

MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA. CONTEXTUALIZACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS DIFICULTADES LEGALES EN LA SOLICITUD DE ASILO

MINORS IN THE EUROPEAN UNION. CONTEXTUALISATION AND ANALYSIS OF LEGAL DIFFICULTIES IN ASYLUM APPLICATIONS

ARMANDO ALVARES GARCÍA JÚNIOR

*Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

*Ex Decano de la Facultad de Derecho
Universidade Bandeirantes de São Paulo, Brasil*

Recibido: 18.12.2018 / Aceptado: 24.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4614>

Resumen: Con la actual crisis migratoria y de los refugiados, juristas, politólogos y autoridades competentes de la Unión Europea se enfrentan cada vez más con la cuestión de la llegada de menores necesitados de protección internacional. Esta investigación se enfoca en las diversas e interconectadas dificultades prácticas surgidas en el curso del proceso concerniente al otorgamiento de esa protección: «invisibilidad» del menor, derecho a ser escuchado, preservación de la unidad familiar, deber internacional de no devolución, evaluación del riesgo individual en función del «temor fundado» y del riesgo objetivo.

Palabras clave: asilo, menores, solicitud de protección internacional.

Abstract: With the current migration and refugee crisis, jurists, political scientists and competent authorities in the European Union are increasingly faced with the issue of the arrival of minors in need of international protection. This research focuses on the diverse and interconnected practical difficulties encountered in the course of the process concerning the granting of such protection: «invisibility» of the minor, right to be heard, preservation of the family unit, international duty of non-refoulement, individual risk assessment in terms of «well-founded fear» and objective risk.

Keywords: asylum, minors, application for international protection.

Sumario: I. Análisis jurídico de la protección internacional. 1. Aspectos históricos y principales instrumentos jurídicos en la Unión Europea. 2. Análisis de las solicitudes cursadas en que se involucran menores de edad. 3. El problema de la «invisibilidad» del menor refugiado. II. Menores no acompañados (o separados) y menores acompañados. 1. Problemas relativos a las solicitudes de los menores (no acompañados y acompañados). 2. La evaluación individual por parte del Estado y el deber de no devolución. 3. El derecho del menor a ser escuchado por las autoridades competentes del Estado. 4. El menor ante los procesos judiciales y administrativos. A. Menores no acompañados o separados. B. Menores acompañados. 5. Evaluación del riesgo en función de la edad y del «temor fundado». 6. Evaluación del riesgo objetivo. III. Conclusiones.

I. Análisis Jurídico de la protección internacional

1. Aspectos históricos y principales instrumentos jurídicos en la Unión Europea

1. La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (enmendada por el Protocolo de Nueva York de 1967) constituye, hace casi 70 años, el marco legal fundamental aplicable a los refugiados. Este instrumento no solamente ha definido su figura, sino que también ha establecido un enfoque común para los refugiados que ha servido de base, desde 1999, para el desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) dentro de la Unión Europea. El desarrollo del sistema de asilo en Europa avanza gradualmente desde entonces. Por ejemplo, en noviembre de 2004, los jefes de Estado y de gobierno europeos presentaron el denominado «Programa de La Haya» con la concepción de un Sistema Europeo Común de Asilo cuyo particular desafío era lo de establecer procedimientos comunes y un estatus uniforme para las personas beneficiadas con la protección internacional (tanto asilo como protección subsidiaria) en el ámbito de la Unión Europea. Considerando la creación e inicio de funcionamiento del Fondo Europeo para los Refugiados, la aplicación de la Directiva 2003/86/CE (Directiva de Reagrupación Familiar)¹ y las respuestas obtenidas en función de los planteamientos formulados en el Libro Verde de 2007 de la Comisión de las Comunidades Europeas «sobre el futuro sistema europeo común de asilo», la Comisión Europea presentó, en junio de 2008, su Plan de Políticas de Asilo (COM (2008) 360 final)² en que se estableció un conjunto de tres pilares que funcionarían como línea de desarrollo del SECA: 1) lograr una mayor armonización de las normas de protección al alinear aún más la legislación de asilo de los Estados miembros de la Unión Europea; 2) lograr una cooperación práctica, eficaz y bien apoyada; 3) lograr una mayor solidaridad y sentido de responsabilidad entre los Estados miembros de la Unión Europea y entre la Unión Europea y terceros países. También en 2008 se estableció la Red Europea de Migración (Decisión 2008/381/CE del Consejo), cuyo objetivo era proporcionar información actualizada, objetiva, fiable y comparable sobre la migración y el asilo a las instituciones europeas, a los países de la Unión Europea y al público en general³.

2. En 2009 la Comisión Europea propuso establecer una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (creada en el 2010 y en pleno funcionamiento desde junio de 2011 y que pasó a trabajar en conjunto con la Comisión Europea y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados) cuya función primordial era apoyar técnica y operativamente a los Estados miembros en sus esfuerzos por implementar una política de asilo más coherente y justa (particularmente en aquellos países que reciben un elevado número de solicitudes de asilo). El paso siguiente, en mayo de 2010, ha sido la presentación por la Comisión Europea de un Plan de Acciones para los Menores no Acompañados (COM (2010) 213 final) cuyo objetivo era establecer un enfoque coordinado hacia el otorgamiento de altos estándares relativos a la recepción, protección e integración de esas personas. Con todo eso se desarrollaron varias directivas en la Unión Europea, siendo los principales instrumentos legales sobre asilo: 1) la Directiva 2011/95/UE⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida); 2) la Directiva 2013/32/UE⁵ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (sobre procedimientos comunes para

¹ Directiva nº 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DOUE L 251 de 03 octubre 2003, p. 12. Esta directiva no se aplica a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea ni a los nacionales de fuera de la Unión Europea que solicitan el estatuto de refugiado y cuya solicitud no ha sido objeto de una decisión definitiva, o que se beneficien de forma temporal de protección.

² European Commission. Migration and Home Affairs. Common European Asylum System, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum_en

³ Decisión del Consejo nº 2008/381/CE, de 14 de mayo de 2008, por la que se crea una Red Europea de Migración, DOUE L 131, de 21 mayo 2008, p. 7. La Red Europea de Migración ha producido un estudio exhaustivo sobre políticas de recepción y acuerdos de retorno e integración para menores no acompañados.

⁴ DOUE L 337 de 20 diciembre 2011, p. 9.

⁵ DOUE L 180 de 26 junio 2013, p. 60.

la concesión o la retirada de la protección internacional); 3) la Directiva 2013/33/UE⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional) y 4) el Reglamento (UE) 604/2013⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (por el que establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida).

3. La Directiva revisada sobre procedimientos de asilo (Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y que derogó a la Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos de concesión o retirada de la condición de refugiado en la Unión Europea) tenía como objetivo lograr, en el conjunto de la Unión Europea, decisiones más rápidas, justas y de mejor calidad jurídica, otorgando una mayor protección tanto a los solicitantes de asilo con necesidades especiales como a los menores no acompañados (MENA) y las víctimas de tortura. La detención de los solicitantes, en ese marco, solo se aplicaría como medida de último recurso. Paralelamente, el Reglamento de Dublín III⁸, aplicable desde el 1 de enero de 2014 en toda la Unión Europea, tiene como finalidad mejorar la protección de los solicitantes de asilo durante el proceso de establecimiento del Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo, y cuenta, además, con el Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 («Reglamento EURODAC») por el que se ha creado un sistema (EURODAC) para la comparación de las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo (lo que permitiría a las autoridades policiales acceder a la base de datos de la Unión Europea de huellas dactilares de esos solicitantes para prevenir, detectar o investigar algunos delitos especialmente graves, como el asesinato y el terrorismo)⁹.

4. Más recientemente, en abril de 2016, la Comisión Europea adoptó la Comunicación (COM (2016) 197 final) iniciando el proceso para reformar el SECA con los siguientes propósitos: 1) garantizar la sostenibilidad en el procedimiento de asignación de solicitantes de asilo entre los Estados miembros; 2) conseguir una mayor armonización de los procedimientos y normas de asilo para crear igualdad de condiciones en toda la Unión Europea y reducir así los factores de atracción que inducen movimientos secundarios irregulares y 3) fortalecer el mandato de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo. En mayo de ese mismo año, la Comisión Europea presentó un primer paquete de reformas que incorporaban propuestas para el Reglamento Dublín, el sistema EURODAC y el establecimiento de una Agencia Europea para el Asilo (COM (2016) 271 final), sucedánea robustecida de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo para ayudar a los Estados miembros en situaciones de crisis y para supervisar la aplicación de la legislación de la Unión Europea por las distintas autoridades nacionales. En julio de 2016, la Comisión Europea presentó un segundo conjunto de iniciativas relacionadas con la reforma del SECA (COM (2016) 468 final) que incorporaban propuestas para el establecimiento de un marco de reasentamiento de refugiados para la Unión Europea, un procedimiento común para el otorgamiento de protección internacional (COM (2016) 467 final) y la refundición de la legislación sobre las normas de acogida de solicitantes de protección internacional (COM (2016) 465 final)¹⁰.

