

Observación General No. 6, Comité de los Derechos Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 39º período de sesiones (2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005).

1º de septiembre de 2005

ESPAÑOLOriginal: INGLÉS

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

39º período de sesiones

17 de mayo a 3 de junio de 2005

OBSERVACIÓN GENERAL N° 6 (2005)

Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen

I. OBJETIVOS DE LA OBSERVACIÓN GENERAL

1. El objetivo de la presente observación general es poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de su familia, exponer la multiplicidad de problemas que experimentan los Estados y otros actores para conseguir que esos menores tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de los mismos, así como proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de los referidos menores a la luz de todo el contexto jurídico que representa la Convención de los Derechos del Niño (la "Convención"), con particular referencia a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de éste a manifestar libremente sus opiniones.

2. La publicación de la presente observación general tiene su causa en la comprobación por parte del Comité de que son cada vez más los menores que se encuentran en las situaciones descritas. Las razones de que un menor esté en situación de no acompañado o separado de su familia son variadas y numerosas y entre ellas figuran la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores

oportunidades económicas.

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

4. Cuestiones como las mencionadas han llevado al Comité a suscitar con frecuencia en sus observaciones finales aspectos relacionados con los menores no acompañados y separados de sus familias. En la presente observación general se recogen las normas elaboradas, en particular, a lo largo de la labor supervisora del Comité, con objeto de proporcionar a los Estados una clara orientación sobre las obligaciones resultantes de la Convención en lo que concierne a este grupo de menores particularmente vulnerable. Al aplicar estas normas, los Estados Partes deben tener en cuenta su naturaleza evolutiva y, por tanto, reconocer que sus obligaciones pueden ir más allá de las normas que se articulan, las cuales en modo alguno impedirán que los menores no acompañados y separados de su familia puedan disfrutar de derechos y beneficios más amplios al amparo de instrumentos regionales o de sistemas nacionales de derechos humanos, las normas internacionales y regionales sobre refugiados o el derecho internacional humanitario.

II. ESTRUCTURA Y ALCANCE DE LA OBSERVACIÓN GENERAL

5. La presente observación general se aplica a los menores no acompañados y separados de su familia que se encuentran fuera de su país de nacionalidad (art. 7) o, si fueren apátridas, fuera del país de residencia habitual. La observación general se aplica a todos los menores descritos, con independencia del régimen de residencia y de las razones de encontrarse en el extranjero, estén o no acompañados o separados de su familia. Sin

embargo, no se aplica a los menores que no hayan cruzado una frontera internacional, aun cuando el Comité es consciente de los numerosos problemas análogos que plantean los menores no acompañados y separados de su familia en situación de desplazados internos; reconoce, pues, el interés que presentan las orientaciones ofrecidas también en esa situación y anima vivamente a los Estados a que adopten los aspectos pertinentes de la presente observación general de cara a la protección, asistencia y trato de los menores no acompañados y separados de su familia que se encuentran en situación de desplazados dentro de su propio país.

6. Si bien el mandato del Comité se circunscribe a una función supervisora con referencia a la Convención, su labor interpretadora debe realizarse en el contexto de todo el derecho internacional de los derechos humanos y, por consiguiente, la presente observación general se centra exclusivamente en el trato adecuado de los menores no acompañados y separados de su familia. Se reconoce así que todos los derechos humanos y, en particular, los recogidos en la Convención, son indivisibles e interdependientes. Por su parte, el Preámbulo de la Convención reconoce también la importancia de otros instrumentos internacionales de derechos humanos referentes a la protección del niño.

III. DEFINICIONES

7. Se entiende por "niños no acompañados" (llamados también "menores no acompañados") de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.

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

9. Se entiende por "niño", a los efectos del artículo 1 de la Convención, "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Ello quiere decir que los instrumentos legales que rigen la situación de los menores dentro del territorio del Estado no pueden definir al niño de una manera que se aparte de las normas que determinan la mayoría de edad en ese Estado.

10. Salvo indicación en contrario, los principios que se recogen a continuación se aplican por igual a los menores no acompañados y a los separados de sus familias.

11. Se entiende por "país de origen" el país de nacionalidad o, en el supuesto de la apatridia, el país de residencia habitual del menor.

IV. PRINCIPIOS APLICABLES

a) Obligaciones jurídicas de los Estados Partes con referencia a todos los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentren dentro de su territorio y medidas para el cumplimiento de las mismas

12. Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción (art. 2). Estas obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado. Por otra parte, las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores -sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.

13. Las obligaciones resultantes de la Convención en lo que concierne a los menores no acompañados y separados de su familia se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Se incluyen entre ellas la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas. Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación. Las referidas responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen también medidas preventivas de la separación (en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evacuación). El aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia.

14. Como se reitera en la Observación general N° 5 (2003) (párrs. 18 a 23), los Estados Partes en la Convención velarán por que las disposiciones y los principios del tratado queden plenamente reflejados y surtan pleno efecto jurídico en la legislación nacional pertinente. En caso de conflicto entre la legislación nacional y la Convención, debe prevalecer esta última de acuerdo con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

15. Con objeto de crear un entorno jurídico propicio y a la luz de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 41 de la Convención, se alienta también a los Estados Partes a que ratifiquen otros instrumentos internacionales que regulan aspectos relativos a los menores no acompañados y separados de su familia y, en especial, los dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño (sobre la participación de los niños en los conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial contra la mujer, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (en lo sucesivo "la Convención de 1951 sobre los Refugiados") y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, la Convención para reducir los casos de apatridia, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, el Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 8 de junio de 1977, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) de 8 de junio de 1977. El Comité alienta también a los Estados Partes en la Convención y otros países interesados a que tengan en cuenta las Directrices del ACNUR sobre Protección y Cuidado (1994), los Principios rectores interorganizaciones en materia de menores no acompañados y separados¹.

16. En vista del carácter absoluto de las obligaciones derivadas de la Convención y del carácter de *lex specialis* de ésta, el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no será aplicable a los menores no acompañados y separados de su familia. En lo que concierne al artículo 4 de la Convención, habrá de tenerse en cuenta la especial vulnerabilidad de los menores no acompañados y separados de su familia, expresamente reconocida en el artículo 20 de la Convención, y deberá traducirse en la asignación prioritaria de recursos a dichos menores. Conviene que los Estados acepten y faciliten la asistencia que, en el marco de sus mandatos respectivos, ofrecen el UNICEF, el ACNUR y otros organismos (párrafo 2 del artículo 22 de la Convención) con objeto de atender las necesidades de los niños no acompañados y separados de su familia.

