derechos humanos y, por lo tanto, serían consideradas persecución, aunque sea perpetrada de manera independiente o como parte de una experiencia de trata.

30. El derecho internacional también prohíbe el trabajo que es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad del niño, también conocido como “trabajo peligroso”.⁶¹ Para determinar si el trabajo es peligroso se debe considerar las siguientes condiciones de trabajo: trabajo que exponga a los niños a violencia física o mental; trabajo que se desarrolle de manera clandestina, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios reducidos; trabajo que involucre equipo peligroso o manipulación manual de cargas pesadas; largas jornadas de trabajo y en un ambiente insalubre.⁶² El trabajo realizado por un niño bajo la edad mínima designada para un tipo de trabajo en particular y considerado que inhibe la educación del niño y su desarrollo completo está prohibido también de acuerdo con las normas internacionales.⁶³ Tales formas de trabajo pueden equivaler a persecución, de acuerdo a cada valoración particular de la experiencia del niño, su edad u otras circunstancias. La persecución, por ejemplo, puede ser que surja donde un niño pequeño es obligado a ejecutar trabajo dañino que ponga en peligro su salud física y/o mental y su desarrollo.

iii. Mutilación Genital Femenina

31. Todas las formas de MGF⁶⁴ son consideradas dañinas y violan una serie de derechos humanos,⁶⁵ como afirma la jurisprudencia internacional y nacional y la doctrina legal. Muchas jurisdicciones han reconocido que la MGF causa un grave daño equivalente a la persecución.⁶⁶ Como la práctica afecta desproporcionalmente a las niñas⁶⁷ esta puede ser considerada como una forma específica de persecución a las niñas. Para información adicional

⁶⁰ Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, art. 3 (a-c).

⁶¹ *Ibid*, art. 3 (d).

⁶² *Ibid*, art. 4 conjuntamente con OIT, R 190 Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/singles.pl?query=021999190@ref&chspec=02>, en 3 y 4.

⁶³ OIT Convenio sobre la edad mínima, art. 2.

⁶⁴ La MGF comprende todos los procedimientos que incluyen la extirpación parcial o total de los genitales femeninos externos u otra lesión a los órganos genitales femeninos practicada por razones que no son médicas. Véase además, OACDH. ONUSIDA, *et al.*, *Eliminación de la mutilación genital femenina: Una declaración entre organismos*, febrero de 2008, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47c6aa6e2.html>.

⁶⁵ Esto incluye el derecho a la vida, la protección contra la tortura y el trato, cruel, inhumano o degradante, para proteger de la violencia física y mental así como el derecho al más alto estándar posible de salud.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, *Mlle Diop Aminata*, 164078, Comisión de Apelaciones de Refugiados (en adelante “CRR, por sus siglas en francés”), Francia, 17 de julio de 1991, en francés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7294.html>; *Khadra Hassan Farah, Mahad Dahir Buraleh, Hodan Dahir Buraleh*, Canadá, IRB, por sus siglas en inglés, 10 de mayo de 1994, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b70618.html>; *In re Fauziya Kasinga*, 3278, Consejo de Apelaciones de Inmigración de los Estados Unidos (en adelante “BIA, por sus siglas en inglés”), 13 de junio de 1996, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47bb00782.html>.

⁶⁷ La MGF generalmente es llevada a cabo en niñas hasta los 15 años de edad, aunque las niñas mayores y las mujeres pueden también ser sometidas a esta práctica.

sobre la MGF en el contexto de la determinación de la condición de refugiado, ver las Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina, del ACNUR.⁶⁸

iv. Violencia doméstica contra los niños

32. Toda violencia contra los niños, incluyendo la física, psicológica y la violencia sexual, mientras se encuentran a cargo de sus padres u otros, está prohibida por la CDN.⁶⁹ La violencia contra los niños puede ser perpetrada en la esfera privada por aquellos que están relacionados por vínculos sanguíneos, intimidad o por ley.⁷⁰ Aunque frecuentemente se lleva a cabo en nombre de la disciplina, es importante tener presente que la crianza y el cuidado de los niños, que constantemente demandan acciones físicas e intervenciones para proteger al niño, es bastante distinto del uso deliberado y punitivo de la fuerza para causar dolor o humillación.⁷¹ Ciertas formas de violencia, en especial contra los niños más pequeños, puede causar daño permanente e incluso la muerte, aunque los perpetradores no quieran causar dicho daño.⁷² La violencia en el hogar puede causar un impacto particularmente significativo en los niños, porque frecuentemente no tienen otro medio de apoyo.⁷³

33. Algunas jurisdicciones han reconocido que ciertos actos físicos, sexuales y mentales son formas de violencia doméstica que pueden ser consideradas persecución.⁷⁴ Ejemplos de tales actos incluyen: palizas, abuso sexual en los hogares, incesto, prácticas tradicionales dañinas, delitos cometidos en nombre del honor, matrimonios tempranos y forzados, violación y violencia relacionada con la explotación sexual comercial⁷⁵. En algunos casos, la violencia mental puede ser tan perjudicial para la víctima como el daño físico y puede equivaler a persecución. Esa violencia puede incluir formas graves de humillación, acoso, abuso, los efectos de aislamiento y otras prácticas que cause o puede resultar en daño psicológico.⁷⁶ La violencia doméstica puede también presentarse dentro del alcance de tortura y otro trato cruel, inhumano y degradante o castigo.⁷⁷ Se requiere un nivel mínimo de gravedad para que esto se constituya persecución. Cuando se valora el nivel de gravedad del daño, un número de factores: como la frecuencia, patrones, duración e impacto en la necesidad particular del niño debe ser tomado en cuenta. La edad del niño y la dependencia con el perpetrador así como sus efectos a largo plazo en su desarrollo físico, psicológico y el bienestar del niño, también tienen que considerarse.

⁶⁸ ACNUR, *Guías sobre la MGF*, op. cit.

⁶⁹ CDN, arts. 19, 37.

⁷⁰ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1286.pdf>, art. 2 (a).

⁷¹ Véase CRN, *Observación General No. 8 (2006): El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, 2 de marzo de 2007 (en adelante: “CRC, *Observación General No. 8*”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5546.pdf>, párrafos 13-14, 26.

⁷² Estudio de la ONU sobre la violencia contra los niños, op. cit., párrafo 40.

⁷³ Véase además UNICEF, *La Violencia Doméstica contra Mujeres y Niñas*, Innocenti Digest No. 6, 2000, <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf>.

⁷⁴ Véase ACNUR, *Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas*, enero de 2008, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7137.pdf>, páginas 142-144. Véase también, por ejemplo, *Rosalba Aguirre-Cervantes a.k.a. María Esperanza Castillo c. Servicios de Inmigración y Naturalización*, Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito de los Estados Unidos, 21 de marzo de 2001, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f37adc24.html>.

⁷⁵ La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Resolución de Derechos Humanos 2005/41: La eliminación de la violencia contra la mujer, E/CN.4/RES/2005/41, 19 de abril de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3447.pdf>, párrafo 5.

⁷⁶ CRC, *Observación General No. 8*, op. cit., párrafo 11. Ver también Estudio de la ONU sobre la violencia en contra de los niños, op. cit. párrafo 42; UNICEF, *La Violencia Doméstica contra Mujeres y Niñas*, op. cit., páginas 2-4.