5. Todos esos instrumentos y programas señalados consagran el asilo como un derecho fundamental, por un lado, y el otorgamiento de protección por la autoridad competente como una obligación internacional, por otro. En un espacio como el de la Unión Europea, cuyas fronteras están abiertas, en que se consagra la libertad de movimiento y los países comparten los mismos valores fundamentales, es relevante que los Estados tengan tanto una responsabilidad compartida para con los solicitantes de asilo como un enfoque conjunto para garantizar estándares de protección uniformes, justos y elevados hacia

⁶ DOUE L 180 de 29 junio 2013, p. 96.

⁷ DOUE L 180 de 26 junio 2013, p. 31. También conocido por «Reglamento de Dublín III».

⁸ Ha derogado el «Reglamento Dublin II» (Reglamento n° 343/2004, del Consejo de la Unión Europea).

⁹ DOUE L 180, de 29 junio 2013, p. 1.

¹⁰ Parlamento Europeo. Noticias. Recuperado de <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/eu-affairs/20171117STO88354/la-oficina-europea-de-asilo-presenta-su-informe-anual-en-el-parlamento>

ellos de modo que, cualquier que sea el Estado miembro dónde postule un solicitante una protección internacional, el resultado sea similar. Al mismo tiempo, los procedimientos para el otorgamiento de protección internacional deben ser justos y eficaces en todos los Estados miembros (evitando situaciones de abuso hacia los solicitantes de asilo que, naturalmente, ya presentan una condición de vulnerabilidad).

2. Análisis de las solicitudes cursadas en que se involucran menores de edad

6. El marco legal internacional para los refugiados presenta importantes omisiones que fueron, de cierta forma, suplidas discrecionalmente (y de forma muy distinta) por cada Estado en lo que concierne al diseño y a la implementación de sus procedimientos nacionales para la concesión de la protección y determinación del estatus correspondiente. En este campo, los Estados lograron cierto nivel de control, pero, desde luego, sus medidas distan mucho de ser uniformes. Lamentablemente, el tema de la evaluación de solicitudes cursadas por menores de edad en situación de riesgo y vulnerabilidad (integren o no una unidad familiar, estén o no separados o estén simplemente desacompañados, algo cada vez más habitual en los flujos migratorios que llegan hasta Europa), presentan una deficiencia crónica en relación al régimen internacional para los refugiados porque tanto la Convención de Refugiados de 1951 como el Acta de Refugiados de 1980¹¹, son instrumentos limitados en ciertas cuestiones relevantes como, por ejemplo, la vinculación del estado del menor al de su familia. En otras palabras, si el estado de un menor debe evaluarse de forma independiente (o no) al de su familia o si simplemente debiera derivarse de la determinación exitosa o no exitosa de la solicitud de su padre, madre o tutor.

7. Para añadir mayor dificultad, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Niño no aborda expresamente la definición de «padre» (por la dificultad de establecer una noción de la «familia» aceptable en todo el mundo)¹². En este sentido, se puede observar que ni siempre coinciden los padres biológicos con los padres sociales (*birth parents, biological parents and social parents*)¹³. Al no proporcionar la Convención ninguna dirección sobre las circunstancias en las que el menor (o sus padres) pueden ser considerados «elegibles» (lo que permitiría conferir eventualmente una mayor protección al menor y evitar la división de la unidad familiar), los Estados siguen caminos más o menos distintos, solamente limitados por el marco internacional más amplio de los derechos humanos y por cierta contención de la discreción procesal señalada, en este campo concreto, por la Convención de los Derechos del Niño¹⁴ en lo que se refiere a la garantía de procedimiento.

8. Lo que se observa, en la práctica, es que los menores, de modo general, se han vuelto de cierta forma «invisibles» en el ámbito de los procedimientos nacionales para la concesión de protección internacional y determinación del estatuto de refugiado. Hay escenarios, incluso, en los que no se permite al menor presentar una solicitud de protección desacompañado de sus padres o tutores, lo que naturalmente frenaría la posibilidad de lograr el estatus de refugiado. Tampoco es infrecuente que las autoridades nacionales ignoren la solicitud de protección del menor cuando esté acompañado de un miembro de la familia, aunque en la práctica esa persona cometa abusos sistemáticos al menor. En muchos lugares se ha generalizado en la práctica la idea de que el menor (y su solicitud) es parte *inseparable* de su familia y de la solicitud de protección internacional cursada por su familia¹⁵ (aunque existan eventuales eviden-

¹¹ El Acta de Refugiados de 1980 define a los refugiados como personas fuera de su país de nacionalidad, que están incapacitadas para regresar por persecución, o por miedo fundado de persecución, a causa de su raza, religión, nacionalidad, membresía de algún grupo en particular u opinión política.

¹² J. M. POBJOY, *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 78.

¹³ J. TOBIN, "Parents and Children's Rights under the Convention on the Rights of the Child: Finding Reconciliation in a Misunderstood Relationship", *Australian Journal of Professional and Applied Ethics*, n° 7 (issue n° 2), junio 2005, pp. 31-34.

¹⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49).

¹⁵ España. Ministerio del Interior. Dirección General de Política Interior. Defensor del Pueblo. Fecha 29 de mayo 2017. Queja n° 16006334. Resumen: «Menor de nacionalidad siria que estaba temporalmente en casa de unos amigos de sus padres y que debido a razones de seguridad personal decide pedir asilo en España, pero no le dan acceso al procedimiento al tratarse de un menor extranjero acompañado. La entidad de protección no le tutela y no tiene representante legal en España. El interesado

cias de daños generados en el propio entorno familiar). Ocasionalmente el menor (especialmente aquel no acompañado: MENA) se encuentra con una barrera conceptual de que carece de la capacidad jurídica necesaria para reclamar el estatus de refugiado de manera independiente.

9. La evaluación estatal de la elegibilidad del menor para la concesión del estatus de refugiado sigue siendo muy problemática en la actualidad, no solamente por el tema de los eventuales maltratos en su entorno familiar más cercano, como también por la implicación que eso podría tener en un proceso de devolución del menor al país de origen, muchas veces en guerra o con problemas concretos de gran envergadura, no necesariamente generales (caso de la persecución política). Así las cosas, la remoción de la posibilidad de un menor lograr el estatus de refugiado (al impedirle que presente una solicitud independiente o, en lo mejor de los casos, sin una escrupulosa revisión de su solicitud de forma independiente a la solicitud de los demás miembros de su familia), podría ocasionalmente configurar tanto una violación del deber estatal de no devolución (*non refoulement*), bajo el amparo del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, como de los arts. 9 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, de 1989. El art. 9 de esta última Convención determina el deber estatal de no separar el menor de sus padres (salvo que las circunstancias lo recomienden, y siempre a favor del interés del menor)¹⁶, al paso que el art. 12 señala, como requisito de procedimiento, la posibilidad de que el menor exprese sus puntos de vista libremente en asuntos que le afecte (y también de ser escuchado en procedimientos judiciales y administrativos)¹⁷.

10. Es habitual, no obstante, que los Estados otorguen alguna forma de protección al menor cuando sus padres son reputados «elegibles» para efectos de concesión del estatus de refugiado. En sentido contrario, casi todos los Estados deniegan al menor eventualmente calificado como refugiado el derecho de extender esa protección legal a sus propios padres. Eso ocurre porque para esos países el estado migratorio del menor debe derivarse de sus padres y no al revés¹⁸. Este hecho es conocido de muchas familias, que son muchas veces renuentes en aceptar un reclamo por separado del menor, aunque exista la posibilidad jurídica de hacerlo (lo normal es que el menor siga el destino de su familia, siendo, de cierto modo, «invisible» en el proceso)¹⁹.

3. El problema de la «invisibilidad» del menor refugiado

11. La renuencia de los Estados a tratar a los menores como refugiados por derecho propio es algo antiguo. La base de esa distorsión es la postura más o menos inflexible por parte de los Estados de no considerar el menor como un «sujeto apropiado» (que no es lo mismo que legitimado) para cursar una solicitud de asilo²⁰. La visión estatal que está por detrás de toda esa problemática puede ser plasmada en

tardó casi seis meses en poder formalizar la solicitud. No existe protocolo para actuar en estos casos». Recuperado de <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/adoptar-las-medidas-necesarias-para-garantizar-la-formalizacion-de-solicitudes-de-proteccion-internacional-a-los-menores-solos-aunque-no-tengan-representante-legal-en-aplicacion-de-la-normativa-vige/>

¹⁶ Si la separación no es lo mejor para el niño, el Estado tendrá la obligación de tomar medidas positivas para garantizar que tanto el menor como sus padres permanezcan juntos, independientemente del hecho de que solo un miembro de la familia puede ser considerado «elegible» para efectos de concesión del estatus de refugiado.

¹⁷ H. E. CAMERON, *Refugee Law's Fact-Finding Crisis: Truth, Risk, and the Wrong Mistake*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 60 y J. M. POBJOY, *op. cit.* pp. 52-69.

¹⁸ J. BHABHA, "The 'Mere Fortuity' of Birth? Are Children Citizens?", *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, n° 15, *issue 2*, marzo 2004, pp. 91-96.