17. El Comité entiende que las reservas formuladas por los Estados Partes en la Convención no deberían limitar en modo alguno los derechos de los menores no acompañados y separados de su familia. Con arreglo a la práctica sistemáticamente seguida con los Estados Partes en el curso del proceso de presentación de informes, el Comité recomienda que, de acuerdo con la Declaración y Programa de Acción adoptados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993)², se proceda al examen y, en su caso, al retiro de las reservas que limitan los derechos de los menores no acompañados y separados.

b) No discriminación (artículo 2)

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

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

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

21. Decisiones subsiguientes, como el nombramiento de un tutor competente lo antes posible, constituyen una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. Así pues, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.

22. El respeto del interés superior exige también que, si las autoridades competentes han internado al menor separado o no acompañado en un establecimiento "para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental", el Estado reconoce el

derecho del menor a "un examen periódico" del tratamiento "y de todas las demás circunstancias propias de su internación" (artículo 25 de la Convención).

d) El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6)

23. La obligación del Estado Parte en virtud del artículo 6 incluye la protección máxima posible contra la violencia y la explotación, que pondría en peligro el derecho del menor a la vida, la supervivencia y el desarrollo. Los menores separados y no acompañados están expuestos a diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte. Así pues, el artículo 6 exige la vigilancia de los Estados Partes a este respecto, especialmente en presencia del crimen organizado. Aunque la cuestión de la trata de menores queda fuera de la presente observación general, el Comité observa que existe a menudo una relación entre la trata y la situación de menor separado y no acompañado de familia.

24. El Comité considera que deben adoptarse disposiciones prácticas a todos los niveles para proteger a los menores contra los peligros descritos. Entre dichas disposiciones podrían incluirse la institución de procedimientos prioritarios aplicables a los menores víctimas de trata, el nombramiento sin demora de tutores, informar a los menores de los peligros que corren y la articulación de medidas para la observación de los menores particularmente expuestos. Estas medidas deben evaluarse periódicamente en términos de eficacia.

e) Derecho del niño a expresar su opinión libremente (artículo 12)

25. De acuerdo con el artículo 12 de la Convención, al determinar las disposiciones que han de adoptarse respecto de los menores no acompañados o separados, se recabarán y tendrán debidamente en cuenta los deseos y las opiniones del menor (párrafo 1 del artículo 12). De cara a la expresión informada de tales deseos y opiniones, es imperativo que los menores dispongan de toda la información pertinente acerca de, por ejemplo, sus derechos, servicios existentes, en especial medios de comunicación, el procedimiento para solicitar el asilo, la localización de la familia y la situación en el país de origen (artículos 13, 17 y párrafo 2 del artículo 22). En lo que concierne a la tutela, custodia y alojamiento y representación legal del menor, deben tenerse también en cuenta las opiniones de éste. La información antedicha se proporcionará en forma que sea acorde con la madurez y el nivel de comprensión del menor. Dado que la participación está en función de una comunicación fiable, se proveerá en su caso interpretación en todas las fases del procedimiento.

f) Respeto del principio de no devolución

26. En el marco del trato adecuado de los menores no acompañados o separados, los

Estados deben respetar íntegramente las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario y el relativo a los refugiados y, en particular, deben atenerse a las obligaciones recogidas en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura.

27. Asimismo, en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no sólo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser ulteriormente trasladado. Las obligaciones antedichas de no devolución son aplicables con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción. La evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios.

28. Como el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades entrañan un grave peligro de daño irreparable en el marco de los derechos humanos fundamentales y, en particular, del derecho a la vida, las obligaciones que impone a los Estados el artículo 38 de la Convención, juntamente con los artículos 3 y 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, tienen efectos extraterritoriales, por lo que los Estados se abstendrán de trasladar al menor de cualquier manera a la frontera de un Estado en el que exista un riesgo real de reclutamiento de menores para las fuerzas armadas, no sólo a título de combatiente, sino también con la finalidad de ofrecer servicios sexuales a los miembros de las fuerzas armadas, o si existe peligro real de participación directa o indirecta en las hostilidades, sea como combatiente o realizando cualesquiera otras funciones militares.

g) Confidencialidad

29. Los Estados Partes deben proteger el carácter confidencial de la información recibida con referencia al menor no acompañado o separado, de acuerdo con la obligación de proteger los derechos del niño, con inclusión del derecho a la intimidad (art. 16). Esta obligación se aplica en todos los campos y señaladamente en el de la asistencia sanitaria y social. Se ejercerá diligencia para evitar que la información recabada e intercambiada legítimamente con una finalidad no sea impropriamente utilizada para otra distinta.

30. La confidencialidad alude también al respeto de los derechos ajenos. Por ejemplo, al obtener, intercambiar y preservar la información reunida con respecto a menores no

acompañados y separados, se procurará especialmente no poner en peligro el bienestar de las personas que permanecen en el país de origen del menor, sobre todo sus familiares. Por otra parte, la información relativa al paradero del menor sólo podrá ser retenida frente a sus padres cuando lo requiera la seguridad del menor o proteja el "interés superior" de éste.

V. RESPUESTA A NECESIDADES DE PROTECCIÓN GENERALES Y CONCRETAS

a) Evaluación y medidas iniciales

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

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

ii) Inspección inmediata en el registro tras una entrevista inicial adaptada a las necesidades, edad y sexo del menor, realizada por profesionales calificados en un idioma que el menor pueda comprender, que permita reunir datos y antecedentes personales para determinar la identidad del menor, e incluso, de ser posible, la identidad de los padres y otros hermanos, y la ciudadanía del menor, sus hermanos y padres.

iii) Continuando con el proceso de inscripción y a fin de atender a la situación concreta del menor, debe consignarse la siguiente información adicional:

- Razones por las que está separado de su familia o no acompañado;
- Evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad, en especial relativos a la salud, y de índole física, psicosocial y material, y de otras necesidades de protección como las derivadas de la violencia en el hogar, la trata o el trauma;
- Toda la información de que se disponga para determinar la posible existencia de

necesidades de protección internacional, como las basadas en "fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas" en el país de origen (párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados), las derivadas de una agresión exterior, ocupación, dominación extranjera o hechos que perturben gravemente el orden público (párrafo 2 del artículo 1 de la Convención Africana sobre Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África), o las provocadas por los efectos indiscriminados de la violencia generalizada.

iv) Tan pronto como sea posible, entrega a los menores no acompañados o separados de su familia de documentos personales de identidad.

v) Comienzo inmediato de la localización de los miembros de la familia (párrafo 2 del artículo 22, párrafo 3 del artículo 9 y párrafo 2 del artículo 10).

