

Contribución a la Observación General Conjunta sobre niñas y niños migrantes en la región Mediterránea

Comité de los derechos del niño y Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares

Junio de 2017

Sumario: Las niñas y adolescentes migrantes sufren vulneraciones de los derechos humanos y múltiples formas de violencia, tanto durante su trayecto migratorio, como una vez que han llegado al país de destino. En el presente escrito, por el que nos proponemos realizar aportaciones al primer borrador de la “Observación General Conjunta CDN-CTM sobre los derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración internacional”, hacemos especial hincapié en la obligada observancia del principio del interés superior del/ de la menor y la relevancia de adoptar una perspectiva de género en su aplicación a niñas y adolescentes migrantes, en la importancia de aplicar el principio de no discriminación en la atención y el estudio del fenómeno de la trata de personas con fines de explotación sexual, y en visibilizar las vulneraciones de los derechos sexuales y reproductivos que enfrentan las niñas y adolescentes en el proceso migratorio.

Contenido:

Introducción

- I. Apartado de no discriminación (para. 22-23)**
 - II. Interés superior del niño/a (para. 28)**
 - III. No devolución (para. 44)**
 - IV. El riesgo de la trata de seres humanos con fines de explotación para las menores migrantes (para. 79)**
- Conclusiones**

Introducción

Women’s Link agradece la posibilidad de aportar observaciones sobre la situación de niñas y niños en contextos de migración internacional al primer borrador de la “Observación General Conjunta CDN-CTM sobre los derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración internacional”.

Women's Link Worldwide es una organización internacional de derechos humanos con oficinas en Bogotá (Colombia) y Madrid (España) que usa las posibilidades que ofrece el Derecho para promover un cambio social que avance los derechos de las mujeres y las niñas, especialmente aquellas que enfrentan múltiples desigualdades. Trabajamos en

temas que nos permiten resaltar las intersecciones que existen entre la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas y los derechos sexuales y reproductivos. Como parte de la línea de trabajo “Mujeres Migrantes”, Women’s Link ha desarrollado diversas misiones de documentación de las violaciones de derechos humanos que sufren las mujeres y niñas migrantes, tanto durante su trayecto migratorio, como una vez que han llegado al país de destino.

Este trabajo y nuestro *expertise* en género nos permiten realizar contribuciones al Borrador referidas al principio de no discriminación, a la proyección de perspectiva de género en la interpretación del principio de interés del/de la menor en casos referidos a niñas o adolescentes migrantes, a la protección internacional por motivos de género y a la trata de seres humanos, grave violación de los derechos humanos a la que las menores migrantes están especialmente expuestas.

I. No discriminación (párrafos 22-23)

En el apartado “III. Protección del Convenio en relación con los derechos de los/as niños/as en el contexto de migración” del primer borrador para la “Observación General Conjunta CDN-CTM sobre los derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración internacional”, párrafos 22 y 23, se debe tener en cuenta que, en caso de expulsión o deportación que puedan dar lugar a la separación de la familia por las dificultades prácticas del reasentamiento y la adaptación de sus miembros, que los Estados estarían obligados en virtud de la Convención de los derechos del niño y de la niña a escuchar al niño o la niña (o a su representante) y a determinar si la expulsión es lo mejor para él o ella¹.

En el caso de las niñas y adolescentes migrantes, los Estados deben tomar en consideración la situación general de las menores en sus países de origen. Para ello, deben evaluar, ante una posible devolución o expulsión, si las menores tendrían acceso a la educación en su país de origen y la existencia en éste de normas que limiten los derechos de las mujeres y niñas. Es preciso, así, atender a la situación de discriminación estructural, *de iure* y *de facto*, que enfrentaría la menor en caso de ser devuelta. Esta evaluación debe ser además realizada atendiendo a las obligaciones contraídas a partir de la CEDAW, Belém do Pará y Convenio de Estambul.

¹ *Observación General Número 6: trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.* Comité de los Derechos del Niño. 2005. Párrafos: 5-6. <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/GC/2005/6>. También la Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 71, resaltó la importancia del derecho a la familia de los niños y niñas: El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño”

Nota: *Esto aplica también para complementar el párrafo 90 (B Obligaciones legales del Estado partes de proteger el derecho de los niños/as en el contexto de migración en su territorio, apartado 9. Derecho a la salud)*

II. Interés superior del niño y la niña (párrafo 98)

En el párrafo 28 debería constar la obligación ineludible para los Estados de tener en cuenta la manera diferenciada en que los riesgos a los que están expuestas las y los menores no acompañados/os afectan a las niñas y adolescentes y las consecuencias específicas que suponen.