⁷⁷ CRC, *Observación General No. 8*, op. cit., párrafo 12; Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/7/3, 15 de enero de 2008, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6076.pdf>, párrafos 45-49.

v. Violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales

34. El disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es fundamental para la sobrevivencia y desarrollo de los niños.⁷⁸ El Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha establecido que:

“... que el derecho a la supervivencia y el desarrollo sólo pueden realizarse de una forma integral, mediante la observancia de todas las demás disposiciones de la Convención, incluidos los derechos a la salud, la nutrición adecuada, la seguridad social, un nivel adecuado de vida, un entorno saludable y seguro, la educación y el juego...”⁷⁹

Mientras que la CDN y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 contemplan la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, estos instrumentos imponen varias obligaciones a los Estados Partes que son de efectos inmediatos.⁸⁰ Estas obligaciones incluyen evitar la adopción de medidas retrógradas, satisfaciendo un mínimo de elementos esenciales de cada derecho y asegurando la no discriminación en el disfrute de esos derechos.⁸¹

35. La violación de un derecho económico, social o cultural puede equivaler a persecución cuando los elementos esenciales mínimos de tal derecho no se realizan. Por ejemplo, la denegación del derecho de los niños de la calle a un nivel de vida adecuado (incluyendo el acceso a la comida, agua y vivienda) puede llevar a una situación intolerable que amenaza el desarrollo y la sobrevivencia de ese niño. De manera similar, la denegación del tratamiento médico, especialmente cuando el niño concernido sufre de una enfermedad muy grave, puede equivaler a persecución.⁸² La persecución puede también ser establecida a través de la acumulación de una serie de violaciones de menor gravedad.⁸³ Esto puede, por ejemplo, ser un caso donde niños con discapacidades o apátridas carecen de acceso al registro de nacimiento y, como resultado, son excluidos de la educación, atención médica y otros servicios.⁸⁴

⁷⁸ CDN, art. 6.2.

⁷⁹ CRC, *Observación general No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006 (en adelante: “CRC, *Observación general No. 7*”), en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/460bc5a62.html>, párrafo 10.

⁸⁰ Ver CESCR, *Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1452.pdf>, párrafo 1; CRC, *Observación General No. 5*, párrafo 6.

⁸¹ Véase Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Nota verbal, de fecha 5 de diciembre de 1986, dirigida al Centro de Derechos Humanos por la Misión Permanente de los Países Bajos ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra (“Principios de Limburg”), 8 de enero de 1987, E/CN.4/1987/17 en B.16, 21-22, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5790.html>; Comisión Internacional de Juristas, Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 26 de enero de 1997, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5730.html>, en II.9 y 11.

⁸² Véase, por ejemplo, *RRT Caso No. N94/04178*, N94/04178, Australia, Tribunal de Revisión para Refugiados (en adelante: “RRT, por sus siglas en inglés”), 10 de junio de 1994, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6300.html>.

⁸³ ACNUR, *Manual*, párrafo 53. Ver también Canadá (*Ciudadanía e Inmigración*) c. Oh, 2009 FC 506, Canadá, Tribunal Federal, 22 de mayo de 2009, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a897a1c2.html>, en 10.

⁸⁴ Ver el *Caso de las niñas Yean y Bosico v. La República Dominicana*, Corte IDH, 8 de septiembre de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3794.pdf>. Dos niñas de origen haitiano a quienes se les denegó el derecho de nacionalidad y educación porque, entre otros asuntos, ellas no tenían su certificado de nacimiento; *El Caso del "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay*, Corte IDH, 2 de septiembre de 2004, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=4b17bb332>. El tribunal consideró que la ausencia de grupos severamente marginados con acceso a servicios básicos de atención de la salud constituye una violación de los derechos a la vida del ACDH. Ver también, CRC, *Observación General No. 7*, párrafo 25; CRC, *Observación General No. 9* (2006): *Los derechos de los niños*

36. Medidas discriminatorias pueden equivaler a persecución, cuando conducen a consecuencias de naturaleza sustancialmente perjudicial para el niño en cuestión.⁸⁵ Los niños que carecen de cuidado y apoyo de un adulto, que son huérfanos, abandonados o rechazados por sus padres, y que escapan de la violencia de sus hogares pueden ser especialmente afectados por tales formas de discriminación. Mientras que es claro que no todos los actos de discriminación que conducen a la privación de los derechos económicos, sociales y culturales son necesariamente equiparados con persecución, es importante valorar las consecuencias de esos actos para cada niño en cuestión, ahora y en el futuro. Por ejemplo, tener en cuenta la importancia fundamental de la educación y el impacto significativo que la denegación de ese derecho puede tener para el futuro del niño, un daño grave puede surgir si a un niño se le deniega en forma sistemática el acceso a la educación.⁸⁶ La educación para niñas puede no ser tolerada por la sociedad,⁸⁷ o la asistencia escolar puede ser inaguantable para el niño debido al daño experimentado por motivos raciales o étnicos.⁸⁸

b) Agentes de persecución

37. En las solicitudes de asilo de los niños, frecuentemente el agente de persecución es un actor no estatal. Esto puede incluir grupos militarizados, pandillas delictivas, padres u otras personas encargadas del cuidado, líderes comunitarios y religiosos. En estas situaciones, la valoración del fundado temor debe incluir consideraciones tales como, si el Estado no puede o no quiere proteger a la víctima.⁸⁹ El hecho de que el Estado o sus agentes hayan tomado acciones suficientes o no para proteger al niño, deberá evaluarse caso por caso.

38. La evaluación dependerá no sólo de la existencia de un sistema legal que penalice y estipule sanciones para la conducta persecutoria. También depende de si las autoridades aseguren que tales incidentes sean efectivamente investigados y que los responsables sean identificados y sancionados adecuadamente.⁹⁰ Por lo tanto, la promulgación de legislación

con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007 (en adelante “CRC, Observación General No. 9”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6959.pdf>, párrafos 35-36.

⁸⁵ ACNUR, “Manual” párrafo 54.

⁸⁶ Ver RRT Caso No. V95/03256, [1995] RRTA 2263, Australia, RRT, 9 de octubre de 1995, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b17c13a2.html>, donde el Tribunal encontró que la “denegación discriminatoria del acceso a la educación primaria es denegar un derecho fundamental que equivale a persecución.” (traducción libre) en 47.

⁸⁷ Ver Ali c. Ministerio de Inmigración y Ciudadanía, IMM-3404-95, Canadá, IRB, 23 de septiembre de 1996, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b18e21b2.html>, que concierne a una niña de 9 años de edad de Afganistán. El tribunal concluyó que “La educación es un derecho humano básico y le ordenó al Consejo que se determine que es una refugiada amparada por la Convención.” (traducción libre).

⁸⁸ Resoluciones tanto en Canadá como en Australia aceptaron que el hostigamiento y el acoso a un niño en edad escolar puede equivaler a persecución. Ver, por ejemplo, resoluciones VAI-02828, VAI-02826, VAI-02827 y VAI-02829, Canadá, IRB, 27 de febrero de 2003, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b18e03d2.html>, párrafo 36; RRT Caso No. N03/46534, [2003] RRTA 670, Australia, RRT, 17 de julio de 2003, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b17bfd62.html>.

⁸⁹ Véase CDN, art. 3, que impone un deber a los Estados Partes de asegurar la protección y el cuidado de los niños en relación con las acciones de los actores estatales y privados; CADH, artículos 17 y 19; Carta Africana, artículos 1(3), 81. Véase también ACNUR “Manual”, párrafo 65; ACNUR, *Directrices sobre persecución por motivos de género*, párrafo 19; *Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, solicitada por Corte IDH, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1687.pdf>.

⁹⁰ Véase, por ejemplo, *El Caso Velásquez Rodríguez*, Series C, No. 4, Corte IDH, 29 de julio de 1988, párrafo 174, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1269.pdf>; *M.C. c. Bulgaria, Demanda No. 39272/98*, ECtHR, 3 de diciembre de 2003, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47b19f492.html>. Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, Recomendaciones Generales Nos. 19 y 20, adoptadas en la 11ª Sesión, 1992 contenida en el documento A/47/38), 1992, Recomendación General No. 19 en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453882a422.html>, párrafo 9 y recomendación No. 20 en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>; Comisión de Derechos Humanos de la ONU, La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer. Informe de la

prohibiendo o denunciando la práctica persecutoria contra los niños, en sí misma, no es suficiente prueba para rechazar una solicitud de la condición de refugiado de un niño.⁹¹

39. El acceso de los niños a la protección del Estado también depende de la capacidad y voluntad de los padres del niño, de otro encargado principal de su cuidado o de su tutor para ejercer sus derechos y obtener la protección en nombre del niño. Esto puede incluir el presentar una queja con la policía, con las autoridades administrativas o las instituciones de servicio público. Sin embargo, no todo niño tendrá a un adulto que pueda representarle como es el caso, por ejemplo, cuando el niño es no acompañado o huérfano, o cuando el padre o la madre, otro encargado principal de su cuidado o el tutor es el agente de persecución. Es importante recordar que, debido a su corta edad, los niños pueden no ser capaces de aproximarse a los policías o expresar su miedo o queja de la misma forma que los adultos. Los niños pueden más fácilmente ser rechazados o no ser seriamente escuchados por los oficiales en cuestión, y los oficiales mismos pueden carecer de las habilidades necesarias para entrevistar y escuchar a los niños.

c) Los motivos de la Convención de 1951

40. Al igual que con las solicitudes de la condición de refugiado de los adultos, es necesario establecer si el niño tiene o no un fundado temor de persecución vinculado a uno o más de los cinco motivos enumeradas en el artículo 1A (2) de la Convención de 1951. Es suficiente que el motivo de la Convención sea el factor relevante de la persecución, pero no es necesario que sea la única, o incluso la causa dominante.