32. Todas las decisiones ulteriores acerca de la residencia y el estatuto del menor en el territorio del Estado se basarán en las conclusiones de una evaluación inicial de las medidas de protección, realizada con arreglo a los procedimientos mencionados *supra*. Los Estados se abstendrán de hacer seguir a los menores no acompañados y separados de su familia los procedimientos de solicitud de asilo si su presencia en el territorio no plantea problemas de protección internacional de los refugiados, sin perjuicio de la obligación de los Estados de invitar a los menores no acompañados o separados de su familia a que se conformen a los procedimientos pertinentes de protección del menor, como los previstos en la legislación de protección de la infancia.

b) Nombramiento de tutor, asesor y representante legal (párrafo 2 del artículo 18 y párrafo 1 del artículo 20)

33. Los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del menor no acompañado o separado de su familia esté debidamente representado. Por lo tanto, tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales. Se consultará e informará al tutor de todas las medidas adoptadas en relación con el menor. El tutor estará autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera. El tutor o asesor tendrá los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas. Servirá de vínculo entre el niño y los especialistas, organismos e individuos que prestan la atención permanente que el menor necesita. No podrán ejercer la función de tutor los organismos o

individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los del menor. Por ejemplo, quedarán excluidos de la función de tutor los adultos no pertenecientes a la familia cuya relación principal con el menor sea la de empleador.

34. En el caso de un menor separado de su familia, normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le dispense cuidados sin ser familiar directo, salvo que haya indicios de que ese arreglo no va a beneficiar al menor, por ejemplo, cuando éste haya sido maltratado por el adulto acompañante. Cuando un menor esté acompañado por un adulto o una persona que lo cuida sin ser pariente, deberá analizarse con más detenimiento la idoneidad de éste para actuar de tutor. Si el tutor puede atender al menor cotidianamente y está dispuesto a hacerlo, pero no puede representar debidamente el superior interés del menor en todos los campos y ámbitos de su vida, deberán adoptarse medidas complementarias (por ejemplo, el nombramiento de un asesor o representante legal).

35. Deberán establecerse y aplicarse mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría, a fin de que el interés superior del menor esté representado durante todo el proceso de adopción de decisiones y, en particular, se prevengan los malos tratos.

36. Cuando un menor sea parte en procedimientos de asilo u otros procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.

37. Se informará en todo caso al menor de las decisiones tomadas respecto de la tutela y la representación legal, y se tendrá en cuenta su opinión.

38. En las emergencias de gran escala, cuando sea difícil nombrar tutores individuales, los Estados y las organizaciones de ayuda a la infancia deberán proteger y promover el interés superior de los menores separados de su familia.

c) Atención y alojamiento (artículos 20 y 22)

39. Los menores no acompañados o separados de su familia están privados, temporal o permanentemente, de su medio familiar y, por tanto, son los destinatarios de las obligaciones que impone el Estado en el artículo 20 de la Convención, y tendrán derecho a recibir la protección y la asistencia especiales del Estado en cuestión.

40. Los mecanismos establecidos en el derecho nacional para ofrecer otras formas de atención a los menores no acompañados o separados de su familia con arreglo al artículo 22 de la Convención también ampararán a los menores fuera de su país de origen. Existe un amplio abanico de opciones para la atención y el alojamiento, que se reconocen expresamente en el párrafo 3 del artículo 20: "... entre otras cosas, la colocación en los hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores". Al elegir una de esas

opciones, se tendrán en cuenta las vulnerabilidades particulares del menor, no sólo por haber quedado desconectado de su medio familiar, sino también por encontrarse fuera de su país de origen, así como la edad y el sexo del menor. En particular, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la crianza del menor, así como a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, que se habrá evaluado en el proceso de identificación, registro y documentación. Al tomar las medidas de atención y alojamiento, deberán tenerse en cuenta los parámetros siguientes:

- Por regla general, no se privará de libertad a los menores.
- Para que haya continuidad en la atención y atendiendo al interés superior del niño, sólo se cambiará la residencia de los menores no acompañados o separados de su familia cuando con el cambio se preserve el interés superior del menor.
- De acuerdo con el principio de unidad familiar, se mantendrá juntos a los hermanos.
- Se permitirá al menor que llegue acompañado de parientes o los tenga en el país de asilo permanecer con éstos, salvo si ello es contrario al interés superior del menor. Dada la particular vulnerabilidad del menor, el personal de asistencia social realizará evaluaciones periódicas.
- Independientemente de los cuidados que se dispensen a los menores no acompañados o separados de su familia, se mantendrán una supervisión y evaluación periódicas por parte de personal calificado para velar por su salud física y psicológica, la protección contra la violencia en el hogar o la explotación, y el acceso a formación profesional y educativa, y las oportunidades correspondientes.
- Los Estados y otras organizaciones adoptarán medidas que garanticen la protección eficaz de los derechos de los menores no acompañados o separados de su familia que viven en hogares encabezados por un menor.
- En las emergencias de grandes proporciones, se prestará asistencia provisional durante el período más breve, acorde con las necesidades de los menores no acompañados. Esta atención provisional está orientada a su seguridad y equilibrio físico y emocional, en un ambiente que estimule su desarrollo general.
- Se mantendrá informados a los menores de las disposiciones para su atención y se tendrán en cuenta sus opiniones.

d) Pleno acceso a la educación (artículos 28, 29 1) c), 30 y 32)

41. Los Estados garantizarán el acceso permanente a la educación durante todas las etapas del ciclo de desplazamiento. Todo menor no acompañado o separado de su

familia, independientemente de su estatuto, tendrá pleno acceso a la educación en el país de acogida a tenor del artículo 28, apartado c) del párrafo 1 del artículo 29, y artículos 30 y 32 de la Convención, así como de los principios generales formulados por el Comité. El acceso será sin discriminación y, en particular, las niñas no acompañadas y separadas de su familia tendrán acceso igualitario a la enseñanza formal y la no académica, incluida la formación profesional a todos los niveles. También se garantizará el acceso a la educación de calidad a los niños con necesidades especiales, en particular los niños con discapacidad.