¹⁹ M. CROCK, "Re-Thinking the Paradigms of Protection: Children as Convention Refugees in Australia" en J. MCADAM (coord.), *Forced Migration, Human Rights and Security*, Londres, Hart Publishing, 2008, pp. 155-158. En sentido similar, J. BHABHA, "Independent Children, Inconsistent Adults: Child Migration and the Legal Framework", *Discussion Paper IDP n° 2008-02*, UNICEF (Innocenti Research Centre), mayo 2008. Recuperado de http://www.globalmigrationgroup.org/system/files/uploads/gmg-topics/children/2.H_Independent_children_inconsistent_adults_UNICEF.pdf

²⁰ J. BHABHA, "More Than Their Share of Sorrows": International Migration Law and the Rights of Children", *Saint Louis University Public Law Review* n° 22, 2003, pp. 253-266 y, del mismo autor, "Un 'Vide Juridique'? – Migrant Children: The Rights and Wrongs" en C. BELLAMY et al. (eds.), *Realizing the Rights of the Child*, Zúrique, Rüffer&Rub Sachbuchverlag, 2007, p. 206.

el rol esencialmente pasivo atribuido a los menores en situaciones similares a las de los refugiados, lo que hace desplazar para otra persona (padres, por ejemplo) la noción de víctima del daño concreto²¹. En otras palabras, existe una devaluación muy significativa de los intereses del menor²² al asociarlo indefectiblemente como «parte indisoluble» de una «unidad familiar», en vez de considerarlo como individuo con sus propios derechos e intereses (el rol del menor es, de modo general en las distintas sociedades, de subordinación en relación con su familia)²³, como ha quedado registrado en diversos procesos (v.g., *Kim v. Canadá*, de 2010)²⁴. Los menores acompañados, por otro lado, acaban siguiendo el destino de sus padres. Si ellos logran el estatus de refugiado, el menor también lo será; si, por otro lado, sus padres no logran esa condición, el menor también la carecerá, por el papel pasivo que presenta en esos procedimientos de determinación del estatuto de refugiado por los países²⁵. Este es el problema de ignorar la personalidad distintiva del menor y de atarlo umbilicalmente al destino de sus padres en lo que se refiere al otorgamiento de la protección internacional y del estatus de refugiado²⁶.

II. Menores no acompañados (o separados) y menores acompañados

1. Problemas relativos a las solicitudes de los menores (no acompañados y acompañados)

12. Cada vez es más habitual la llegada de niños refugiados no acompañados (o separados de sus padres) a Europa (lo mismo ocurre con relación a los Estados Unidos de América y a otras partes del planeta). Esto ha obligado a las autoridades responsables por la toma de decisiones a alejarse del paradigma tradicional centrado en los padres, a que el menor se acopla y comparte destino. A pesar de la conmoción que normalmente esas situaciones dejan entrever, el hecho es que ese fenómeno ha visibilizado a los niños en el proceso de determinación del estatuto de refugiado, llegando a ser expresamente reconocido en las directrices sobre protección internacional «Reclamaciones de asilo infantil en virtud del artículo 1 (A) 2 y 1 (F) de la Convención de 1951» y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, de 22 de diciembre 2009²⁷. El «menor refugiado», una categoría legal identificable, apareció en el discurso jurídico en función del «menor refugiado no acompañado»²⁸. La intensificación de ese fenómeno ha llevado recientemente a algunos Estados a otorgar a los menores no acompañados el derecho de solicitar el estatuto de refugiado²⁹, aunque, por otro lado, también limitaron su capacidad para ejercer ese derecho³⁰. Fuera de las fronteras europeas se tornó muy famoso el caso del menor Elián González, en que el INS (*Immigration and Naturalization Service*) no habló con el niño (en la época con seis años) sobre sus puntos de vista, ni le permitió cursar una solicitud por su incapacidad legal para fir-

²¹ P. TUITT, “The State, the Family and the Child Refugee”, en D. FOTTRELL (coord.), *Revisiting Children’s Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, La Haya/Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 149-153.

²² D. THRONSON, “You Can’t Get Here from Here: Toward a More Child-Centered Immigration Law”, *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, n° 14, mayo 2006, pp. 58-67.

²³ D. THRONSON, “Clashing Values and Cross Purposes: Immigration Law’s Marginalization of Children and Families”, en J. BHABHA (coord.), *Children without a State: A Global Human Rights Challenge*, Cambridge, MIT Press, 2014, p. 237.

²⁴ Canada Federal Court. *Kim v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 149 (CanLII). Recuperado de <https://www.canlii.org/en/ca/fct/doc/2010/2010fc149/2010fc149.html?resultIndex=1>

²⁵ A. JAMES & A. PROUT, *Constructing and Reconstructing Childhood*, Abingdon, Routledge, 2014, pp. 43-47.

²⁶ D. THRONSON, “Choiceless Choices: Deportation and the Parent-Child Relationship”, *Nevada Law Journal*, n° 6, junio 2006, p. 1165-1167. Sobre el tema, *vid* la sentencia de *Constitutional Court of South Africa*, de 2007 (Case CCT 53/06 – 2007 ZACC 18). Saffii. Southern African Legal Information Institute. Recuperado de <http://www.saffii.org/za/cases/ZACC/2007/18.html>

²⁷ ACNUR. La Agencia de la ONU para los Refugiados. HCR/GIP/09/08. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763>

²⁸ P. TUITT, *op. cit.* p. 154.

²⁹ M. REQUEJO, “La Protección del Menor no Acompañado Solicitante de Asilo: entre Estado Competente y Estado Responsable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* n° 2 (octubre 2017), Vol. 9, pp. 482-505, aborda también el tema del Marco regulatorio de la protección del menor no acompañado a la luz del Reglamento Bruselas II bis.

³⁰ D. ANKER, N. KELLY, J. WILLSHIRE CARRERA, S. ARDALAN, Mejilla-Romero: A New Era for Child Asylum, *Immigration Briefings*, septiembre 2012, p. 12. Recuperado de <https://harvardimmigrationclinic.files.wordpress.com/2013/02/mejilla-romero-a-new-era-for-child-asylum.pdf>

mar y presentar personalmente una solicitud de asilo. Además, en ausencia de circunstancias especiales, el único adulto que podría representarlo sería su padre.

13. Como se ha mencionado, cuando están acompañados, las solicitudes independientes del menor suelen ser ignoradas por los Estados³¹. La práctica habitual es que la solicitud del menor se incluya en la solicitud presentada por uno de sus padres, y que su estatus derive directamente del estatus otorgado (o no) a su padre o a su madre. Mientras la concesión del estatus de refugiado a sus padres se extiende al niño, su rechazo conlleva a una denegación automática a la obtención del estatuto por el menor, sin cualquier consideración a su voluntad y a sus intereses de forma independiente. No obstante, así como sus padres, los menores pueden también sufrir tanto daños persecutorios como daños específicos de gran envergadura: mutilación genital femenina, violaciones y toda suerte de abusos sexuales, privación de la educación, esclavitud (incluyendo la sexual), reclutamiento involuntario por pandillas, grupos militares y paramilitares, discriminaciones diversas, etc. Lo mismo puede ocurrir al menor en aquellas situaciones abarcadas por el art. 1(F) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. En todas ellas, el menor podría ser devuelto a su país de origen en circunstancias en las que existe una posibilidad real de persecución y daño, incluso muerte³². La situación se agrava en países como los Estados Unidos, Canadá o, en el caso europeo, Reino Unido, ya que niegan a los menores el derecho a extender la protección derivativa a sus padres. Eso lleva a la idea de que las consideraciones de carácter migratorio de los padres (precariedad económica, persecución política, guerras, etc.) tienen preponderancia sobre los intereses de la infancia³³, algo reflejado en el caso *Tchoukhrova v. Gonzáles*, de 2005³⁴.

14. La práctica del otorgamiento de protección derivativa nunca ha sido recíproca, pues solamente el menor puede beneficiarse de la protección internacional de sus padres mientras los padres no pueden beneficiarse del otorgamiento del estatuto vía solicitud del menor. Si el menor se convierte en refugiado y la protección no se extiende a sus padres, ocurrirá necesariamente la rotura de la unidad familiar. Por este motivo, algunas familias eligen al padre como solicitante principal de la protección internacional a las autoridades nacionales, a sabiendas de que su destino vinculará al de todos los miembros de su unidad familiar. Esta postura predomina sobre la eventual elección del menor como solicitante principal (en los países que lo admiten), aunque la concesión de protección podría eventualmente salvarle, sin extenderse a los demás miembros familiares (como se ha señalado en dos casos relevantes en los Estados Unidos: *Benyamin v Holder*, de 2009 y *Kone v Holder*, de 2010)³⁵. Así las cosas, para mantener a una familia unida (aunque no existan garantías de que recibirá la protección internacional), un padre se puede ver impulsado a cursar una solicitud ocasionalmente más débil para obtener la protección internacional que aquella que podría eventualmente tener la solicitud de su hijo (caso admitida su solicitud independiente).

2. La evaluación individual por parte del Estado y el deber de no devolución

15. La renuencia general de los Estados en evaluar individualmente las solicitudes de protección de los menores, particularmente de aquellos acompañados por sus familias, viola tanto la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (que no discrimina la edad del solicitante) como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que permite a los menores solicitantes de asilo, tanto

³¹ L. MELO, "When Children Suffer: The Failure of US Immigration Law to Provide Practical Protection for Persecuted Children", *Golden Gate University Law Review*, nº 40, enero 2010, pp. 263-265.