Raza, nacionalidad u origen étnico

41. En muchos contextos, el origen de las solicitudes de asilo de niños, se da por causa de su raza, nacionalidad u origen étnico. Las políticas que niegan que niños de una particular raza o etnia, tengan el derecho a una nacionalidad o el registro de su nacimiento⁹² o que niegan a los niños de un grupo étnico particular su derecho a la educación o a los servicios de salud pueden estar en esta categoría. Este motivo de la Convención será aplicado similarmente a las políticas que tienen el objetivo de separar a los niños de sus padres sobre la base de determinado origen racial, étnico o indígena. El uso sistemático de niñas pertenecientes a determinadas minorías étnicas, para ser violadas, víctimas de trata o reclutadas para fuerzas o grupos armados también puede ser sujeto de análisis dentro de este motivo de la Convención.

Religión

42. Al igual que en el caso de los adultos, las creencias religiosas de los niños o el negarse a tales creencias puede poner al niño en riesgo de persecución. Para establecer el motivo de la Convención, no es necesario que el niño sea un practicante activo. Es suficiente que el niño

Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Yakin Ertürk, E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4169.pdf>.

⁹¹ ACNUR, *Directrices sobre la persecución por motivos de género*, párrafo 11.

⁹² Declaración Universal de los Derechos Humanos, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0013.pdf>, artículo 15; ICCPR, artículos 24(2) y (3); CDN, artículo 7.

sea percibido como que tiene cierta creencia religiosa, o que pertenece a una secta o grupo religioso, a causa de las creencias religiosas de sus padres.⁹³

43. Los niños tienen limitada influencia, si es que hay alguna, sobre la religión a la que ellos pertenecen u observan y el pertenecer a una religión puede ser casi tan innata como la propia etnia o raza. En algunos países, la religión asigna funciones específicas o establece el comportamiento de los niños. Como consecuencia, si el niño no cumple su función asignada o se rehúsa a acatar el código religioso y es castigado como consecuencia, el niño puede tener fundado temor de persecución sobre la base de la religión.

44. Los motivos de persecución relacionados con el rechazo de un niño a adherirse a los roles de género prescritos, pueden también ser analizados en virtud de este motivo. Las niñas, en particular, pueden ser afectadas por la persecución por motivo de la religión. Las adolescentes pueden ser obligadas a desempeñar funciones tradicionales de esclavas o brindar servicios sexuales. Ellas también pueden ser obligadas a sufrir la MGF o ser castigadas por crímenes de honor en nombre de la religión.⁹⁴ En otros contextos, los niños - ambos niños y niñas - pueden especialmente ser blanco para unirse a grupos o fuerzas armadas de un Estado en base a religión o ideologías relacionadas.

Opinión política

45. La aplicación del motivo de la Convención de “opinión política” no está limitada a solicitantes adultos. La solicitud basada en opinión política presupone que el solicitante tenga, o se asume que tenga, opiniones no toleradas por las autoridades o la sociedad y que son críticos de las políticas generalmente aceptadas, las tradiciones o métodos. Si el niño es capaz o no de tener una opinión política es una cuestión de hecho y debe ser determinada por la valoración del nivel de madurez y desarrollo del niño, su nivel de educación, así como su capacidad para expresar esas opiniones. Es importante reconocer que los niños pueden ser políticamente activos y tener opiniones políticas particulares, independientemente de los adultos, por las cuales pueden temer ser perseguidos. Muchos movimientos de liberación o de protesta están dirigidos por estudiantes activistas, incluyendo escolares. Por ejemplo, los niños pueden estar involucrados en distribución de panfletos, participando en demostraciones, actuando como mensajeros o ligados a actividades subversivas.

46. Además, los puntos de vista o las opiniones de los adultos, como el de los padres, pueden ser imputados a sus hijos por las autoridades o por los actores no-estatales.⁹⁵ Este puede ser el caso incluso si el niño no puede expresar las opiniones políticas o las actividades de sus padres, incluyendo donde el padre deliberadamente no revele la información al niño para protegerle. En tales circunstancias, estos casos deben ser analizados no sólo de acuerdo al motivo de la opinión política sino también en términos del motivo de la pertenencia a determinado grupo social (en este caso, la “familia”).

⁹³ ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional, Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/GIP/04/06, 28 de abril de 2004 (en adelante: “ACNUR, *Directrices sobre persecución por motivos religiosos*”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2570.pdf>.

⁹⁴ *Ibid*, párrafo 24.

⁹⁵ Ver el Asunto de *Timnit Daniel y Simret Daniel*, A70 483 789 & A70 483 774, EE.UU. BIA, 31 de enero de 2002 (no publicado, la resolución no establece un precedente). El Tribunal consideró que la noción “que los demandados eran muy jóvenes para tener una opinión política real es irrelevante; es suficiente que los oficiales creyeran que ellos apoyan el EPLF, por sus siglas en inglés.” (traducción libre).

47. Los motivos de opinión política y religión (imputados) pueden coincidir con frecuencia en las solicitudes de asilo de los niños. En ciertas sociedades, el rol asignado a las mujeres y niñas puede ser atribuible a los requisitos del Estado o la religión oficial. Las autoridades u otros agentes de persecución pueden percibir la negativa de la niña de cumplir con su rol, como una negativa a practicar o mantener determinadas creencias religiosas. Al mismo tiempo, el incumplimiento podría ser interpretado como sostener una opinión política inaceptable que amenaza estructuras de poder fundamentales. Este puede ser especialmente el caso en sociedades donde existe poca separación entre la religión y las instituciones del Estado, leyes y doctrinas.⁹⁶

Pertenencia a determinado grupo social

48. Las solicitudes de los niños de la condición de refugiado se han analizado, con frecuencia, en el contexto del motivo de la Convención de “pertenencia a determinado grupo social”, aunque se puede aplicar cualquiera de los motivos de la Convención. Como se indica en las Directrices del ACNUR:

“un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos.”⁹⁷

49. Aunque la edad, en términos estrictos, ni es innata ni permanente porque cambia continuamente, ser un niño es en efecto una característica inmutable en cualquier momento dado. El niño claramente no puede desligarse de su edad con el fin de evitar la temida persecución.⁹⁸ El hecho que eventualmente el niño se hará mayor es irrelevante para la identificación de un determinado grupo social, ya que se basa en los hechos que se presentaron en la solicitud de asilo. Ser un niño es directamente relevante para su propia identidad, tanto para los ojos de la sociedad como desde la perspectiva individual del niño. Muchas políticas de gobierno son dirigidas o relacionadas a la edad, como por ejemplo, la edad para el servicio militar obligatorio, la edad para el consentimiento sexual, la edad de matrimonio, o la edad para comenzar y terminar la escuela. Los niños también comparten muchas características generales, como la inocencia, relativa inmadurez, impresionabilidad y capacidades de evolución. En muchas sociedades, los niños son diferenciados de los adultos ya que se entiende que ellos requieren atención o cuidado especial, y se refieren a ellos por una gama de descripciones usadas para identificar o etiquetarlos, como “jóvenes”, “bebés”, “niños”, “niñas” o “adolescentes”. La identificación de grupos sociales también puede ser

⁹⁶ ACNUR, *Persecución por motivos de género*, op. cit. párrafo 26.