Tal es el caso de la violación y la violencia sexual entendida de forma amplia, esto es, como aquella que incluye la desnudez forzada, la explotación, la prostitución forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la esterilización forzada o la mutilación, entre otras. Todas estas formas de violencia tienen un efecto negativo sobre la salud y capacidad sexual y reproductiva de las niñas y adolescentes, cuyos efectos psicológicos y físicos son, en muchos casos, permanentes.

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

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

III. No devolución (párrafo 44.5)

El punto 5, párrafo 44 debería ampliarse e incluir la obligación de otorgar protección internacional a las niñas, cuando se determine que pueden ser perseguidas en su país de origen en razón de su género.

Al hablar de persecución por motivos de género nos referimos a las diferentes formas en que el género es un factor relevante para determinar si una persona satisface la definición de refugiada². Y es que el género puede ser relevante en varios aspectos, como, por ejemplo, en cuanto a la forma de persecución (violación, mutilación genital femenina, aborto forzoso, etc.), en cuanto al motivo de persecución (cuando el género es el motivo o es un factor relevante contribuyente que motiva la persecución sufrida o temida) o en cuanto a la falta de protección estatal (cuando el Estado se niega a proveer protección por el daño severo con base en el género de la persona solicitante)³.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha identificado diversas formas de persecución por género: violencia doméstica o en la comunidad⁴; violación o abuso sexual⁵; orientación sexual⁶; transgresión de costumbres

² ACNUR. *Directrices sobre protección internacional: Persecución por motivos de género*. 7 de mayo de 2002.

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4714a7152>

³ A principios de la década de los 90, Canadá se convirtió en el primer país que reconocía que las mujeres sufren formas específicas de persecución por razones de género que deberían ser reconocidas bajo la Convención de Ginebra de 1951. Otros países han seguido la misma línea que Canadá, entre ellos, Estados Unidos, Australia y España.

⁴ En Estados Unidos, los tribunales han considerado en varias ocasiones la persecución relacionada con la violencia doméstica. En el asunto *Matter of S-A-, 22 I.&N. 1328*, la Junta de Apelaciones de Refugio, en el caso núm. 71.238/99 de 21 de septiembre de 2000, concedió asilo a una mujer iraní brutalmente abusada por su esposo, reconociendo a “las mujeres” como grupo social determinado. Asimismo, en el año 2001, la Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, en el caso *Aguirre-Cervantes vs. INS, 242 F.3d 1169*, concedió asilo a una mujer mexicana que, junto con sus hermanas y madre, fue brutalmente abusada por su marido, reconociendo la violencia doméstica como persecución y a la familia como un grupo social. En Australia, en el caso *Ministerio de Inmigración y Asuntos Multiculturales vs. Khawar*, [2000] FCA 1130, de 23 de agosto de 2000, en un caso de violencia doméstica contra una mujer pakistaní, la Corte Federal sostuvo que ésta no había recibido protección estatal, y que el hecho de que oficiales de orden público fallaran o se rehusaran a tomar medidas para proteger a los miembros de un grupo social determinado, en este caso mujeres víctimas de violencia en el ámbito familiar, constituía en sí mismo una forma de persecución. En Bélgica, la *Comisión Permanente de Recours des Réfugiés* consideró como grupo social determinado a las «mujeres de Yibuti».

⁵ UNHCR *Handbook for the Protection of Women and Girls*. Geneva, 2008.

⁶ Ver *Directrices sobre protección internacional*. § 16.

sociales y religiosas⁷; matrimonio forzado⁸; esterilización o aborto forzados⁹; embarazo forzado; mutilación genital femenina o circuncisión femenina¹⁰; la trata de personas¹¹.

IV. Protección contra todas las formas de explotación, trabajo infantil, y secuestro, venta y trata de menores (párrafo 79)

En la sección “*B. Obligaciones legales del Estado partes de proteger el derecho de los niños/as en el contexto de migración en su territorio*” (párrafo 79) debería tenerse en cuenta que los Estados tienen que adoptar todas aquellas medidas tendentes a terminar con la trata de seres humanos; que resulta primordial la consideración de normas relativas a la no-devolución, y que su evaluación tenga en cuenta el principio del interés superior del/ de la menor, sobre el que no cabe priorizar ningún otro, y por consiguiente tampoco los intereses de las políticas migratorias del Estado. Además, hay que tener en cuenta que el ACNUR ha determinado la posibilidad de garantizar el estatus de refugiado a las víctimas de trata¹².

En efecto, tanto el ACNUR como una creciente práctica administrativa y jurisprudencial de varios países, estiman que las víctimas de trata, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso, pueden ser reconocidas como refugiadas en base a su persecución por motivos de género¹³. Las alegaciones de las víctimas de trata deben considerarse teniendo en cuenta los elementos de la definición de persona refugiada

⁷ Ver *Handbook for the Protection of Women and Girls*.