³² Conocido es el caso *Barry v Gonzales*, de 2006. *FindLaw for legal professionals*. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1350901.html>

³³ J. BHABHA, "The 'Mere Fortuity' of Birth? Are Children Citizens?", *Differences: op. cit.* p. 96.

³⁴ *Tchoukhrova v Gonzáles*, de 2005. United States Court of Appeals, Ninth Circuit nº 03-71129, Decisión de 21 de abril 2005. *FindLaw for legal professionals*. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1192120.html>

³⁵ *Benyamin v Holder*, de 2009. United States Court of Appeals, Ninth Circuit nº 05-71488, Decisión de 24 de Agosto 2009. *FindLaw for legal professionals*. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1115204.html> y *Kone v Holder*, de 2010. United States Court of Appeals, Second Circuit nº 08-1445-ag., Decisión de 25 de febrero 2010. *FindLaw for legal professionals*. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1509244.html>

desacompañados como acompañados, independientemente de su edad, el acceso a los procedimientos de asilo (y a otros mecanismos complementarios) para el otorgamiento de la protección internacional, tema retratado de forma muy interesante en el caso *Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, de 2000³⁶. El Manual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, del año 2011³⁷ enfatiza (en un intento para corregir situaciones aberrantes) que la denegación de estatuto de refugiado para la cabeza de la familia no debería conllevar a una denegación automática del estatuto a sus dependientes. Si ellos pueden invocar razones propias, el Estado debería reconocer la posibilidad de que soliciten, en su propio nombre, el reconocimiento como refugiados bajo la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967. De este modo, el principio de la unidad familiar operaría a favor de los dependientes y no en contra de ellos. La denegación de la condición de refugiado a los padres de un menor no elimina la necesidad y, por consiguiente, la obligación, de proceder a una escrupulosa y diligente evaluación sobre la situación del menor para saber si este entra en la categoría de «elegible» para efectos de otorgamiento de la protección internacional como refugiado por derecho propio, desacoplado del derecho de sus progenitores.

16. El problema es que la falta de evaluación individual de la condición de refugiado del menor por parte de las autoridades nacionales competentes podría dar lugar a una devolución contraria a la prohibición señalada en el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 e, incluso, del requisito procesal contemplado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño («oportunidad de expresar sus opiniones libremente y de ser escuchado en procedimientos judiciales y administrativos en los asuntos que le afecte»)³⁸. Naturalmente, eso se aplicaría tanto al menor acompañado como al desacompañado o separado. La obligación estatal de no devolución previsto en el art. 33, como se puede suponer, prohíbe a la autoridad nacional de devolver a un refugiado al país donde su vida o su integridad física y/o psicológica puedan ser negativamente afectadas. Así como los demás derechos protegidos por la Convención de Refugiados, la obligación de no devolución no depende de la edad del solicitante, aunque dependa de un examen individual del riesgo del solicitante antes de que se autorice y proceda a la remoción del territorio nacional³⁹.

17. El análisis diligente, preciso e imparcial de las solicitudes debería ser la piedra angular en lo que concierne a la prohibición de devolución de una persona a su Estado, cuando hostil. Más que eso, el principio consuetudinario *pacta sunt servanda*, que exige a los Estados actuar de buena fe en la aplicación de un tratado⁴⁰, señala (en lo referente a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados) la imperiosa necesidad de que el Estado donde se curse la solicitud proceda a un cuidadoso análisis de la condición jurídica del menor para eventualmente concederle el estatuto de refugiado. El Comité Ejecutivo del ACNUR adopta la misma postura desde 1977, cuando pasó a enfatizar la relevancia y adecuación de los procedimientos adoptados por los Estados para determinar el estatuto de refugiado (con el propósito de identificar aquellas personas consideradas «elegibles» para contar con la protección de referida Convención)⁴¹. En su *General Conclusion on International Protection* n° 71 (XLIV), de 1993,

³⁶ *Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*. High Court of Australia, P41/1999, Decisión de 13 de abril 2000. Refworld. High Court of Australia. Recuperado de http://www.refworld.org/cases,AUS_HC,3ae6b6df4.html

³⁷ UNHCR. The UN Refugee Agency. Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>

³⁸ Tanto en el proceso administrativo original de toma de decisiones como en cualquier revisión judicial posterior.

³⁹ E. LAUTERPACHT; D. BETHLEHEM, “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement”, en E. FELLER; V. TÜRK; F. NICHOLSON (coords.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, 2003, pp. 87-177. UNHCR. The UN Refugee Agency. Recuperado de <http://www.unhcr.org/419c75ce4.html>

⁴⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 26. *Pacta Sunt Servanda*. *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*.

⁴¹ UNHCR. The UN Refugee Agency. Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6e4/determination-refugee-status.html>. Posteriormente, la misma entidad ha presentado otros documentos: a) *Follow-up on Earlier Conclusions of the Sub-Committee of the Whole on International Protection on the Determination of Refugee Status, Inter Alia, with Reference to the Role of UNHCR in National Refugee Status Determination Procedures*, n° 28 (XXXIII), de 1982 (recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c439c/follow-up-earlier-conclusions-sub-committee-whole-international-protection>).

llega a señalar que esos procedimientos deberían ser considerados los más adecuados *para garantizar, en la práctica, que se identifiquen las personas que necesitan protección internacional y que los refugiados no sean devueltos* (letra «l»).

3. El derecho del menor a ser escuchado por las autoridades competentes del Estado

18. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño busca conferir cierto protagonismo al menor y evitar que su rol sea meramente pasivo⁴². Esta disposición fue reforzada por las directrices ACNUR del año 2009⁴³. Naturalmente, la decisión de la autoridad nacional de devolver al menor a un país donde pueda estar en riesgo físico, psicológico e incluso de vida, podría deflagrar una responsabilidad internacional del Estado⁴⁴. Jurídicamente, no se trata de una liberalidad del Estado o de un acto discrecional de su autoridad competente. La escucha del menor es una obligación estatal («los Estados garantizarán al niño», de acuerdo con el art. 12.1 y «adoptarán», en conformidad con el art. 4). Así las cosas, el Estado tiene la obligación estricta de adoptar todas las medidas apropiadas que estén a su alcance para implementar el ejercicio de ese derecho por el menor. La frase contenida en la primera parte del art. 12.1, a saber, *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño*, no debería, por tanto, como es lógico, ser considerada una limitación jurídica para el ejercicio de ese derecho o una excusa para que el Estado incumpla su obligación convencional.

19. Aunque eventualmente sea considerado un elemento circunstancial, eso no puede servir para justificar un trato jurídico que perjudique al menor. La evaluación de su capacidad para formar una opinión autónoma, sin embargo, posibilita muchas veces al Estado no solo desconsiderar esa capacidad de formar sus propios puntos de vista sobre un asunto que le afecte, sino también de reconocer su meritorio derecho a expresarlos, aunque no necesariamente de forma verbal (v.g., a través de juegos, dibujos, pinturas, lenguaje corporal, expresiones faciales, etc.). La idea establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño no es la «expresión», sino la «comprensión» del menor (incluyendo niños muy pequeños), sus elecciones y sus preferencias⁴⁵. El hecho es que la Convención sobre los Derechos del Niño no impone una edad mínima para el ejercicio del derecho (no es una obligación del niño, sino un derecho, plasmado en la expresión «expresar su opinión libremente») a participar en el proceso de determinación del estatuto de refugiado, aunque sus puntos de vista sean sopesados en función de su edad y madurez⁴⁶.

20. El art. 12 debe ser comprendido en conformidad con el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los menores son seres humanos por derecho propio con mentes y voluntades, puntos de vista y emociones individuales que deberían expresarse libremente. Cabría a las autoridades com-

html); b) *The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum*, n° 30 (XXXIV), de 1983 (recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6118/problem-manifestly-unfounded-abusive-applications-refugee-status-asylum.html>); c) *General Conclusion on International Protection*, n° 71 (XLIV), de 1993 (recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6814/general-conclusion-international-protection.html>); d) *General Conclusion on International Protection*, n° 74 (XLV), de 1994 (recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6a4/general-conclusion-international-protection.html>); e) *General Conclusion on International Protection*, n° 81 (XLVIII), de 1997 (recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c690/general-conclusion-international-protection.html>).

⁴² M. FREEMAN, “The Human Rights of Children”, *Current Legal Problems*, n° 63, issue 1 (1), enero 2010, pp. 1-44; L. KRAPPAMANN, “The weight of the child’s view (Article 12 of the Convention on the Rights of Child)”, *The International Journal of Children’s Rights*, n° 18, issue 4, noviembre 2010, pp. 501-513.

⁴³ Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugee, numeral 70. UNHCR. The UN Refugee Agency. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/50ae46309/guidelines-international-protection-8-child-asylum-claims-under-articles.html>

⁴⁴ D. O’DONNELL, “The Rights of Children to Be Heard: Children’s Right to Have Their Views Taken into Account and to Participate in Legal and Administrative Proceedings”, Working Paper n° IWP-2009-04, UNICEF, abril 2009, pp. 29-31.

⁴⁵ J. FORTIN, *Children’s Rights and the Developing Law* (3ª edit.), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 82-89. En sentido contrario, J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 83-94, que argumenta que los niños adquieren derechos en etapas.