⁹⁷ ACNUR, *Directrices sobre la protección internacional No 2: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967* HCR/GIP/02/02, 7 de mayo de 2002, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1754.pdf>, párrafo 11.

⁹⁸ Ver asunto de *S-E-G, et al.*, 24 I&N Dec. 579 (BIA 2008), EE. UU. BIA, 30 de julio de 2008, en inglés <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4891da5b2.html>, señaló que “nosotros reconocemos que la mutabilidad de la edad no depende de nuestro control, y si un individuo ha sido perseguido en el pasado a causa de su edad que define un determinado grupo social, o se enfrenta a ese tipo de persecución en un momento en que la edad de ese individuo lo colocaba dentro del grupo, la solicitud de asilo puede seguir siendo cognoscible.” (traducción libre). (p. 583); LQ (*Edad: Característica Inmutable*) *Afganistán c. Secretario de Estado del Departamento del Interior*, [2008] U.K. AIT 00005, 15 de marzo de 2007, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a04ac32.html>, considerando que el solicitante, “aunque, asumiendo que sobrevive, él a su debido tiempo dejará de ser niño, él será inmutablemente un niño al momento de realizar la evaluación” (traducción libre) en 6; *Resolución V99-02929*, V99-02929, Canadá, IRB, 21 de febrero de 2000, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b18e5592.html>, que consideró que: “la vulnerabilidad de los niños surge como resultado de su condición de menor. Su vulnerabilidad como un menor es una característica innata e inmutable, a pesar de que el niño se convertirá en un adulto”.

valorada por el hecho de que los niños comparten una experiencia de construcción social común, como el ser abusados, abandonados, empobrecidos o desplazados internos.

50. Una serie de agrupaciones de niños, por lo tanto pueden ser la base de las solicitudes de la condición de refugiado bajo el motivo de “pertenencia a determinado grupo social”. Así como las “mujeres” han sido reconocidas como un determinado grupo social en varias jurisdicciones, los “niños” o un subconjunto más pequeño de niños pueden también constituir un determinado grupo social.⁹⁹ La edad y otras características pueden dar lugar a grupos como el de los “niños abandonados”,¹⁰⁰ “niños con discapacidad”, “huérfanos”, o niños nacidos fuera de políticas coercitivas de planificación familiar o de matrimonios no autorizados, también se les conoce como “niños ilegales o clandestinos” y en inglés como “*black children*”.¹⁰¹ La familia de los solicitantes también puede constituir un grupo social relevante.¹⁰²

51. La pertenencia del solicitante en un grupo social basado en la niñez, no necesariamente dejan de existir sólo porque su niñez termina. Las consecuencias de haber pertenecido previamente a ese grupo social pueden no terminar, incluso, si el factor principal de tal identidad (que es, la corta edad del solicitante) ya no es más aplicable. Por ejemplo, una experiencia pasada puede ser una característica que es inmutable e histórica y puede sustentar la identificación de grupos como los “antiguos niños soldados”¹⁰³ o “niños tratados” para efectos de un temor de futura persecución.¹⁰⁴

52. Algunos de los grupos sociales más destacados incluyen los siguientes:

- i. **Niños de la calle** deben de considerarse un determinado grupo social. Los niños viviendo y/o trabajando en las calles están entre los más visibles de todos los niños, identificados con frecuencia por la sociedad como marginados sociales. Ellos comparten las características comunes de su juventud y tienen las calles como su casa y/o su fuente de medios de vida. Especialmente para los niños que han crecido en estas situaciones, su estilo de vida es fundamental para su identidad y con frecuencia difícil de cambiar. Muchos de estos niños han adoptado el término “niños de la calle” ya que les ofrece un sentido de identidad y pertenencia mientras ellos pueden vivir

⁹⁹ En *In re Fauziya Kasinga*, op. cit., sostuvo que las “mujeres jóvenes” pueden constituirse en un determinado grupo social.

¹⁰⁰ En *V97-03500*, División para la Determinación de Refugiados de la Convención, Canadá, 31 de mayo de 1999, se aceptó que los niños abandonados en México pueden ser un determinado grupo social. (Un resumen está disponible en inglés en http://www2.irb-cisr.gc.ca/en/decisions/reflex/index_e.htm?action=article.view&id=1749). Véase también RRT *Caso No. 0805331*, [2009] RRTA 347, Australia, RRT, 30 de abril de 2009, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a2681692.html>, donde el Tribunal sostuvo que el solicitante (un niño de dos años de edad) era de un determinado grupo social “hijos de los disidentes perseguidos”.

¹⁰¹ Esto ha sido afirmado en varias resoluciones en Australia. Véase, por ejemplo, *Chen Shi Hai*, op. cit. y más recientemente en RRT *Caso No 0901642*, [2009] RRTA 502, Australia, RRT, 3 de junio de 2009, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a76ddb2.html>.

¹⁰² Véase *Aguirre-Cervantes*, op.cit., donde el Tribunal consideró que “la pertenencia familiar es claramente una característica inmutable, fundamental para la propia identidad” (traducción libre), y señaló que “la prueba indiscutible demuestra que el objetivo del Sr. Aguirre era el de dominar y perseguir miembros de su familia inmediata.” (traducción libre).

¹⁰³ En *Lukwago c. Ashcroft, Fiscal General*, 02-1812, Tribunal de Apelaciones del 3er. Circuito de EE. UU, 14 de mayo de 2003 en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a7078c3.html>, el Tribunal Corte consideró que “los miembros de un grupo de antiguos niños soldados que se escaparon del cautiverio de LRA se ajusta precisamente en el reconocimiento propio de la BIA de que una experiencias pasada y compartida puede ser suficiente para vincular a los miembros de un determinado grupo social.” (traducción libre).

¹⁰⁴ ACNUR, *Directrices sobre víctimas de la trata*, párrafo 39. Véase también, RRT *Caso No N02/42226*, [2003] RRTA 615, Australia, RRT, 30 de junio de 2003, en inglés <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b17c2b02.html>, que concierne a una joven mujer de Uzbekistán. El grupo identificado fue: “Mujeres de Uzbekistán forzadas a la prostitución en el extranjero, por haber sido percibidas como transgresoras de algún tipo de costumbre social” (traducción libre).

y/o trabajar en las calles por una serie de razones. Ellos también pueden compartir experiencias pasadas como la violencia doméstica, abuso sexual, y explotación o ser huérfanos o abandonados.¹⁰⁵

- ii. **Los niños afectados por el VIH/SIDA**, incluyendo ambos los que son VIH-positivo y los que tienen un padre VIH-positivo u otro familiar, también puede considerarse como un determinado grupo social. El hecho de ser VIH-positivo existe independientemente de la persecución de la cual ellos puedan sufrir como consecuencia de su estado serológico. Su condición o la de su familia puede diferenciarlos y, aunque sea manejable y/o tratable, su condición es en general inmutable.¹⁰⁶
- iii. Cuando los niños son escogidos como objetivo para **reclutamiento o utilizados por una fuerza o grupo armado**, ellos pueden formar un determinado grupo social, debido a la innata e incambiable naturaleza de su edad así como al hecho de que ellos son percibidos como un grupo por la sociedad en donde viven. Como en el caso de los adultos, el niño que evade el reclutamiento, deserta o de otra manera rechaza el ser asociado con una fuerza armada puede ser percibido como teniendo una opinión política en cuyo caso el vínculo con el motivo de la Convención de opinión política puede también ser establecido.¹⁰⁷

d) **La alternativa de “huída” interna o “reubicación”**

53. Una valoración del tema de la alternativa de huída interna contiene dos partes: la pertinencia de tal investigación y la razonabilidad de cualquier zona propuesta para la reubicación interna.¹⁰⁸ El interés superior del niño debe ser considerado tanto en la valoración de la pertinencia como de la razonabilidad.