⁸ Ejemplos de estatutos concedidos encontramos en *Austria* (una mujer palestina del Líbano, que temía ser asesinada «por el honor» por oponerse a su matrimonio forzado); *Francia* (una mujer de Yibuti que temía ser forzada al matrimonio si era devuelta a su país de origen), y *Bélgica* (una mujer que temía un matrimonio forzado con un hombre mayor y polígamo; se consideró la edad de la solicitante, que tenía 15-16 años al interponerse el recurso, las tradiciones del matrimonio en Camerún y la falta de la protección del Estado.

⁹ Ver, por ejemplo: Estados Unidos, *Tang vs. Gonzales*, 489 F.3d 987, Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, 2007. Reino Unido, *Liu v SSHD* [2005] EWCA Civ 249. Canadá, *Cheung v. Canada* (M.E.I), (1993) 2 F.C. 314. Reino Unido, *Chun Lan Liu v. The Secretary of State for the Home Department*. [2005]. En este último caso, la demandante solicitó asilo a su llegada al Reino Unido, después de haber sido víctima de un aborto forzado en su país China, por miedo a que, en caso de ser devuelta a su país, la obligasen a esterilizarse. En apelación, el Tribunal estableció que las mujeres de China en la misma situación que la solicitante podían conformar un grupo social.

¹⁰ En el caso *Fauziya Kasinga*, 3278, del *Board of Immigration Appeals* de Estados Unidos, de fecha 13 de junio de 1996, el Tribunal consideró que la solicitante tenía un temor bien fundado de ser mutilada (MGF) en el caso de retornar a su país de origen, Togo, y que ello suponía persecución suficiente en los términos del derecho de asilo y refugio. La persecución que temía era causa de su pertenencia a un determinado grupo social, el de las mujeres jóvenes de la tribu Tchamba-Kunsuntu que no han sufrido MGF y que se oponen a su práctica.

¹¹ ACNUR. *Directrices sobre protección internacional: en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*. 7 abril de 2006. <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=487e105b2>

¹² Ver *Directrices sobre protección internacional y trata*.

¹³ Ver *Directrices sobre protección internacional*. §18.

establecidos en la Convención de Ginebra de 1951, y en otros instrumentos internacionales en base a los cuales se puede dar protección subsidiaria.

Los Estados deben tener en consideración que las víctimas de trata con fines de explotación pueden sufrir graves repercusiones en caso de escapar de sus explotadores y ser devueltas a sus hogares. El riesgo de persecución si son devueltas a su país de origen incluye el de ser nuevamente sometidas a trata, sufrir violaciones, ser asesinadas –tanto ellas como algún familiar– y ser excluidas por parte de la comunidad y la familia, de forma tal que no puedan llevar a cabo una vida que involucre el disfrute de todos sus derechos fundamentales. Hay casos en que las víctimas de trata no tienen la protección de su Estado, ya que en ocasiones agentes estatales son parte de las redes de trata y colaboran con los traficantes o toleran su actuación.

Además, los Estados tienen la obligación de proteger los derechos de las víctimas de trata, incluyendo la prevención frente a nuevos daños que se les puedan ocasionar y reparándolas por los ya sufridos¹⁴. Ello supone que en casos donde el Estado no se haya mostrado dispuesto o no haya podido proteger contra estos daños y/amenazas de daños, la solicitud de una mujer/niña víctima de trata reuniría los requisitos necesarios para que se le concediese el asilo¹⁵.

IV. Conclusiones

El análisis de los procesos migratorios obliga a adoptar una perspectiva de género para poder conocer de forma real las causas, consecuencias e impactos de tales procesos. En este marco, las menores migrantes afrontan en los tránsitos migratorios una realidad diferenciada configurada por su género y edad, que conlleva distintas implicaciones. Así, ser una niña o adolescente migrante puede suponer en numerosas ocasiones enfrentarse a situaciones que vulneran los derechos humanos, hecho que debe ser abordado de manera primordial al realizar un estudio de las migraciones.

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

¹⁴ Ver *Directrices sobre protección internacional y trata*. El principio de diligencia debida puede ser encontrado en estas directrices que manifiestan lo siguiente: “Los Estados tienen la responsabilidad conforme al derecho internacional de actuar con diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y enjuiciar a los tratantes, y asistir y proteger a las víctimas de trata”.

¹⁵ UNICEF. *Guidelines on the Protection of Child Victims of Trafficking*. Septiembre de 2006. § 18-19.

women's LINK worldwide

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

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