⁴⁶ B. HAFEN & J. HAFEN, “Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child”, *Harvard International Law Journal*, n° 37, 1996, p. 449.

petentes nacionales, responsables por la toma de decisiones sobre las solicitudes de protección internacional cursadas, escuchar esas expresiones y opiniones. Es probable que el derecho de los menores a la dirección y orientación para compensar su falta de conocimiento y experiencia (art. 5) ceda gradualmente a un mayor nivel de responsabilidad individual a medida que crece y adquiere capacidades. Sin embargo, eso no significa que debe ser ignorado en sus primeras etapas de vida. Al contrario, en todas ellas, estará el menor involucrado en asuntos que le afecta como el de la adquisición del estatus de refugiado o similares. Algunas veces, podrá ocurrir que los intereses del menor no se alineen completamente con los intereses de sus padres o tutores (v.g., cuando el menor solicita protección en un Estado de acogida y el padre busca regresar a su país de origen). De cualquier modo, la edad y la madurez de un menor serán relevantes para la autoridad competente del potencial Estado de acogida en lo que concierne a la robustez de la evidencia presentada por ese menor relativamente a su interés y deseo⁴⁷.

4. El menor ante los procesos judiciales y administrativos

21. El artículo 12(2) de la Convención también se ve reforzada por el art. 22 (que establece que todos los menores que soliciten el estatuto de refugiado deben «recibir protección y asistencia humanitaria adecuadas en el disfrute de los derechos aplicables») y, a cierta medida, por el art. 9, especialmente su numeral (2), que establece que «todas las partes interesadas tendrán la oportunidad de participar en el procedimiento y dar a conocer sus puntos de vista» (en menor escala también se podría señalar el artículo 37(d), todos de esa Convención). No existe -ni debería existir- una barrera de edad para que el menor pueda ejercer su derecho a ser oído, tal como se quedó claro en *el General Comment* n° 12 de las Naciones Unidas sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, de 2009⁴⁸, en sus disposiciones 32 y 123. Siempre que sea posible, el menor debería ser escuchado directamente por la autoridad competente. No siendo eso factible por cualquier causa justificable, se podría escucharlo «indirectamente» a través de un representante o de un organismo o institución apropiados (disposiciones n° 35, 36 y 37)⁴⁹. De cualquier modo, no se puede olvidar que el menor, como persona humana, tiene reconocido el derecho de igualdad ante la ley (plasmada, por ejemplo, en el art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La premisa de que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia (extensibles a las autoridades administrativas) encuentra aún respaldo en el art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

22. El mayor riesgo de devolución de un menor a quien las autoridades competentes no brindaron la oportunidad de expresar libremente sus puntos de vista en asuntos que le afectan (y/o de ser escuchado en cualquier procedimiento judicial y/o administrativo) para efectos de una diligente evaluación independiente de su condición de refugiado equivale, por lo que se ha señalado anteriormente, a una violación de la norma internacional. Aunque los Estados retengan el control en cuanto a los procedimientos específicos adoptados, no se puede olvidar que los contornos externos están circunscritos tanto por el artículo 12 de la Convención como por el deber de no devolución, ampliamente aceptado en el derecho internacional.

A. Menores no acompañados o separados

23. Aunque los menores no acompañados tengan el derecho de solicitar el estatuto de refugiado en algunos Estados, el tema concerniente a la capacidad de ejercer ese derecho aún es controvertido en muchos lugares. De cualquier modo, debe ser conciliado con el deber general de no devolución y el derecho del niño a ser escuchado. La edad del menor y el hecho de que haya llegado previamente con su familia

⁴⁷ S. BRENNAN & R. NOGGLE, “The Moral Status of Children: Children’s Rights, Parents’ Rights, and Family Justice”, *Social Theory and Practice*, n° 23(1), marzo de 1997, pp. 11-12.

⁴⁸ Convention on the Rights of the Child. Committee on the Rights of the Child, fifty-first session, Ginebra, 25 de mayo-12 de junio 2009. General Comment n° 2. The right of the child to be heard. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

⁴⁹ Recuperado de <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

o no, son elementos relevantes para efectos de determinación de los procedimientos (o de las pruebas)⁵⁰, pero no podrán repudiar su derecho de presentar una solicitud individualmente, en su propio nombre. Es importante considerar que, muchas veces, el menor restituido a su país sufre riesgos notorios, como es el caso de los países en que existe la mutilación genital femenina (ablación)⁵¹. Sobre este último tema,⁵² la *Guidance Note on Refugee Claims Relating to Female Genital Mutilation* (2009), del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en su párrafo 11 señala: *Where a family seeks asylum based on a fear that a female child of the family will be subjected to Female Genital Mutilation, the child will normally be the principal applicant, even where accompanied by her parents ... Even when very young, the child may still be considered the principal applicant. In such cases, the evolving capacities of the child need to be taken into account and the parent, caregiver or other person representing the child will have to assume a greater role in making sure that all relevant aspects of the child's claim are presented.*

24. El caso anteriormente mencionado (Cuba-Estados Unidos) de Elián González, el niño cubano de seis años rescatado en el mar, después de la muerte de su madre, ilustra bien el tema de la solicitud, ya que el servicio de inmigración estadounidense se negó a apreciar la solicitud del menor como refugiado, al considerar que con su edad (seis años) carecía de la capacidad para presentar una solicitud⁵³ de refugio contra los deseos de sus padres⁵⁴ (además, durante mucho tiempo se ha discutido la práctica obediencia del *Immigration and Naturalization Service* a los deseos de los padres, pasando por alto el deseo de los niños). De cualquier modo, hay que reconocer que el deber estatal de no devolución acaba muchas veces involucrado en el delicado equilibrio existente entre la protección de los intereses del menor, por un lado, y el respeto estatal por el rol y la autoridad de los padres o tutores, por otro (algo que, a propósito, busca la Convención sobre los Derechos del Niño: especialmente los arts. 3, 5 y 18.1).

B. Menores acompañados

25. La solicitud de los menores acompañados habitualmente está subsumida a la solicitud formulada por sus padres (concretamente por su padre, como tradicional «cabeza de familia»). Con eso, el estatuto del menor se vincula al estatus otorgado (o no) a su padre, de modo que la desconsideración de la individualidad del primero (o sea, que la autoridad nacional competente no proceda a una evaluación individual de la elegibilidad del menor en lo que concierne al estatuto de refugiado) podría dar lugar a un riesgo de violación del deber estatal de no devolución (además de, casi seguramente, constituir una violación del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño). Algunos países como Canadá⁵⁵, Nueva

⁵⁰ Guidelines on International Protection: child asylum claims under articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, disposiciones 65 a 77.

⁵¹ Benín, Burkina Faso, Camerún, Chad, Costa de Marfil, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea Bissau, Indonesia, Irak, Kenia, Liberia, Malí, Mauritania, Niger, Nigeria, República Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Tanzania, Togo, Uganda, Yemen, Yibuti. La Nación. Sociedad. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/2001049-en-que-paises-se-practica-la-ablacion-y-que-se-esta-haciendo-para-frenarla>

⁵² Guidance Note on Refugee Claims Relating to Female Genital Mutilation. UNHCR. The UN Refugee Agency, 2009. Recuperado de <http://www.refworld.org/pdfid/4a0c28492.pdf>

⁵³ Algunos tribunales tampoco reconocen esa capacidad para solicitar la revisión de las decisiones que rechacen la solicitud de refugio. No obstante, otros tribunales reconocen el derecho del menor tanto de solicitar el asilo como de adoptar todas las medidas necesarias para proteger ese derecho. En este sentido, los casos: a) *Jaffari v Minister for Immigration & Multicultural Affairs*, de 26 de julio 2001. Jade. Recuperado de <https://jade.io/article/104034>; b) *Odhiambo v Minister for Immigration & Multicultural Affairs*, de 20 de junio 2002 (FCAFC 194). Jade. Recuperado de <https://jade.io/article/100113>; c) *SFTB v Minister for Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs*, de 27 de mayo 2003. Jade. Recuperado de <https://jade.io/article/100473>

⁵⁴ *González v Reno*. United States District Court, S. D. Florida, Miami Division. District Court for the Southern District of Florida, 86 F. Supp. 2d 1167 (S.D. Fla. 2000), Decisión de 21 de marzo 2000. Justia. Recuperado de <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/86/1167/2399370/>

⁵⁵ El sistema canadiense exige que todos los solicitantes presenten una solicitud individual (para el estatuto de refugiado), independientemente de si el solicitante está acompañado por un miembro de la familia. Las autoridades competentes, por su vez, están obligados legalmente a evaluar y decidir sobre la determinación de la condición de refugiado por separado para cada solicitante individual. Ver J. M. POBROY, *op. cit.*, p. 64.

Zelanda⁵⁶ y Suecia⁵⁷, en sus respectivos procedimientos nacionales, tienden actualmente a requerir a las autoridades competentes una determinación separada y particular del estatuto de refugiado para cada menor acompañado, aunque no sea parte de una unidad familiar. ACNUR, no obstante, no señala claramente si los miembros de la familia deberían estar previamente sometidos a una evaluación del estatus de refugiado de forma independiente. Sus normas internas de procedimiento para la determinación del estatuto de refugiado sugieren que a los menores sobre los que se evalúan el otorgamiento del estatuto de refugiado por derecho propio se les debe otorgar esa protección en lugar de un estatuto derivativo (desde la solicitud, por ejemplo, del padre, como consecuencia del derecho de unidad familiar).