54. Como en el caso de los adultos, la reubicación interna es solamente **pertinente** cuando el solicitante puede acceder de manera práctica, segura y legalmente al lugar de reubicación.¹⁰⁹ En particular con respecto a la persecución por motivos de género, como el caso de la violencia doméstica y la MGF que típicamente son perpetradas por actores privados, la falta de protección efectiva del Estado en una parte del país puede ser un indicador de que el Estado también pueda o no quiera dar protección al niño en cualquier otra parte del país.¹¹⁰ Si el niño es reubicado, por ejemplo, de una zona rural a una urbana, el riesgo de protección en el lugar de reubicación también es necesario evaluarlo cuidadosamente, teniendo en cuenta la edad y capacidad del niño.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, el asunto *de B-F-O-*, A78 677 043, U.S. BIA, 6 de noviembre de 2001 (no publicado, resolución sin precedente). El tribunal consideró que el solicitante, quien era un niño de la calle abandonado, tenía un fundado temor de persecución basado en la pertenencia a determinado un grupo social. Véase también, LQ (*Edad: Característica Inmutable*) *Afganistán c. Secretario de Estado del Departamento del Interior*, op. cit., el tribunal consideró que el temor del solicitante al daño como un niño huérfano y de la calle “sería como resultado de su pertenencia a una parte de un grupo con el que comparte una característica inmutable y que constituyen para los efectos de la Convención de Refugiados un determinado grupo social.” (traducción libre) en 7.

¹⁰⁶ Véase además, CRC, *Observación General No. 3: El VIH/SIDA y los Derechos del Niño*, 17 de marzo de 2003, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4279.pdf>.

¹⁰⁷ ACNUR, *Manual*, párrafos: 169-171; ACNUR, *Directrices sobre persecución por motivos religiosos*, párrafos 25-26.

¹⁰⁸ ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 4: La “alternativa de huída interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/GIP/03/04, 23 de julio de 2003, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2551.pdf>.

¹⁰⁹ *Ibid*, párrafo 7.

¹¹⁰ *Ibid*, párrafo 15.

55. En los casos donde la alternativa de huída interna o reubicación es considerada pertinente, un lugar propuesto para esta alternativa puede ser **razonable** en el caso de un adulto pero puede no serlo en el caso de un niño. La “prueba de la razonabilidad” es aquella que es específica al solicitante y no relacionada con una hipotética “persona razonable”. La edad y el interés superior del niño están entre los factores que deben ser considerados en la valoración de la viabilidad de un lugar propuesto para la reubicación interna.¹¹¹

56. En el caso de los niños no acompañados quienes retornarán a su país de origen sin miembros de su familia o el apoyo de otro adulto, se debe prestar especial atención si la reubicación es o no razonable. Por ejemplo, la alternativa de huída interna o reubicación, serían inapropiadas en los casos donde los niños no acompañados no tienen parientes conocidos viviendo en el país de origen o dispuestos a apoyarlos y cuidarlos y se propone que sean reubicados a vivir solos sin la atención y asistencia adecuada del Estado. Lo que es simplemente inconveniente para un adulto puede ser excesivamente difícil para un niño, particularmente en la ausencia de algún amigo o relación.¹¹² Tal reubicación puede violar el derecho humano a la vida, sobrevivencia y desarrollo, el principio del interés superior del niño, y el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos.¹¹³

57. Si la única opción disponible de reubicación es la de colocar al niño a cargo de cuidado institucional, se necesitará llevar a cabo una evaluación adecuada del cuidado, la salud y las facilidades educativas que serían proporcionadas y con respecto a la perspectiva de vida a largo plazo de los adultos que fueron institucionalizados cuando eran niños.¹¹⁴ El tratamiento así como las percepciones sociales y culturales de huérfanos y otros niños en el cuidado institucionalizado, debe evaluarse cuidadosamente dado que esos niños pueden ser sujetos de desaprobación social, prejuicios o abusos, volviendo así el lugar propuesto para la reubicación no razonable en circunstancias particulares.

e) **La aplicación de cláusulas de exclusión a los niños**

58. Las cláusulas de exclusión contenidas en el artículo 1F de la Convención de 1951, disponen que ciertos actos son tan graves que hacen que sus perpetradores no merezcan de la protección internacional como refugiados.¹¹⁵ Dado que el artículo 1F tiene por objeto el

¹¹¹ Ibid, párrafo 25. Ver también factores en la CRC, *Observación General No. 6*, párrafo 84, sobre Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Aunque redactado teniendo en mente un contexto diferente, estos factores son igualmente relevantes para una evaluación de la alternativa de huída interna o reubicación.

¹¹² Véase, por ejemplo, *Elmi c. Ministerio de Inmigración y Ciudadanía*, Canadá, Corte Federal, No. IMM-580-98, 12 de marzo de 1999, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b17c5932.html>.

¹¹³ CDN, artículos. 3, 6 y 37. Véase también *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, Demanda No. 13178/03, ECTHR, 12 de octubre de 2006, en inglés en <http://unhcr.org/refworld/docid/45d5cef72.html>, que concierne el retorno (no a la reubicación interna) de una niña no acompañada de 5 años. La Corte fue “atacada por la falta de brindar una preparación, supervisión y salvaguardas adecuados para su deportación.” (traducción libre), señalando además que tales “condiciones fueron las causantes de su extrema ansiedad y demostró una falta total de humanidad hacia alguien de su edad y en su situación, de menor no acompañada, que equivale a un trato inhumano [violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos]”, (traducción libre) párrafos 66, 69.

¹¹⁴ Véase CRC, *Observación General No. 6*, párrafo 85. Véase también *Directrices Generales Inter-Agenciales*, op. cit., que señala que las instituciones de cuidado necesitan ser consideradas como último recurso, ya que “Las instituciones residenciales rara vez pueden ofrecer el cuidado que propicia el desarrollo y el apoyo que requiere un niño o niña y a menudo tampoco pueden siquiera cumplir con normas razonables de protección.” p. 26.

¹¹⁵ Véase, ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 5: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003, (en adelante: “ACNUR, *Directrices sobre exclusión*”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2554.pdf>; que establece una orientación legal interpretativa del ACNUR sobre las normas sustantivas y de procedimiento para la aplicación del artículo 1F; ACNUR, *Documento del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 4 de septiembre de 2003, (en adelante: “ACNUR, *Documento sobre Exclusión*”),

proteger la integridad del asilo, necesita ser aplicado “escrupulosamente”. Como toda excepción a las garantías de los derechos humanos, se requiere una interpretación restrictiva de las cláusulas de exclusión en vista de las graves consecuencias posibles de exclusión para el individuo.¹¹⁶ Las cláusulas de exclusión están exhaustivamente enumeradas en el artículo 1F, y no están permitidas reservas.¹¹⁷

59. La aplicación de las cláusulas de exclusión a los niños siempre necesitan ejercerse con gran cautela, en vista de las circunstancias particulares y vulnerabilidades de los niños. En el caso de niños pequeños, las cláusulas de exclusión pueden no aplicarse en absoluto. Cuando el niño es acusado de haber cometido delitos mientras sus propios derechos estaban siendo violados (por ejemplo, mientras estaban relacionados con fuerzas o grupos armados), es importante tener en cuenta que pueden haber también sido víctimas de delitos contra el derecho internacional y no sólo como perpetradores.¹¹⁸

60. Aunque las cláusulas de exclusión del artículo 1F no distinguen entre adultos y niños, el artículo 1F puede ser aplicado al niño sólo si ha alcanzado la edad de la responsabilidad penal como lo establece la ley internacional y/o nacional al momento de la comisión del acto excluible.¹¹⁹ Por consiguiente, un niño menor de esa edad mínima no puede ser considerado responsable de un acto excluible.¹²⁰ El artículo 40 de la CDN obliga a los Estados establecer una mínima edad para la responsabilidad penal, sin embargo aún no hay un reconocimiento universal del límite de edad.¹²¹ En distintas jurisdicciones, la edad mínima oscila de los 7 años a edades mayores, como las de 16 ó 18 años, mientras que los Estatutos del Tribunal Especial para Sierra Leona¹²² y la Corte Penal Internacional¹²³ establecen la edad límite en 15 y 18 años respectivamente.