42. Lo antes posible, se inscribirá a los menores no acompañados o separados de su familia ante las autoridades escolares competentes y se les ayudará a que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje. Los menores no acompañados o separados de su familia tienen derecho a mantener su identidad y sus valores culturales, y, en especial, a conservar y cultivar su idioma nativo. Todos los adolescentes tendrán acceso a cursos de formación o educación profesional y, los más pequeños, a programas de estimulación precoz del aprendizaje. Los Estados velarán por que los menores no acompañados o separados de su familia reciban certificados escolares u otros documentos donde conste su nivel de educación, en particular cuando se preparan para la reinstalación, el reasentamiento o el retorno.

43. En especial cuando su capacidad no sea suficiente, los Estados aceptarán y facilitarán la ayuda ofrecida por el UNICEF, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el ACNUR y otros organismos de las Naciones Unidas en el marco de sus respectivos mandatos y, cuando corresponda, de otras organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales competentes (párrafo 2 del artículo 22) a fin de satisfacer las necesidades de educación de los menores no acompañados o separados de su familia.

e) Derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 27)

44. Los Estados velarán por que los menores no acompañados o separados de su familia tengan un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental, espiritual y moral. Según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 27 de la Convención, los Estados proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

45. Sobre todo cuando su capacidad no sea suficiente, los Estados aceptarán y facilitarán la ayuda ofrecida por el UNICEF, la UNESCO, el ACNUR y otras organizaciones de las Naciones Unidas en el marco de sus respectivos mandatos y, cuando proceda, de otras organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales competentes (párrafo 2 del artículo 22), a fin de que los menores no acompañados o separados de su familia tengan un nivel de vida adecuado.

f) Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento

de enfermedades y la rehabilitación de la salud (artículos 23, 24 y 39)

46. Al reconocer el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud con arreglo al artículo 24 de la Convención, los Estados se obligan a proporcionar a los menores no acompañados o separados de su familia el mismo acceso a la atención de la salud que los nacionales.

47. A este respecto, los Estados examinarán y evaluarán las dificultades y vulnerabilidades peculiares de los menores. Tendrán en cuenta, en particular, el hecho de que un menor no acompañado ha quedado separado de su familia y también, en mayor o menor grado, ha experimentado pérdidas, traumas, perturbaciones y violencia. Muchos de esos menores, en especial los refugiados, han experimentado además la violencia generalizada y la tensión asociada con un país en guerra, lo que puede haberles creado sentimientos profundos de desamparo y haber socavado su confianza infantil en los demás. Por otro lado, las niñas son particularmente susceptibles a la marginación, la pobreza y el sufrimiento durante los conflictos armados, y muchas habrán sufrido la violencia por motivos de género en ese contexto. El trauma profundo sufrido por muchos niños afectados exige una especial sensibilidad y cuidado en su atención y rehabilitación.

48. En el artículo 39 de la Convención se establece la obligación de los Estados de proporcionar servicios de rehabilitación a los menores víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Para facilitar la recuperación y reintegración, se establecerán servicios de atención de la salud mental culturalmente adecuados y atentos a las cuestiones de género, y se prestará asesoramiento psicosocial calificado.

49. Los Estados aceptarán y facilitarán, sobre todo cuando su capacidad no sea suficiente, la ayuda ofrecida por el UNICEF, la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), el ACNUR y otros organismos (párrafo 2 del artículo 22) en lo atinente a sus respectivos mandatos y, cuando proceda, de otras organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales competentes, a fin de satisfacer las necesidades sanitarias y de atención de la salud de los menores no acompañados o separados de su familia.

g) Prevención de la trata y de la explotación sexual y de otra naturaleza, así como de los malos tratos y de la violencia (artículos 34, 35 y 36)

50. Los menores no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la explotación y los malos tratos. Las niñas corren peligro mayor de ser objeto de trata, en especial para la explotación sexual.

51. Los artículos 34 a 36 de la Convención deben leerse juntamente con las obligaciones especiales de protección y asistencia que impone el artículo 20 de la Convención, a fin de

que los menores no acompañados o separados de su familia estén al abrigo de la trata y de toda forma de explotación, malos tratos y violencia, de índole sexual u otra.

52. Uno de los muchos peligros que amenazan a los menores no acompañados o separados de su familia es la trata, sea por primera vez o recayendo de nuevo en ella. La trata de niños atenta contra el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6). Según el artículo 35 de la Convención, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para impedir la trata. Entre esas medidas figuran la identificación de los menores no acompañados o separados de su familia, la averiguación periódica de su paradero y las campañas de información adaptadas a todas las edades, que tengan en cuenta las cuestiones de género, en un idioma y un medio comprensibles para el niño víctima de la trata. Deberá promulgarse legislación adecuada y establecerse mecanismos eficaces para cumplir los reglamentos laborales y las normas sobre movimiento fronterizo.

53. También corre graves riesgos el menor que ya haya sido víctima de la trata, de resultas de la cual ha adquirido el estatuto de menor no acompañado o separado de su familia. No deberá penalizársele, sino prestarle asistencia como víctima de una grave violación de sus derechos humanos. Algunos menores sometidos a trata pueden solicitar el estatuto de refugiado, con arreglo a la Convención de 1951. Los Estados velarán por que los menores no acompañados o separados de su familia que, habiendo sido víctimas de trata, deseen solicitar asilo o sobre quienes haya otros indicios de que necesitan protección internacional, tengan acceso a los procedimientos de solicitud de asilo. Los menores que corren peligro de recaer en la trata no serán devueltos a su país de origen, salvo si lo aconseja su interés superior y a condición de que se adopten medidas adecuadas para protegerlos. Los Estados considerarán la conveniencia de adoptar formas complementarias de protección de los menores víctimas de la trata cuando el regreso no venga indicado por el interés superior.

h) Prevención del reclutamiento militar y protección de las consecuencias de la guerra (artículos 38 y 39)

Prevención del reclutamiento

54. Las obligaciones de los Estados previstas en el artículo 38 de la Convención y en los artículos 3 y 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de niños en los conflictos armados también se aplican a los menores no acompañados o separados de su familia. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir el reclutamiento o la utilización de esos niños por cualquiera de las partes en un conflicto. La norma también se aplica a los ex niños soldados que han desertado de sus unidades y deben ser protegidos contra un nuevo reclutamiento.

Disposiciones para la atención de los menores

55. Las disposiciones para la atención de los menores no acompañados o separados de su familia estarán enderezadas a impedir que sean reclutados, alistados de nuevo o utilizados por cualquiera de las partes en un conflicto. No se nombrará tutor a ninguna persona u organización que participe directa o indirectamente en un conflicto.