26. El Manual ACNUR⁵⁸ también estatuye que no se debe otorgar el estatuto de refugiado formal a un dependiente si esto es incompatible con su situación jurídica personal⁵⁹ (v.g., el reconocimiento de la condición de refugiado si el miembro de la familia es un nacional del país de asilo, tiene otra nacionalidad y goza de la protección del país de esa nacionalidad o cuando el miembro dependiente de la familia entre dentro del alcance de las denominadas «cláusulas de exclusión»), orientación también seguida por su Comité Permanente del Comité Ejecutivo. De modo general, según ese Comité, los solicitantes de la condición de refugiado deben mostrar buenas razones por las cuales, individualmente, temen la persecución (aunque en función del principio de la unidad familiar, si el «cabeza de familia» cumple los criterios para el reconocimiento del estatuto de refugiado, los miembros dependientes de su familia deberían también ser reconocidos como refugiados).

27. Por su vez, las Directrices 2009 del ACNUR estipulan que cuando los padres solicitan protección internacional por temor a la persecución de su hijo, el menor normalmente será el solicitante principal (incluso cuando esté acompañado por sus progenitores). En ese caso, por ejemplo, podría ser aceptable reconocer a un padre el estatuto de refugiado derivado del otorgamiento, por la autoridad nacional competente, de esa condición jurídica al menor. De cualquier modo, en aquellas situaciones donde tanto el padre/madre/tutor como el menor tienen sus propios motivos en lo que concierne a la condición de refugiado, el ideal sería que cada solicitud fuera evaluada separadamente. El Comité Ejecutivo de ACNUR, por su vez, recomienda que cuando el solicitante principal sea reconocido como refugiado, los demás miembros de la familia sean beneficiados automáticamente con la misma condición y estatus jurídico⁶⁰. Eso no significa que la vulnerabilidad del menor desaparezca por completo, pues él, aunque sea admitido en el país de acogida como refugiado, podría eventualmente estar sometido a situaciones como, por ejemplo, abuso infantil, violencia sexual, discriminación, acoso escolar y, en algunos países, reclutamiento militar forzado, uso como escudo civil en conflictos y enfrentamientos, etc.).

28. El riesgo de que la evaluación separada de la elegibilidad de un menor acompañado (para efectos de obtención del estatus de refugiado) rompa eventualmente la unidad familiar⁶¹ (cuando otros miembros de la familia son considerados «no elegibles», como, por ejemplo, padre elegible y menor no;

⁵⁶ New Zealand Immigration. Recuperado de <https://www.immigration.govt.nz/opsmanual/index.htm?toc.htm?30917.htm#35439.htm>

⁵⁷ Government Offices of Sweden. Recuperado de <https://www.government.se/government-policy/migration-and-asylum/aliens-act/>. Vid M. EASTMOND & H. ASCHER, "In the Best Interest of the Child? The Politics of Vulnerability and Negotiations for Asylum in Sweden", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n° 37(8), 2011, p. 1185.

⁵⁸ UNHCR. The UN Refugee Agency. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/4316f0c02/procedural-standards-refugee-status-determination-under-unhcrs-mandate.html>

⁵⁹ Handbook and Guidelines on procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, n° 184. UNHCR. The UN Refugee Agency. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>

⁶⁰ El Comité Ejecutivo ACNUR, Niños Refugiados, n° 47 (XXXVIII), 1987, "h", recomienda a que los niños acompañados por sus padres sean tratados como refugiados si se determina que uno de los padres es un refugiado. Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre la protección de la familia de los refugiados, n° 88 (L), 1999, "b".

⁶¹ K. JASTRAM & K. NEWLAND, "Family Unity and Refugee Protection", en E. FELLER, V. TÜRK & F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 555-572.

menor elegible y uno de los padres no; un menor sí y uno de sus hermanos no) puede, en última instancia, acabar por salvar a uno o más miembros de la familia. Por el contrario, cuando existe esa dependencia (el acoplamiento jurídico de la condición de refugiado) el otorgamiento del estatuto a uno solo miembro (v.g., el padre) implica que una única decisión de la autoridad nacional relativa a esa concesión conlleve necesariamente a los demás miembros de la familia la extensión del nuevo estatus o la denegación de la protección internacional. Así las cosas, se llega al absurdo de que es posible evitar la fragmentación de la unidad familiar mediante la condenación de todos los miembros de la familia al mismo «destino cruel» (en el caso de denegación del estatuto de refugiado). Eso podría conducir, erróneamente, a la idea de que el menor no está protegido en su derecho de participar, a título individual, en el proceso de evaluación y concesión del estatuto, o en su derecho a estar protegido contra el riesgo de devolución al país de origen. No obstante, el principio de la unidad familiar (y la protección del menor de no ser separado, en conformidad con el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño) produce, muchas veces, ese pérfido efecto en la práctica.

29. No obstante, al no incorporar esa Convención el concepto de unidad familiar, algunos países como Canadá o Nueva Zelanda pasaron a adoptar posturas más congruentes al tratar el tema de la elegibilidad para la condición de refugiado y la protección de la unidad familiar como temas conexos (aunque se originen de consultas distintas)⁶². Está dentro de las prerrogativas estatales otorgar una protección derivativa a cada miembro de la familia como consecuencia de la concesión del estatuto de refugiado a cualquier uno de ellos, sin necesidad, en ese caso, de considerar las solicitudes por separado o la situación individual de cada uno de los miembros de la familia. Así las cosas, puede el Estado aceptar la solicitud y evaluar individualmente la condición de cada miembro de la familia para efectos de concesión del estatuto de refugiado. Una vez concedido el estatuto, para cualquier miembro, esta situación se extendería a todos los demás en función de la aplicación del principio de la unidad familiar (serían refugiados derivados)⁶³. Eso reforzaría la naturaleza declarativa (no constitutiva) de la concesión del estatuto de refugiado⁶⁴: la persona no se convierte en refugiada porque es reconocida por el Estado, sino que el Estado la reconoce y brinda su protección justamente porque es una refugiada.

30. En el contexto de los refugiados, el principio de no separación plasmado en el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a padres e hijos que “ya están juntos dentro de las fronteras del Estado de acogida”⁶⁵. Este principio no puede ser menoscabado (especialmente, según la praxis internacional, si el «cabeza de familia» es considerado refugiado, por la extensión de la protección a los demás miembros) bajo el argumento del interés público, lo que incluiría las medidas gubernamentales de control migratorio⁶⁶. El *Executive Committee (Conclusion on the Protection of the Refugee's Family*, n° 88 (L, b,

⁶² De cualquier modo, este principio está incorporado en la legislación de muchos Estados, incluyendo los mencionados.

⁶³ Esta postura tiene la ventaja de que la protección a los miembros de la unidad familiar puede derivar de cualquier miembro (del primer miembro) a que el Estado reconozca el estatuto de refugiado. Así las cosas, dejaría de prevalecer, necesariamente, la figura del “jefe de la familia”, para condicionar la situación de todos los demás.

⁶⁴ *MS (Somalia) and Others v. Secretary of State for the Home Department / KI (Somalia) and Others v. Secretary of State for the Home Department*, United Kingdom Court of Appeal (England and Wales), Document (2010) EWCA Civ. 1236, Decisión de 11 de octubre 2010, de 11 de octubre 2010. Refworld. Recuperado de http://www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV,4d2b195f2.html

⁶⁵ Por otro lado, el denominado «principio de la reunificación familiar» (contemplado en el art. 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño) concierne a la situación en que una familia se ha separado y luego trata de reunirse.

⁶⁶ En este sentido: a) UNHCR Executive Committee. Refugee Children n° 47 (XXXVIII), de 1987, 127(d). United Nations General Assembly Document n° 12A (A/42/12/Add.1). Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c432c/refugee-children.html>; b) Refugee Children and Adolescents n° 84 (XLVIII, b), de 1997. United Nations General Assembly Document n° 12A (A/52/12/Add.1). Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c68c/refugee-children-adolescents.html>; c) Conclusion on International Protection n° 85 (XLIX, «v» y «x»), de 1998. United Nations General Assembly Document n° 12A (A/53/12/Add.1). Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6e30/conclusion-international-protection.html>; d) Protection of the Refugee's Family Protection of the Refugee's Family n° 88 (L), de 8 de octubre 1999. United Nations General Assembly Document A/AC.96/928 and document n° 12A (A/54/12/Add.1). Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c4340/protection-refugees-family.html>; e) Conclusion on Children at Risk n° 107 (LVIII), de 5 de octubre 2007. United Nations General Assembly Document A/AC.96/1048, b, d, h. UNHCR Executive Committee of the High Commissioner's Programme. Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/4717625c2/conclusion-children-risk.html>