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2552.pdf>; “ACNUR, *Declaración del ACNUR sobre el artículo 1F de la Convención de 1951*, julio de 2009, (en adelante: “ACNUR, Declaración sobre el artículo 1F”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7124.pdf>, y ACNUR, *Manual*, párrafos 140–163.

¹¹⁶ ACNUR, *Directrices sobre Exclusión*, párrafo 2; ACNUR *Documento sobre Exclusión*, párrafo 4. ACNUR, *Manual*, párrafo 149. Véase también Excom Conclusiones No. 82 (XLVIII), *La salvaguarda de la institución del asilo*, 17 de octubre de 1997, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0593.pdf>, párrafo (v); No. 102 (LVI) 2005, *Conclusión General sobre la protección internacional*, 7 de octubre de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3861.pdf>, párrafo (i); No. 103 (LVI), *Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección*, 7 de octubre de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3862.pdf>, párrafo (d).

¹¹⁷ ACNUR, *Directrices sobre Exclusión*, párrafo 3; ACNUR, *Documento sobre Exclusión*, párrafo 7.

¹¹⁸ Los Principios de París estipulan: “Los niños que han sido acusados de delitos según el derecho internacional supuestamente cometidos mientras estaban relacionados con grupos o fuerzas armadas deben ser considerados primero como víctimas de delitos contra el derecho internacional; no solo como perpetradores. Ellos tienen que ser tratados de acuerdo con el derecho internacional en el marco de justicia restaurativa y rehabilitación social, que concuerde con el derecho internacional que ofrece a los niños protección especial a través de numerosos acuerdos y principios.” (traducción libre) párrafo 3.6. También hay que señalar que el fiscal del SCSL (por sus siglas en inglés) decidió no procesar a los niños entre las edades de 15 a 18 años ya que ellos mismos fueron víctimas de delitos internacionales.

¹¹⁹ ACNUR, *Directrices de Exclusión*, párrafo 28.

¹²⁰ ACNUR, *Documento de Exclusión*, párrafo 91. Si la edad de responsabilidad delictiva es más alta en el país de origen que en el país de acogida, esto debe tomarse en cuenta a favor del niño.

¹²¹ El Comité de los Derechos del Niño insta a los Estados a no bajar la edad mínima a 12 años y señala que una edad mayor como los 14 ó 16 años, “...contribuye a que el sistema de la justicia de menores [...], trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales...”; véase CRC, *Observación General No. 10 (2007): Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5544.pdf>, párrafo 33. Véase también Asamblea General de la ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Las Reglas de Beijing”), A/RES/40/33, 28 de noviembre de 1985, http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_beijing.htm, estipula que “...el comienzo [de esa edad] no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”, art. 4.1.

¹²² Consejo de Seguridad de la ONU, El Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, 16 de enero de 2002, art. 7.

¹²³ Estatuto ICC, por sus siglas en inglés, art. 26.

61. En vista de las disparidades en el establecimiento de un mínimo de edad para la responsabilidad penal por los Estados y en las distintas jurisdicciones, la madurez emocional, mental e intelectual de cualquier niño necesitará ser evaluada, por encima del límite de edad nacional relevante para la responsabilidad penal, con el fin de determinar si el niño tiene la capacidad mental para ser considerado responsable de un delito contemplado en el alcance del artículo 1F. Tales consideraciones son particularmente importantes cuando el límite de edad es menor en la escala pero es relevante también si no hay prueba de la edad y no puede establecerse que el niño está, en o por encima, de la edad de responsabilidad penal. Cuando más joven es el niño, mayor es la presunción que la capacidad mental requerida no existió en el momento pertinente.

62. Como en cualquier análisis de exclusión, se debe realizar un análisis en tres etapas si hay indicios de que el niño ha estado involucrado en una conducta que puede dar lugar a la exclusión.¹²⁴ Este análisis requiere que: (i) los actos en cuestión sean evaluados de conformidad con los criterios de exclusión, teniendo en cuenta la naturaleza de los actos, así como el contexto y todas las circunstancias individuales en las que ocurrieron; (ii) se establecerá en cada caso, que el niño cometió un delito que está cubierto por uno de los párrafos del artículo 1F, o que el niño participó en la comisión de ese delito en una manera que dé lugar a la responsabilidad penal de conformidad con la normativa internacionalmente aplicable; y (iii) se debe determinar, en casos donde la responsabilidad individual está establecida, si las consecuencias de exclusión del estatuto de refugiado son proporcionales con la gravedad del acto cometido.¹²⁵

63. Es importante realizar un análisis minucioso e individual de todas las circunstancias en cada caso. Para el análisis de exclusión, en el caso de un niño, se necesita tomar en cuenta no sólo los principios generales de exclusión, sino también las reglas y principios que se ocupan del estatuto especial, los derechos y protección proporcionados a los niños bajo leyes internacionales y nacionales en todas las etapas de los procedimientos de asilo. En particular, aquellos principios relacionados con el interés superior del niño, se debe considerar la capacidad mental de los niños y su capacidad para entender y consentir los actos que les solicitan o les ordenan realizar. Una aplicación rigurosa de las normas legales y de procedimiento de exclusión es también crítica.¹²⁶

64. Basado en lo anterior, son de importancia central en la aplicación de las cláusulas de exclusión a los actos cometidos por los niños, las consideraciones siguientes:

- i. Cuando se determina la responsabilidad individual para actos excluibles, el asunto si el niño tiene o no el **estado mental** necesario (*o mens rea*) es decir, si el niño actuó o no con la intención y conocimientos necesarios de que sería considerado individualmente como responsable de un acto excluible, es un factor central en el análisis de la exclusión. Esta evaluación necesita considerar elementos tales como el desarrollo emocional, mental e intelectual del niño. Es importante determinar si el niño estaba suficientemente maduro para entender la naturaleza y las

¹²⁴ Para mayor información sobre exclusión concerniente a niños soldados, ver ACNUR, *Solicitud de Opinión Consultiva de la Oficina del Ato Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) relativa a la aplicación de los estándares internacionales sobre exclusión de la condición de refugiado a los niños y niñas soldados*, 12 de septiembre de 2005 (en adelante “ACNUR, Opinión Consultiva sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión a niños soldados”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7113.pdf>.

¹²⁵ ACNUR, *Declaración sobre el artículo 1F*, p. 7.

¹²⁶ Para un análisis detallado sobre asuntos de procedimiento relacionados a la exclusión, ver ACNUR, *Directrices sobre Exclusión*, párrafos 31-36 y ACNUR, *Documento de Exclusión*, párrafos 98-113.

consecuencias de su conducta y, así, para cometer, o participar en la comisión del delito. Los motivos por la ausencia del *mens rea* incluyen, por ejemplo, discapacidad mental grave, intoxicación involuntaria, o inmadurez.

- ii. Si se establece la capacidad mental, se necesitan examinar otros motivos para **rechazar la responsabilidad individual**, especialmente si el niño actuó bajo coacción, coerción o en defensa propia o de otros. Tales factores tienen particular relevancia cuando se evalúan solicitudes realizadas por antiguos niños soldados. Factores adicionales a considerar pueden incluir: la edad en que el niño se involucró en las fuerzas o grupos armados; las razones por las cuales se alistan y dejan las fuerzas o grupos armados; el tiempo que fue miembro; las consecuencias de la negativa a unirse al grupo; cualquier uso forzado de drogas, alcohol o medicamento; el nivel de educación y entendimiento de los eventos en cuestión; y el trauma, abuso o malos tratos sufridos.¹²⁷
- iii. Finalmente, si se establece la responsabilidad individual, se necesita determinar si las consecuencias de exclusión de la condición de refugiado, son **proporcionales** a la gravedad del acto cometido.¹²⁸ Esto generalmente implica sopesar la gravedad del delito contra el grado del temor de persecución temida a su retorno. Si el solicitante posiblemente enfrenta persecución grave, el delito en cuestión necesita ser muy serio para excluirlo de la condición de refugiado. Los asuntos a considerar incluyen cualquier mitigación o factores agravantes relevantes para el caso. Cuando se valora una solicitud de un niño, incluso si las circunstancias no dan lugar para una defensa, factores como la edad, madurez y vulnerabilidad del niño son consideraciones importantes. En el caso de niños soldados tales factores incluyen malos tratos por parte del personal militar y de las circunstancias durante el servicio. Las consecuencias y trato que el niño pueda enfrentar a su regreso (por ejemplo, serias violaciones a los derechos humanos como resultado de haber escapado de los grupos o fuerzas armadas) también necesitan ser consideradas.