Ex niños soldados

56. Ante todo, los niños soldados se considerarán víctimas de un conflicto armado. Se prestarán todos los servicios de apoyo necesarios a los ex niños soldados que a menudo se encuentran no acompañados o separados de su familia cuando cesa el conflicto o tras su deserción, en especial el asesoramiento psicosocial necesario, con objeto de que se reintegren a la vida normal. Se dará prioridad a la identificación y desmovilización de esos menores durante las operaciones de identificación y separación. Los niños soldados, en particular los que están solos o separados de su familia, no serán internados, sino que gozarán de medidas especiales de protección y asistencia, sobre todo en lo relativo a su desmovilización y reinserción social. Deberán realizarse esfuerzos especiales para apoyar a las niñas que han formado parte de las fuerzas militares, como combatientes o en cualquier otro carácter, y facilitar su reintegración.

57. Si, en determinadas circunstancias, fuera inevitable y acorde con el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos decretar a título excepcional el internamiento de un niño soldado mayor de 15 años, por ejemplo, porque representa una grave amenaza para la seguridad, las condiciones del internamiento se ajustarán a las normas internacionales, en especial el artículo 37 de la Convención, y a los principios de la responsabilidad penal de menores, pero sin renunciar a la localización de la familia y sin perjuicio de su participación prioritaria en programas de reinserción social.

No devolución

58. Como el reclutamiento y la participación de menores en las hostilidades conlleva un grave riesgo de violaciones irreparables de los derechos humanos fundamentales, sobre todo el derecho a la vida, las obligaciones que imponen a los Estados el artículo 38 de la Convención y los artículos 3 y 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de niños en los conflictos armados tienen efectos extraterritoriales, por lo que los Estados se abstendrán absolutamente de trasladar al menor a las fronteras de un Estado donde exista un peligro verdadero de reclutamiento de menores o de participación directa o indirecta de éstos en operaciones militares.

Formas y manifestaciones de la persecución específicamente dirigida a la infancia³

59. Recordando a los Estados la necesidad de que en los procedimientos de obtención del asilo se tengan en cuenta la edad y el género, y que la definición de refugiado se interprete también a la luz de la edad y el género, el Comité subraya que el reclutamiento de menores de edad (y señaladamente de 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" (párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951).

Rehabilitación y reinserción social

60. Los Estados elaborarán, en cooperación, en su caso, con los organismos internacionales y las ONG, un sistema general, adaptado a cada edad y género, de apoyo y asistencia psicológicos para los menores no acompañados o separados de su familia que se vean afectados por conflictos armados.

i) Prevención de la privación de libertad y tratamiento de estas hipótesis

61. En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, no deberá privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente por que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. Cuando la privación de libertad esté excepcionalmente justificada por otras razones, se ajustará a lo dispuesto en el párrafo b) del artículo 37 de la Convención, en cuyos términos se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Por consiguiente, deberá hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento.

62. La privación de libertad se rige por las disposiciones nacionales completadas por las obligaciones internacionales. En relación con los menores no acompañados o separados de su familia que solicitan asilo, los Estados deberán, en particular, respetar las obligaciones previstas en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Además, los Estados deberán tener en cuenta que la entrada o la estancia ilegales en un país de un menor no acompañado o separado de su familia también pueden justificarse a la luz de los principios generales del derecho, cuando la entrada o la estancia sean la única forma de impedir una violación de los derechos humanos fundamentales del menor. En un plano más general, al articular los principios aplicables a los menores no acompañados o separados de su familia, en especial los que son víctimas de la trata y la explotación, los Estados velarán por que esos niños no sean considerados delincuentes por el solo hecho de haber entrado o encontrarse ilegalmente en el país.

63. Las condiciones de la privación de libertad, si se llegara al caso excepcionalmente, se regirán por el interés superior del menor y se atenderán en todo a lo previsto en los apartados a) y c) del artículo 37 de la Convención y otros instrumentos internacionales. Se dispondrá lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado del de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior del menor. Efectivamente, el programa tendrá como fundamento la "atención" y no la "privación de libertad". Los centros de detención no deberán localizarse en zonas aisladas donde no pueda accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. Los menores deberán tener oportunidad de establecer contactos periódicos con amigos y parientes y con su tutor y recibir la visita de éstos, así como asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica. También podrán recibir productos de primera necesidad y, de ser necesario, tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica. Durante el período de privación de libertad, los menores tendrán derecho a recibir enseñanza, de ser posible fuera del lugar de detención, a fin de facilitarles la continuación de su educación una vez en libertad. También tendrán derecho al esparcimiento y el juego con arreglo al artículo 31 de la Convención. Para garantizar eficazmente los derechos previstos en el apartado d) del artículo 37 de la Convención, deberá darse a los menores no acompañados o separados de su familia privados de libertad acceso rápido y gratuito a asistencia jurídica y de otra índole, y especialmente deberá nombrárseles un representante legal.

VI. ACCESO AL PROCEDIMIENTO PARA OBTENER EL ASILO, GARANTÍAS JURÍDICAS Y DERECHOS EN LA MATERIA

a) Consideraciones generales

64. La obligación recogida en el artículo 22 de la Convención de adoptar "medidas adecuadas", para que el niño, acompañado o no acompañado, que trate de obtener el asilo, reciba la protección adecuada, lleva consigo en particular la obligación de establecer un sistema operante en materia de asilo, así como de promulgar legislación en la que se refleje el trato especial de los menores no acompañados y separados y crear las capacidades necesarias para poner en práctica este trato de acuerdo con los derechos pertinentes recogidos en la Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, o referentes a la protección de los refugiados o al derecho humanitario en que el Estado sea Parte. Se anima vivamente a los Estados cuyos recursos para iniciar la labor de creación de capacidad sean insuficientes a que recaben asistencia internacional, en particular, del ACNUR.