d) de 1999 también resalta la relevancia de la protección de la unidad familiar del refugiado, reafirmado tanto por el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño como por las Naciones Unidas, en sus resoluciones bajo el título de *Assistance to Unaccompanied Refugee Minors* (A/ RES/ 51/ 73, de 1997; A/ RES/ 52/ 105, de 1998; A/ RES/ 54/ 145, de 2000; A/ RES/ 56/ 136, de 2002; A/ RES/ 58/ 150, de 2004. Muchos otros documentos de ACNUR plasman el equilibrio entre el interés del menor y la preservación de la unidad familiar como, por ejemplo: *ACNUR ExCom «Refugee Children»*, n° 47 (XXXVIII), de 1987, párrafo 127, «d» («...haciendo hincapié en que todas las medidas adoptadas en favor de los niños refugiados deben guiarse por el principio del interés superior del niño, así como por el principio de unidad familiar») y «h» («recomendando que los niños acompañados por sus padres sean tratados como refugiados si se determina que uno de los padres es un refugiado»); *ACNUR ExCom*, «Conclusión sobre los niños y adolescentes refugiados», n° 84 (XLVIII), de 1997, «b» («...Estados y partes interesadas a tomar todas las medidas posibles para proteger a los niños y adolescentes refugiados ... impidiendo la separación de niños y adolescentes refugiados de sus familias»); *ACNUR ExCom*, «Conclusión sobre protección internacional», n° 85 (XLIX), de 1998, «v» («recomendando que los gobiernos adopten medidas apropiadas para garantizar la unidad de la familia, especialmente en los casos en que ha sido admitido como refugiado un miembro en particular»), «x» («...Estados..., que aún no lo han hecho, a considerar el desarrollo del marco legal para dar efecto a nivel nacional a un derecho a la unidad familiar para todos los refugiados, teniendo en cuenta los derechos humanos de los refugiados y sus familias»); *ExCom* «Conclusión sobre la protección de la familia de los refugiados», n° 88 (L), de 1999, «b» y *ExCom* «Conclusion on Children at Risk», n° 107 (LVIII), de 2007, «b» combinado con «d» («reconociendo que...debe considerarse la importancia de las estructuras de apoyo familiar y para la protección de los niños»), «h» combinado con «f» («recomendando... que los Estados... promuevan el disfrute de la unidad familiar por parte de los niños al establecer procedimientos para prevenir la separación»), etc.

31. Sin embargo, esa regla plasmada en tantos documentos no es realmente absoluta, pues debe gravitar alrededor del interés del menor. Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 9.1) deben garantizar («garantizarán», según la redacción del artículo) que no se separe a un menor de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades nacionales competentes determinen, siempre de conformidad con la legislación y los procedimientos aplicables, que esa separación será beneficiosa e incluso necesaria para los intereses del menor (v.g., casos en que existan abusos o negligencias por parte de los padres, o cuando los padres viven separados y se debe tomar una decisión sobre el lugar de residencia del menor). Todas las partes interesadas, incluido naturalmente el menor, deberían tener la oportunidad de participar en el proceso y dar a conocer su punto de vista (art. 9.2).

32. Por otro lado, cuando tal separación resulte de una acción iniciada por el Estado (v.g., detención, encarcelamiento, exilio, deportación o muerte de uno de los padres), el Estado debería proporcionar al menor (o a su familia) información sobre el paradero de esos miembros ausentes, salvo que eso perjudique el bienestar del menor⁶⁷. Este art. 9, sin embargo, acaba por resaltar el principio de la unidad familiar (y, de cierto modo, de evitar su fractura), rechazando esencialmente la separación entre los menores y sus padres. Siguiendo la postura habitual de los países en materia de asilo, esa disposición concerniría específicamente a padres e hijos que ya están juntos dentro de la jurisdicción del Estado que recibe la solicitud de protección internacional.

33. El interés superior del menor⁶⁸ (art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño) constituye la base (se podría afirmar que «exclusiva») ⁶⁹ sobre la cual el Estado podría justificar la separación

⁶⁷ Recientemente se ha observado esa situación en los Estados Unidos, en que el exacto paradero de diversos padres expulsados (por intentar entrar ilegalmente en el territorio norteamericano) hacia países de América Central era desconocido por muchas autoridades migratorias (y por las familias de los expulsados), mientras sus hijos menores -separados de la familia- eran mantenidos por más tiempo en campamentos militares.

⁶⁸ M. REQUEJO, *op. cit.* nota 29.

⁶⁹ E. F. ABRAM, "The Child's Right to Family Unity in International Immigration Law", *Law and Policy*, n° 17, marzo 1995, p. 419. Por su vez, el art. 3 de la Convención señala que «el interés superior del niño debe ser una consideración primordial».

involuntaria del menor de sus padres, lo que desvía la regla estatuida previamente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en su art. 17 («la separación de una persona de su familia puede significar una interferencia estatal arbitraria»)⁷⁰. Hay que considerar también que el art. 9(4) de la Convención sobre los Derechos del Niño está sometido al principio general establecido en el artículo 9(1). Su objetivo es, fundamentalmente, garantizar que se proporcione una información adecuada sobre el paradero del familiar ausente cuando la separación haya sido ocasionada por acciones iniciadas por el Estado.⁷¹ En Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda, el estatus de refugiado del menor no se extiende automáticamente a sus padres, lo que implica que la familia quizás tenga que optar entre separarse o regresar juntos al país de origen, aunque eso suponga un riesgo al menor⁷².

5. Evaluación del riesgo en función de la edad y del «temor fundado»

34. La elegibilidad de una persona (mayor o menor) como beneficiaria de la concesión de protección internacional por las autoridades nacionales (otorgamiento del estatuto de refugiado) está directamente vinculada en el plan internacional con el criterio del «miedo fundado». Este criterio, presente en los instrumentos internacionales, es requerido por el Estado al solicitante de protección de modo fehaciente, ya que él debe demostrar a la autoridad que el riesgo y potencial de daño al regresar a su país es genuino, o sea, de que existe una posibilidad real de que el riesgo de ser perseguido, lesionado (física o psicológicamente) o asesinado se materialice caso no se otorgue la protección solicitada y se proceda a la devolución del solicitante a su país de origen por las autoridades nacionales. Este requisito ha dado lugar a una serie de desafíos específicos para los menores, ya que las autoridades encargadas de la toma de decisiones a menudo no participan en una evaluación del riesgo que tenga en cuenta la edad. No es sencillo lograr que un menor, especialmente un niño/a, demuestre más que su miedo subjetivo. Sin embargo, la norma jurídica determina que demuestre la existencia de un riesgo prospectivo y «objetivo» de daño real si regresa a su país de origen a la autoridad nacional competente, lo que suele conllevar a importantes desafíos probatorios⁷³.

35. Para ser reconocido como un refugiado, el menor desacompañado necesita satisfacer cada elemento de la definición de refugiado: a) deberá estar fuera de su país de origen, b) deberá demostrar la existencia de un riesgo real prospectivo y c) deberá tener un temor fundado de sufrirlo caso regrese a ese país. La posibilidad de que el menor vuelva a beneficiarse de una protección en su Estado natal o que cuente con una protección duradera en otro lugar impide que la autoridad nacional le otorgue el estatuto de refugiado. Tradicionalmente, todo el mecanismo de protección internacional y la propia noción de «refugiado» se ha enfocado a los adultos, algo que solamente en tiempos mucho más recientes empezó a cambiar en función del creciente contingente de menores no acompañados llegados a los países desarrollados. Así las cosas, en vez de exigir al menor que demuestre ante la autoridad nacional competente un temor fundado de persecución (para satisfacer los requisitos convencionales necesarios en un proceso de determinación del estatuto de refugiado), sería quizás más adecuado evaluar las necesidades de protección de los menores en situación de riesgo mediante la exaltación y reforzamiento del principio de «mejores intereses» plasmado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

36. El ideal sería evitar la aparente exclusión mutua entre la protección derivada del derecho internacional de los refugiados y la protección derivada del derecho internacional sobre los derechos

⁷⁰ Vid la Convención Europea sobre Derechos Humanos, art. 8 (1 y 2) y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16 (1 y 2).

⁷¹ S. DETRICK, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Berlín, Springer, 1992, pp. 172-174.

⁷² *Oforji v. Ashcroft*. United States Court of Appeals, Seventh Circuit, n° 02-3861, Decisión de 31 de diciembre 2003. Findlaw for legal professionals. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1423087.html>; *Mame Fatou Niang v. Alberto R. Gonzales*. United States Court of Appeals, Fourth Circuit, n° 06-1470, Decisión de 12 de junio 2007. Findlaw for legal professionals. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1478394.html>

⁷³ L. BERLINER, "Children's Memory for Trauma and Positive Experiences", *Journal of Traumatic Stress*, n° 229, 2003, p. 234.

del niño, de modo que este último instrumento legal funcione esencialmente como una orientación interpretativa prevalente, tal como parece sugerir ACNUR y la propia Convención sobre los Derechos del Niño. Esta postura es consistente con los principios de interpretación del tratado y encuentra apoyo creciente, aunque incipiente, en la jurisprudencia de varios tribunales nacionales, en su mayoría de países que adoptan el sistema del *common law*. Es importante mencionar que, aunque el principio de «mejores intereses» pueda informar el contenido de una definición de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, no tiene el poder de desplazar su criterio de definición. El estatuto de refugiado no podría ser otorgado simplemente sobre la base de que corresponde al mejor interés del niño (lo que correspondería a una compatibilidad con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