¹²⁷ Resoluciones en Francia han reconocido que los niños que cometieron delitos, que en principio conducen a la aplicación de cláusulas de exclusión, pueden ser exoneradas si se dieron en situaciones especiales de vulnerabilidad. Véase, por ejemplo, 459358, *M.V.*; *Exclusión*, CRR, 28 de Abril 2005, en francés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/43abf5cf4.html>; 448119, *M.C.*, CRR, 28 de enero de 2005, en francés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b17b5d92.html>. Véase también, *MH (Syria) c. Secretario de Estado del Departamento del Interior, DS (Afganistán) c. Secretario de Estado del Departamento de Interior*, [2009] EWCA Civ 226, Corte de Apelaciones (R.U.), 24 de marzo de 2009, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49ca60ae2.html>, párrafo 3. Para una orientación detallada sobre los motivos para rechazar la responsabilidad individual, ver, UNHCR *Directrices sobre Exclusión*, párrafos 21-24. ACNUR, *Documento sobre Exclusión*, párrafos 91-93, ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión a niños soldados*, op.cit. párrafos 10-12.

¹²⁸ Para una orientación detallada sobre proporcionalidad ver ACNUR, *Directrices sobre Exclusión*, párrafo 24; ACNUR, *Documento sobre Exclusión*, párrafos 76-78.

IV. ASUNTOS PROCEDIMENTALES Y PROBATORIOS

65. Debido a su corta edad, la dependencia y relativa inmadurez, los niños deben gozar de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar que justas decisiones han sido tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado.¹²⁹ Las medidas generales esbozadas a continuación establecen normas mínimas para el trato de los niños durante los procedimientos de asilo. Estos no excluyen la aplicación de las directrices detalladas que se proporcionan, por ejemplo, en el Paquete de Recursos de Acciones para los Derechos del Niño,¹³⁰ los Principios rectores interagenciales de los niños no acompañados y separados y en directrices nacionales.¹³¹

66. Las solicitudes presentadas por los niños, estén acompañados o no, normalmente deben tramitarse en forma prioritaria, ya que ellos con frecuencia tendrán necesidades de asistencia y de protección especiales. La prioridad en la tramitación significa, reducción de los períodos de espera en cada una de las etapas del procedimiento de asilo, incluyendo lo que se refiere a la emisión de la decisión de la solicitud. Sin embargo, antes de empezar el procedimiento, los niños requieren de tiempo suficiente para prepararse y reflexionar sobre la rendición del relato de su experiencia. Ellos pueden necesitar tiempo para construir relaciones de confianza con su tutor u otro personal profesional y sentirse a salvo y seguros. Generalmente, cuando la solicitud de un niño está directamente relacionada con las solicitudes de miembros de su familia que le acompañan o el niño solicita la condición derivada, no será necesario dar prioridad a la solicitud del niño a menos que se tengan otras consideraciones, que sugieran que esa prioridad es apropiada.¹³²

67. No hay una regla general prescribiendo a nombre de quién se debería hacer la solicitud de asilo del niño, especialmente cuando éste es particularmente joven o cuando su solicitud está basada en el temor a su padre/madre para la seguridad del niño. Esto dependerá de la regulación aplicable a nivel nacional. Es necesaria suficiente flexibilidad, sin embargo, para permitir que sea enmendado el nombre del principal solicitante durante el proceso si, por ejemplo, se descubre que es más apropiado poner al niño como solicitante principal más que a los padres del niño. Esta flexibilidad asegura que los tecnicismos administrativos no prolonguen innecesariamente el proceso.¹³³

¹²⁹ La edad relevante aplicable para que los niños sean beneficiarios de las salvaguardas de procedimiento adicionales elaborados en esta sección, es la fecha en que el niño solicita asilo y no la fecha en la que se alcance una resolución. Esto debe ser distinguido de la valoración sustantiva de su solicitud de asilo en el que la naturaleza prospectiva de la investigación requiere que su edad en el momento de la resolución también pueda ser relevante.

¹³⁰ Paquete de recursos, Acciones para los derechos del niño, *ARC (por sus siglas en inglés), una herramienta para el fortalecimiento institucional para la protección de los niños en y después de emergencias*, producida por Save the Children, ACNUR, UNICEF, OACDH, Comité Internacional de Rescata y *Terre des Hommes*, 7 de diciembre de 2009, <http://www.savethechildren.net/arc>.

¹³¹ Véase, por ejemplo, R.U. Instrucción de asilo, *Tramitando una solicitud de asilo de un niño*, 2 de noviembre de 2009, en inglés en <http://www.bia.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumprocessguidance/specialcases/guidance/procesingasylumapplication1.pdf?view=Binary>; U.K. Border Agency Código de Prácticas para proteger a los niños del daño, diciembre de 2008, en inglés <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4948f8662.html>; Finlandia, Dirección General de Inmigración, *Directrices para entrevistar a niños (separados)*, marzo de 2002), en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/430ae8d72.html>; U.S. *Directrices para solicitudes de asilo de niños*, op. cit.; Canadá, IRB, *Directrices emitidas por el Presidente según la sección 65(4) de la Ley de Inmigración: Directriz 3, niños solicitantes de la condición de refugiado: Asuntos procedimentales y probatorios*, 30 de septiembre de 1996, No. 3, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b31d3b.html>.

¹³² ACNUR, *Normas procedimentales para determinar la condición de refugiado bajo mandato del ACNUR*, 20 de noviembre de 2003, http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3889, páginas 3.25, 4.21- 4.23.

¹³³ Esto es especialmente relevante en relación a las solicitudes, como la MGF o matrimonios forzados, donde los padres huyen con sus niños por temor de sus vidas, aunque el niño puede no comprender completamente la razón de la huida.

68. Para el caso de niños solicitantes no acompañados o separados, se necesita tan pronto como sea posible, hacer esfuerzos para iniciar la localización y la reunificación familiar con los padres u otros miembros de la familia. Sin embargo, habrá excepciones para estas prioridades cuando se obtenga información que sugiera que la localización o la reunificación puede poner en peligro a los padres u otros miembros de la familia; que el niño haya sido sujeto de abuso o abandono; y/o cuando sus padres o familiares pueden estar implicados o involucrados en su persecución.¹³⁴

69. Un tutor independiente y capacitado debe ser nombrado inmediatamente, libre de costos en el caso de niños no acompañados o separados. Los niños que son los solicitantes principales en un procedimiento de asilo tienen también el derecho a un representante legal.¹³⁵ Estos representantes deberán estar capacitados apropiadamente y apoyar al niño durante todo el procedimiento.