65. Habida cuenta de la naturaleza complementaria de las obligaciones recogidas en el artículo 22 y las derivadas del derecho internacional en materia de refugiados, así como la conveniencia de unificar las normas, al aplicar el artículo 22 de la Convención, los Estados deberían aplicar en lo que concierne a los refugiados las normas internacionales teniendo en cuenta su evolución progresiva.

b) Acceso a los procedimientos para obtener el asilo, con independencia de la edad

66. Los menores que soliciten el asilo, con inclusión de los no acompañados o separados, podrán entablar, con independencia de la edad, los procedimientos correspondientes y recurrir a otros mecanismos complementarios orientados a la protección internacional. Si, en el curso del proceso de identificación e inscripción, viniera a saberse que el menor puede tener un temor fundado o, incluso en el caso de que éste no pudiera articular expresamente un temor concreto, que puede encontrarse objetivamente en peligro de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social concreto, opinión política, o si necesitara por otras razones protección internacional, se debe entablar en favor del menor el procedimiento para la obtención del asilo y, en su caso, aplicar mecanismos de protección complementaria al amparo del derecho internacional y del derecho interno.

67. Respecto de los menores no acompañados o separados sobre los que no exista ningún indicio de que necesiten protección internacional no se iniciarán automáticamente o de otra forma procedimientos para la obtención del asilo, aunque recibirán protección al amparo de otros mecanismo pertinentes de protección de la infancia, como los previstos en la legislación sobre protección de la juventud.

c) Garantías de procedimiento y medidas de apoyo (párrafo 3 del artículo 3)

68. Las medidas adecuadas previstas en el párrafo 1 del artículo 22 de la Convención deberán tener en cuenta la vulnerabilidad particular de los menores no acompañados y separados, así como el marco jurídico y las condiciones nacionales. Dichas medidas se inspirarán en las consideraciones siguientes.

69. El menor que solicite el asilo debe estar representado por un adulto que esté al corriente de los antecedentes del menor y que sea competente y capaz para representar a éste o a sus intereses superiores (véase la sección V, ii) b), "Nombramiento de tutor, asesor y representante legal"). El menor no acompañado o separado tendrá en todo caso acceso gratuito a un representante jurídico competente, incluso si la solicitud de asilo se tramita con arreglo al procedimiento normalmente aplicable a los adultos.

70. Las solicitudes de asilo presentadas por menores no acompañados o separados de su familia gozarán de prioridad y se procurará por todos los medios que recaiga sobre la misma una decisión justa y sin dilación.

71. Entre las garantías procesales mínimas debe figurar que la solicitud sea resuelta por una autoridad competente en asuntos de asilo y en la situación de refugiado. Si lo permiten la edad y madurez del menor, antes de que se adopte una decisión definitiva, debería existir la oportunidad de una entrevista personal con un funcionario competente. Si el menor no pudiera comunicar directamente con aquél en un idioma común, se solicitará la intervención de un intérprete. Asimismo, si el relato del menor adoleciera de problemas de credibilidad, se concederá a éste el "beneficio de la duda", así como la posibilidad de recurrir en debida forma contra la decisión recaída.

72. Efectuarán las entrevistas funcionarios del servicio competente en materia de asilo, los cuales tendrán en cuenta la situación especial de los menores no acompañados a la hora de evaluar la condición de refugiado y deberán tener un conocimiento de la historia, cultura y antecedentes del menor. El proceso de evaluación entrañará el examen individualizado de la combinación singular de factores que presenta cada menor y, en particular, los antecedentes personales, familiares y culturales de éste. En todas las entrevistas deben estar presentes el tutor y el representante legal.

73. En los supuestos de grandes movimientos de personas en busca de asilo, en los que no es posible efectuar una determinación individual de la condición de refugiado, los Estados podrán reconocer dicha condición a todos los miembros de un grupo. En esos casos, los menores no acompañados o separados tendrán derecho a idéntica condición que los demás miembros del grupo de que se trate.

d) Evaluación individualizada de las necesidades de protección del menor, teniendo en cuenta la persecución dirigida específicamente hacia los menores

74. Al examinar las solicitudes de asilo de los menores no acompañados o separados, los Estados tendrán en cuenta la evolución y la interrelación entre las normas internacionales

en materia de derechos humanos y el derecho de los refugiados, con inclusión de las normas elaboradas por el ACNUR, con objeto de ejercer sus facultades supervisoras al amparo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. En particular, la definición de refugiado que figura en la misma 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.

75. Los funcionarios que participan en los procedimientos de asilo aplicables a los menores, en particular los no acompañados o separados de su familia, deben recibir, con miras a la aplicación de las normas internacionales y nacionales en materia de refugiados, una formación que tenga en cuenta las necesidades específicas de los menores, así como sus particularidades culturales y de género. A fin de tramitar adecuadamente las solicitudes de asilo de los menores, cuando los gobiernos traten de reunir información sobre el país de origen, se incluirá la referente a la situación de la infancia y, en especial, de la perteneciente a minorías o grupos marginados.

e) Pleno disfrute de todos los derechos internacionales de derechos humanos y de refugiados por parte de los menores que disfruten de la condición de refugiado (artículo 22)

76. Los menores no acompañados o separados de su familia, reconocidos como refugiados y que hayan obtenido asilo no sólo disfrutarán de los derechos previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, sino que también gozarán, en la máxima medida posible, de todos los derechos humanos reconocidos a los niños en el territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado, con inclusión de los derechos que presuponen la estancia legal en ese territorio.

f) Formas complementarias de protección en favor de los menores

77. Si no se cumplieran los requisitos para obtener la condición de refugiado al amparo de la Convención de 1951, los menores separados o no acompañados disfrutarán de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección. La aplicación de estas formas complementarias de protección no exonerará a los Estados de la obligación de atender las necesidades específicas de protección del menor no acompañado y separado de su familia. Por consiguiente, los menores que

disfruten de formas complementarias de protección disfrutarán, en la máxima medida posible, de todos los derechos humanos que se reconocen a los niños en el territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado, con inclusión de los derechos que presuponen la estancia legal en dicho territorio.

78. De acuerdo con los principios generalmente aplicables y, en especial, los relativos a las obligaciones de los Estados en lo que concierne a los menores no acompañados o separados que se encuentren dentro de su territorio, los menores que no ostenten la condición de refugiado ni disfruten de formas complementarias de protección, podrán seguir acogiéndose a la protección estipulada en todas las normas de la Convención mientras se encuentren *de facto* dentro del territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado.

VII. REUNIÓN FAMILIAR, RETORNO Y OTRAS SOLUCIONES DURADERAS

a) Consideraciones generales

79. El objetivo final de regular la situación de los menores no acompañados o separados de su familia es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del menor y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor no acompañado o separado de su familia. Los intentos de hallar soluciones duraderas para los menores no acompañados o separados comenzarán y se pondrán en práctica sin dilación y, de ser posible, inmediatamente después de que se determine que se trata de un menor no acompañado o separado de su familia. De acuerdo con un criterio basado en los derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar.

80. La localización de la familia es un ingrediente esencial de la búsqueda de una solución duradera y debe gozar de prioridad, salvo cuando el acto de localización o la forma en que ésta se realiza van contra el interés superior del menor o ponen en peligro los derechos fundamentales de las personas que se trata de localizar. En todo caso, al efectuar la localización, no se hará ninguna referencia a la condición del menor como candidato al asilo o refugiado. Sobre la base de estas condiciones, los intentos de localización proseguirán también durante el procedimiento para obtener la condición de refugiado. En el caso de los menores que se encuentren en el territorio del Estado de acogida, sea a título de asilo, de formas complementarias de protección o debido a obstáculo de hecho o de derecho a la expulsión, debe buscarse una solución duradera.

b) Reunión de la familia

81. Con objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el artículo 9 de la Convención de impedir que un menor sea separado de sus padres contra su voluntad, debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la

separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión (art. 12) (véase también la sección IV e), "El derecho del niño a expresar su opinión libremente "). Si bien las circunstancias expresamente recogidas en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 9, esto es, los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, pueden desaconsejar la reunión en cualquier lugar, otras consideraciones fundadas en el interés superior del menor pueden constituir un obstáculo para la reunión sólo en lugares específicos.

82. La reunión familiar en el país de origen no favorece el interés superior del menor y, por tanto, no debe procurarse cuando exista un "riesgo razonable" de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor. Ese riesgo debe indiscutiblemente consignarse al reconocer la condición de refugiado o cuando las autoridades competentes resuelven sobre la aplicabilidad de las obligaciones de no devolución (incluidas las derivadas del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por consiguiente, el reconocimiento de la condición de refugiado constituye un obstáculo jurídico a la devolución al país de origen y, por tanto, a la reunión familiar en éste. Si las circunstancias en el país de origen presentan riesgos de nivel inferior y, por ejemplo, puede sospecharse que el menor se verá afectado por los efectos indiscriminados de una violencia generalizada, se prestará plena atención a estos riesgos frente a otras consideraciones fundadas en derechos como las consecuencias de una prolongación de la separación. En este contexto, debe recordarse que la supervivencia del menor es primordial y presupuesto del disfrute de los demás derechos.

83. Si no es posible la reunión familiar en el país de origen, sea a causa de obstáculos jurídicos que impidan el retorno, sea porque la ponderación del retorno contra el interés superior del menor inclina la balanza en favor de este último, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio. En este contexto, se recuerda especialmente a los Estados Partes "toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva" y "no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares" (párrafo 1 del artículo 10). Según el párrafo 2 del mismo artículo, los países de origen deben respetar "el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido del propio, y a entrar en su propio país".

c) Retorno al país de origen

84. El retorno al país de origen no entra en consideración si produce un "riesgo razonable" de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución. El retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundaría en el interés superior del menor. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas:

- La seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país;

- La existencia de mecanismos para la atención individual del menor;

- Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden;

- El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen;

- El derecho del menor a "preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares" (art. 8);

- La "conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño" y se preste atención "a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico" (art. 20).

85. Si los padres o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al menor, el retorno al país de origen no se efectuará, en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al país de origen.

86. Excepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor. Así puede suceder cuando éste representa un grave peligro para la seguridad del Estado o de la sociedad. Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior.

87. En todo caso, las medidas de retorno se llevarán a efecto de una manera segura y teniendo presentes las necesidades específicas del menor y consideraciones de género.

88. En este contexto, se recuerda también a los países de origen la obligación que les incumbe según el artículo 10 de la Convención, en particular, la de respetar "el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y a entrar en su propio país".

d) Integración en el país de acogida

89. La integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país

de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho. La integración en el país de acogida debe basarse en un régimen jurídico estable (con inclusión del permiso de residencia) y estar regida por los derechos previstos en la Convención que son plenamente aplicables a todos los menores que permanecen en el país, con independencia de que sea en razón de su reconocimiento como refugiados, de otros obstáculos jurídicos al retorno o de si el análisis de los intereses superiores del niño desaconseja el retorno.

90. Una vez que se ha decidido que el menor separado o no acompañado va a permanecer en la comunidad, las autoridades interesadas procederán a evaluar la situación del menor y posteriormente, en consulta con éste o con su tutor, determinarán las disposiciones apropiadas a largo plazo dentro de la nueva comunidad y demás medidas necesarias para facilitar la integración. La colocación a largo plazo en un establecimiento debe responder al interés superior del menor; en esta fase, la atención en un establecimiento debe ser, en la medida de lo posible, sólo una solución de última instancia. El menor separado o no acompañado debe tener acceso a los mismos derechos (educación, formación, empleo y asistencia sanitaria) que los niños nacionales y en pie de igualdad con éstos. Con objeto de que el menor no acompañado o separado disfrute plenamente de estos derechos, el país de acogida quizás tenga que prestar atención especial a otras consideraciones a la luz de la situación vulnerable del niño, organizando, por ejemplo, una formación adicional en el idioma del país.

e) Adopción internacional (artículo 21)

91. Los Estados deben respetar plenamente las condiciones estipuladas en el artículo 21 de la Convención, así como las recogidas en otros instrumentos internacionales pertinentes, con inclusión en particular del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional y en la Recomendación de 1994 relativa a su aplicación a los niños refugiados y otros niños internacionalmente desplazados en la hipótesis de la adopción de niños no acompañados y separados. En particular, los Estados deben observar las disposiciones siguientes:

- La adopción de menores no acompañados o separados sólo debe contemplarse una vez que se ha verificado que el menor es adoptable. En la práctica, ello quiere decir en particular que han resultado infructuosas las tentativas de localización y reunión de la familia o que los padres han dado su consentimiento a la adopción. El consentimiento de los padres, así como el de otras personas, instituciones y autoridades que requiere la adopción, debe ser libre e informado. Ello supone en particular que el consentimiento no se ha obtenido mediante pago o contraprestación de ningún género ni ha sido retirado.

- Los menores no acompañados o separados no deben ser adoptados con precipitación en medio de una emergencia.

- Toda adopción exige la previa determinación de que responde al interés superior del menor y debe ajustarse al derecho nacional e internacional y a la costumbre.