70. El derecho de los niños a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa es también importante en el contexto de los procedimientos de asilo.¹³⁶ El propio relato del niño de su experiencia es a menudo esencial para la identificación de sus necesidades de protección individual y, en muchos casos, el niño es la única fuente de esta información. Asegurar que el niño tenga la oportunidad de expresar sus opiniones y necesidades requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los niños y un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo. Es importante que se les otorgue a los niños de toda la información necesaria en un lenguaje y de manera en que puedan entender las opciones posibles, existentes y las consecuencias que surgen con ellas.¹³⁷ Esto incluye información sobre su derecho a la privacidad y confidencialidad permitiéndoles expresar sus opiniones sin coacción o temor de castigo.¹³⁸

71. Se necesitan seleccionar métodos adecuados de comunicación para las diferentes etapas del procedimiento, incluyendo la entrevista de asilo, que debe tener en cuenta la edad, género, antecedentes culturales y madurez del niño así como las circunstancias de la huida y del modo de ingreso.¹³⁹ Los métodos de comunicación no verbal útiles para niños, pueden incluir juegos, dibujos, escritura, juegos de roles, narraciones de cuentos y cantos. Los niños con discapacidades requieren "...el modo de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones".¹⁴⁰

72. No se puede esperar que los niños puedan brindar un relato de sus experiencias como lo hacen los adultos. Ellos pueden tener dificultad en expresar sus miedos por una serie de

¹³⁴ La localización y la reunificación de la familia se han abordado en una serie de conclusiones del Excom incluyendo la más reciente, Excom, *Conclusión No. 107*, párrafo (h) (iii). Ver también ACNUR, *Directrices sobre la determinación del interés superior del niño*, op. cit.; CRC, *Observación General No. 6*, párrafo 81.

¹³⁵ "Tutor" aquí se refiere a una persona independiente con conocimientos especializados que se encarga del interés superior del niño y de su bienestar general. Los procedimientos para el nombramiento de un tutor no deben ser menos favorable de los procedimientos nacionales existentes administrativos o judiciales utilizados para el nombramiento de tutores de niños que son nacionales en el país. "Representante legal" se refiere a un abogado u otra persona calificada para brindar asistencia legal e informar al niño en el procedimientos de asilo y para ponerse en contacto con las autoridades sobre asuntos legales. Ver Excom., *Conclusión No. 107*, párrafo (g) (viii). Para mayores detalles, ver CRC, *Observación General No. 6*, párrafos 33-38, 69. Ver también, ACNUR *Directrices sobre niños no acompañados solicitantes de asilo*, op. cit., p. 2 y párrafos 4.2, 5.7, 8.3, 8.5.

¹³⁶ CDN, art. 12. La CDN no establece límite alguno inferior de edad en el derecho del niño para expresar libremente sus opiniones, ya que es evidente que los niños pueden y tienen opiniones desde una edad muy temprana.

¹³⁷ CRC, *Observación General No. 6*, párrafo 25; CRC, *Observación General No. 12*, párrafos 123-124.

¹³⁸ CDN, artículos. 13, 17.

¹³⁹ El Programa de menores no acompañados en Europa, *SCEP*, por sus siglas en inglés, *Declaración de Buenas Prácticas*, Tercera edición, 2004. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3559.pdf>, párrafo 12.1.3

¹⁴⁰ CDN, *Observación General No. 9*, párrafo 32.

razones, incluyendo el trauma, instrucciones de sus padres, falta de educación, miedo a las autoridades Estatales o personas en posiciones de poder, el uso de testimonios ya hechos por traficantes, o miedo a represalias. Ellos quizás pueden ser muy jóvenes o inmaduros para poder evaluar qué información es importante, o para interpretar de lo que han sido testigos o experimentado, en una forma que sea fácilmente entendible para un adulto. Algunos niños pueden omitir o distorsionar información vital o no puede diferenciar lo imaginado de la realidad. Ellos también pueden experimentar dificultad relacionada a nociones abstractas, como el tiempo o la distancia. Por lo tanto, lo que puede constituir una mentira en el caso de un adulto puede no necesariamente ser una mentira en el caso de un niño. Es, por consiguiente, esencial que los que evalúan tengan la capacitación y habilidades necesarias para poder evaluar con certeza la fiabilidad y el significado del relato del niño.¹⁴¹ Esto puede requerir involucrar expertos en entrevistas a niños, fuera de un entorno formal u observando al niño y comunicándose con ellos en ambientes donde se sientan a salvo, por ejemplo, en un centro de recepción.

73. Aunque la carga de prueba usualmente es compartida entre quien examina y el solicitante en el caso de las solicitudes de adultos, puede ser necesario para quien evalúa solicitudes de niños el asumir una mayor carga de prueba, especialmente, si el niño en cuestión es no acompañado.¹⁴² Si los hechos del caso no pueden establecerse y/o el niño no puede expresar completamente su solicitud, el examinador necesita tomar una decisión en base a todas las circunstancias conocidas, que puede ser llamada como una aplicación liberal del beneficio de la duda.¹⁴³ Igualmente al niño se le debe dar el beneficio de la duda, en caso de que haya alguna preocupación respecto a la credibilidad sobre partes de su solicitud.¹⁴⁴

74. Así como la información del país de origen puede estar basada en prejuicios en materia de género, de forma que es más probable que refleje la experiencia masculina a las experiencias femeninas; las experiencias de los niños también pueden ser ignoradas. Además, el niño puede tener un limitado conocimiento de las condiciones en el país de origen o no puede explicar las razones de su persecución. Por estas razones, las autoridades del asilo necesitan hacer esfuerzos especiales para recoger información relevante del país de origen y otras pruebas de apoyo.

75. Las valoraciones de la edad se llevan a cabo en casos donde la edad del niño está en duda y necesita ser parte de una evaluación integral, que tome en cuenta tanto, la apariencia física como la madurez psicológica del individuo.¹⁴⁵ Es importante que tales evaluaciones se lleven a cabo de manera segura, sensible a los niños y al género y con el debido respeto por la dignidad humana. El margen de las apreciaciones inherente a los métodos para la valoración de todas las edades, se debe aplicar de tal manera que, en el caso de incertidumbre, el individuo pueda ser considerado un niño.¹⁴⁶ Como la edad no es calculada universalmente de la misma forma ni tiene el mismo grado de importancia, se necesitan tomar precauciones para no hacer inferencias adversas de credibilidad donde las normas del país o culturales, parecen disminuir o aumentar la edad del niño. Los niños necesitan que se les brinde información clara sobre la finalidad y la tramitación del procedimiento de la evaluación de edad en un lenguaje que ellos entiendan. Antes de que se lleve a cabo un procedimiento de evaluación de

¹⁴¹ Excom., *Conclusión No. 107*, párrafo (d).

¹⁴² *Ibid*, párrafo (g) (viii) que recomienda que los Estados desarrollen adaptados requisitos de prueba.

¹⁴³ ACNUR, *Manual*, párrafos 196, 219.

¹⁴⁴ Directrices Generales Inter-Agenciales, *op.cit.*, p. 34.

¹⁴⁵ Excom, *Conclusión No. 107*, párrafo (g) (ix).

¹⁴⁶ *Ibid*, párrafo (g) (ix): ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, *op. cit.*, párrafo 5.11, 6.

edad, es importante que un tutor cualificado e independiente sea designado para asesorar al niño.

76. En circunstancias normales, la prueba de ADN solamente será realizada cuando sea autorizada por ley y con el consentimiento de los individuos que se van a someter a la prueba y a todos los individuos se les brindaría una completa explicación de las razones para efectuar tal prueba. Sin embargo, en algunos casos los niños no podrán consentir debido a su edad, inmadurez o incapacidad para entender lo que esto conlleva o por otras razones. En estas situaciones, su tutor designado (en la ausencia de un miembro de la familia) concederá o negará el consentimiento en su nombre tomando en cuenta las opiniones del niño. La prueba de ADN debe ser utilizada sólo cuando otras formas de verificación han demostrado ser insuficientes. Pueden resultar especialmente beneficiosas en el caso de los niños que se sospecha de ser víctimas de la trata por individuos alegando ser sus padres, hermanos u otros parientes.¹⁴⁷

77. Las decisiones deben ser comunicadas a los niños en un lenguaje y forma que ellos entiendan. Los niños necesitan estar informados de las decisiones de manera personal, en la presencia de su tutor, representante legal, y/o de otra persona de apoyo, en un ambiente confortable y no amenazante. Si la decisión es negativa, se deberá tener especial cuidado al darle el mensaje al niño y explicarles de cuáles son los próximos pasos que deberán tomarse a fin de evitarle o reducir el estrés psicológico o daño.

¹⁴⁷ ACNUR, *Nota sobre la prueba de ADN para establecer las relaciones familiares en el contexto de los refugiados*, junio de 2008, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48620c2d2.html>.