- En todos los procedimientos de adopción debe solicitarse y tenerse en cuenta las opiniones del menor, teniendo presente su edad y madurez. Esta exigencia lleva implícito que el menor ha sido asesorado y debidamente informado de las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la misma, si éste fuera necesario. El consentimiento debe ser libre y no estar asociado a pago o contraprestación de ninguna especie.

- Debe darse prioridad a la adopción por parte de parientes en el país de residencia. Si ello no fuera posible, se dará preferencia a la adopción en el seno de la comunidad de procedencia del menor o al menos dentro de su propia cultura.

- La adopción no debe entrar en consideración:

- Si existe esperanza razonable de localizar a la familia y la reunión con ésta responde al interés superior del menor.

- Si es contraria a los deseos expresamente manifestados por el menor o sus padres.

- Salvo si ha transcurrido un período razonable en el curso del cual se han tomado todas las disposiciones factibles para localizar a los padres u otros miembros supervivientes de la familia. Este lapso puede variar en función de las circunstancias y, en particular, de la posibilidad de proceder a una localización adecuada; sin embargo, el proceso de localización debe finalizar al cabo de un período razonable.

- No procede la adopción en el país de asilo si existe la posibilidad de repatriación voluntaria en un futuro próximo en condiciones de seguridad y dignidad.

f) Reasentamiento en un tercer país

92. El reasentamiento en un tercer país puede ofrecer una solución duradera al menor no acompañado o separado que no pueda retornar a su país de origen y para el que no sea posible contemplar una solución duradera en el país de acogida. La decisión de reasentar al menor no acompañado o separado debe basarse en una evaluación actualizada, exhaustiva y fundada en el interés superior, habida cuenta en particular de las circunstancias internacionales del momento y demás imperativos de protección. El reasentamiento está particularmente indicado si constituye el único medio para proteger efectiva y establemente al menor contra la devolución o la persecución u otras graves violaciones de los derechos humanos en el país de estancia. El reasentamiento responde también al interés superior del menor no acompañado y separado si contribuye a la reunión familiar en el país de reasentamiento.

93. Al evaluar el interés superior antes de resolver sobre el reasentamiento deben tenerse también en cuenta otros factores, como la duración prevista de los obstáculos jurídicos o de otra índole al retorno del menor a su país de origen, el derecho de éste a preservar su

identidad, incluida la nacionalidad y el nombre (art. 8), la edad, el sexo, el estado emocional, la educación y los antecedentes familiares del menor, la continuidad o discontinuidad de la atención en el país de acogida, la conveniencia de la continuidad en la crianza del menor, los antecedentes étnicos, religiosos, culturales y lingüísticos del menor (art. 20), el derecho de éste a preservar sus relaciones familiares (art. 8) y las posibilidades a medio y largo plazo de reunión familiar sea en el país de origen, en el de acogida o en el de reasentamiento. El menor no acompañado o separado no debe nunca ser trasladado para reasentamiento a un tercer país si ello va en menoscabo o pone gravemente en peligro la futura reunión con su familia.

94. Se alienta a los Estados a que ofrezcan oportunidades para el reasentamiento de los menores no acompañados y separados de su familia.

VIII. FORMACIÓN, DATOS Y ESTADÍSTICAS

a) Formación del personal que se ocupa de los menores no acompañados y separados

95. Debe prestarse especial atención a la formación del personal que se ocupa de los menores separados y no acompañados y de su situación. Es asimismo importante articular una formación especializada en el caso de los representantes legales, tutores, intérpretes y otras personas que se ocupan de los menores separados y no acompañados.

96. Esta formación debe adaptarse específicamente a las necesidades y los derechos de los grupos interesados. No obstante, en todos los programas de formación deben figurar ciertos elementos esenciales y, en particular:

- Los principios y las disposiciones de la Convención;
- El conocimiento del país de origen de los menores separados y no acompañados;
- Técnicas apropiadas de entrevista;
- Desarrollo y psicología infantiles;
- Sensibilidad cultural y comunicación intercultural.

97. Los programas de formación deben evaluarse periódicamente, incluso mediante el perfeccionamiento profesional en el empleo y la ayuda de redes profesionales.

b) Datos y estadísticas sobre los menores separados y no acompañados

98. Según la experiencia del Comité, los datos y estadísticas reunidos acerca de los menores no acompañados y separados de sus familias tienden a limitarse al número de llegadas o al número de solicitudes de asilo. Estos datos son insuficientes para un análisis detallado del ejercicio de los derechos de estos menores. Por otra parte, con frecuencia el acopio de datos y de estadísticas corre a cargo de diferentes ministerios u organismos, lo cual puede dificultar su análisis y presenta problemas potenciales en lo que respecta a la confidencialidad y el derecho a la intimidad del menor.

99. Por tanto, la realización de un sistema detallado e integrado de acopio de datos sobre los menores no acompañados y separados es presupuesto de la articulación de políticas eficaces para el ejercicio de los derechos de estos menores.

100. En términos ideales, el sistema contemplado debería permitir el acopio, entre otros, de los datos siguientes: datos biográficos básicos de cada menor (edad, sexo, país de origen y nacionalidad, grupo étnico, etc.), número total de menores no acompañados y separados que tratan de entrar en el país y número de entradas denegadas, número de solicitudes de asilo, número de representantes legales y tutores asignados a estos menores, situación jurídica y en términos de inmigración (es decir, solicitantes de asilo, refugiados, titulares de permiso de residencia temporal), alojamiento (es decir, en establecimientos, con familias o independiente), asistencia a la escuela o a la formación profesional, reunión familiar y número de menores retornados a su país de origen. Asimismo, los Estados Partes deberían examinar la conveniencia de reunir datos cualitativos que permitan analizar aspectos a los que se presta una atención insuficiente, por ejemplo, desapariciones de menores no acompañados y separados y repercusiones de la trata.

Notas _____

1 Estos principios rectores han sido aceptados conjuntamente por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Comité Internacional de Rescate, Save the Children del Reino Unido, el UNICEF, el ACNUR y Visión Mundial Internacional. Tienen por objeto orientar la actividad de todos los miembros del Comité Permanente Interorganismos para los niños no acompañados y separados.

2 Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/23). **c) El interés superior del niño como consideración primordial en la búsqueda de soluciones a corto y a largo plazo (artículo 3)**

[3](#) Para una visión más general de las formas y manifestaciones de la persecución específicamente dirigida a la infancia, véase el apartado d) de la sección VI "Evaluación individualizada de las necesidades de protección del menor, teniendo en cuenta la persecución específicamente dirigida hacia los menores".