37. El requisito de que un refugiado debe sentir un «temor fundado de ser perseguido» si es devuelto a su país de origen tradicionalmente se ha interpretado en función de dos elementos: 1) la demostración de una genuina inquietud subjetiva; 2) la evidencia de un riesgo objetivo y prospectivo de ser perseguido. Hay muchos desafíos operacionales en el análisis del elemento subjetivo, pues los menores a menudo son incapaces de concebir o expresar una futura aprehensión del daño. Su imposibilidad, aunque la evidencia objetiva exista (riesgo real de daño) haría la autoridad nacional competente denegar el otorgamiento del estatuto de refugiado al menor, desconsiderando, muchas veces, el objeto y el fin humanitario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

38. La doctrina y la jurisprudencia⁷⁴ anglosajona acepta ampliamente la necesidad de evidenciar tanto el «temor subjetivo» como el «riesgo objetivo»⁷⁵. El problema es que pueden ocurrir situaciones como, por ejemplo, que el menor no comprenda exactamente los riesgos y peligros existentes porque sus padres le enviaron al extranjero para protegerle, aunque sin dar mayores explicaciones sobre eso o porque carece de la capacidad cognitiva para experimentar el miedo o conectarlo a un riesgo prospectivo. De cualquier modo, esa concepción no depende exclusivamente de la edad⁷⁶ en todos los casos pues hay menores de muy poca edad que experimentan un miedo subjetivo al daño y conocen y aprecian la naturaleza del riesgo, pero tienen dificultades para articular su estado emocional ante una autoridad nacional responsable de la toma de decisiones o padezca de alguna condición psicológica específica (como trastornos) y hay menores de más edad incapaces de hacerlo⁷⁷. Considerando que tanto el riesgo objetivo como el miedo subjetivo son condiciones previas para satisfacer el estándar de «miedo bien fundamentado» exigido por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, una aplicación estricta de esas pruebas conllevaría muchas veces, necesariamente, a la denegación del estatuto de refugiado a los menores que no pueden concebir o articular un temor subjetivo, aunque el riesgo objetivo se haya establecido claramente. Las Directrices ACNUR del año 2009 reconocen que un menor «puede ser demasiado joven o inmaduro para poder evaluar qué información es importante o para interpretar lo que ha atestiguado o experimentado de una manera que sea fácil de entender para un adulto» y que, al tratarse de menores de poca edad (niños) no será razonable esperarse que brinden informaciones y experiencias similares a las que señalarían las personas adultas⁷⁸. Las pautas domésticas también reconocen que los menores pueden tener poco o ningún concepto de miedo y/o pueden ser incapaces de proporcionar evidencias sobre las circunstancias que rodearon sus experiencias pasadas o su temor a futuras persecuciones⁷⁹.

⁷⁴ *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. Supreme Court, 421, Decisión de 9 de marzo 1987. Justicia. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/421/>

⁷⁵ UNHCR Handbook. Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 195 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. HCR/IP/4/Eng/ Rev, 1992, párrafo 38.

⁷⁶ UNHCR Handbook. Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 195 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. HCR/IP/4/Eng/ Rev, 1992, párrafos 215 y 216. Párrafos 215 y 216.

⁷⁷ G. S. GOODWIN y J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 130.

⁷⁸ UNHCR. The UN Refugee Agency. Guidelines on International Protection nº 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of refugees (2009), párrafo 72. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/50ae46309/guidelines-international-protection-8-child-asylum-claims-under-articles.html>

⁷⁹ Gov. UK. Children (Asylum Policy Guidance). Recuperado de <https://www.gov.uk/government/collections/children-asylum-instructions>

39. Una estrategia para eludir la aplicación estricta de ese principio cuyo resultado sería la denegación de la protección internacional al menor podría ser tanto la imputación del «temor fundado» desde el padre hacia el menor, postura considerada legítima y suficiente por el Tribunal Superior de Australia que ya ha sostenido que «los temores de los padres del menor en su nombre son suficientes»⁸⁰ (posición que, además, encuentra apoyo en las Directrices ACNUR del 2009)⁸¹ como prescindir por completo del requisito subjetivo en los casos que involucran a menores (Directrices ACNUR 2009⁸² y The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear⁸³). De cualquier modo, la protección internacional debería existir independiente de que la persona sea inconsciente, lunática, ingenua, ignorante, estúpida, valiente, astuta, tímida, inteligente, audaz, inarticulada, etc.⁸⁴. La credibilidad asociada a la valentía o a la ausencia de miedo subjetivo⁸⁵ puede poner en serio riesgo a personas, y muy especialmente a menores, que corren un riesgo real de ser perseguidas en sus países de origen. Al fin y al cabo, las normas de derechos humanos son comunes a todos y no varían en función de percepciones o condiciones emocionales particularizadas. Así las cosas, el estándar de «miedo bien fundado» debería, muchas veces, solamente requerir la evidencia de una expectativa prospectiva de riesgo real⁸⁶, interpretación coherente con los objetivos humanitarios subyacentes a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

6. Evaluación del riesgo objetivo

40. Independientemente del estado emocional del menor, siempre será necesario que el solicitante de protección internacional demuestre la existencia de un riesgo prospectivo creíble de daño real (aunque no se exige que se eleve al nivel de probabilidad). Aunque la carga de la prueba incumbe, en principio, al solicitante, naturalmente la autoridad nacional competente puede utilizar todos los medios que estén a su alcance para encontrar las pruebas necesarias en el apoyo de la solicitud. Claro está que es bastante difícil producir esas pruebas, particularmente porque los solicitantes suelen abandonar todo, o casi todo, en una situación de persecución y riesgo de lesión o muerte. Las Directrices ACNUR de 2009, sensible con esta situación, ha estatuido que, aunque la carga de la prueba generalmente se comparte entre la autoridad nacional y el solicitante de la protección internacional, en el caso de menores, podría ser necesario que la autoridad asuma una mayor carga de la prueba, especialmente si ese menor no está acompañado (MENA)⁸⁷.

41. El riesgo potencial suele partir, aunque no se limite, de una apreciación objetiva de las condiciones de los derechos humanos en el país de origen del solicitante de la protección, tomándose en cuenta su particular situación (raza, religión, posición política, experiencias personales, etc.). Para evitar posiciones sesgadas sobre esas condiciones, es habitual que las autoridades nacionales utilicen informes considerados «neutrales» que están estructurados sobre la base de la Convención sobre los Derechos del

⁸⁰ Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs, High Court of Australia, n° (2000) HCA 19, Decisión de 13 de abril 1999. Refworld. Recuperado de http://www.refworld.org/cases,AUS_HC,3ae6b6df4.html

⁸¹ UNHCR. The UN Refugee Agency. Guidelines on International Protection n° 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of refugees, párrafo 11.

⁸² UNHCR. The UN Refugee Agency. Guidelines on International Protection n° 8, párrafo 11.

⁸³ The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear, de 2004, párrafo 3: *In contrast to the question of whether an applicant is unable or unwilling to avail himself or herself of the country of origin's protection, the assessment of well-founded fear does not comprise any evaluation of an applicant's state of mind.* Recuperado de <http://www.mjilonline.org/jdforum/digital-scholarship/opinio-juris-2/michigan-guidelines-on-well-founded-fear/>

⁸⁴ AGRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1, Leyden, Sijthoff, 1966, pp. 173-174. De la misma opinión: J. C. HATHAWAY y W. S. HICKS, "Is There a Subjective Element in the Refugee Convention's Requirement of 'Well-Founded Fear'?", *Michigan Journal of International Law*, n° 505, 2004, pp. 531-534.

⁸⁵ J. C. HATHAWAY y W. S. HICKS, *op. cit.*, p. 532. La misma idea se encuentra plasmada en la decisión del caso ZJ v Secretary of State for the Home. United Kingdom, Court of Appeal (England and Wales). Civil Division, Document n° (2008) EWCA Civ. 799, Decisión de 10 de junio 2008. Casemine. Recuperado de <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1f-22c94e0775e7eeafa>

⁸⁶ J. C. HATHAWAY y M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 561.

⁸⁷ UNHCR. The UN Refugee Agency. Guidelines on International Protection n° 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of refugees (2009), párrafo 73.

Niño y que son elaborados por el Comité de Derechos Humanos, la Oficina del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para los Niños y el Conflicto Armado, la Oficina de la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Violencia Sexual en Conflictos y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, por sus siglas en inglés)⁸⁸. También es común, en casos que involucran a menores, particularmente a los desacompañados, considerar la situación de cualquier familiar que permanezca en el país de origen, siendo eso posible (aplicación del principio de la «evidencia del riesgo para las personas con una situación similar», aunque ni siempre esa comparación sea correcta en función de diferencias socioeconómicas, culturales, ideológicas, posiciones políticas, contactos con grupos más o menos influyentes, etc. de los diferentes miembros de la familia). Aunque esta técnica se apoye en orientaciones del ACNUR⁸⁹, su utilidad se ve reducida también si la solicitud de protección se fundamenta en una forma de daño específica para el menor o en un motivo de la Convención que solo se aplica al menor. Aunque la experiencia de los miembros de la familia que estén en el país de origen pueda proporcionar un indicador razonablemente creíble del riesgo potencial del solicitante en muchos casos, es comprensible que será más útil cuando se subsuman en un contexto potencialmente comparable al del menor solicitante.

42. La credibilidad es esencial en el proceso de determinación del estatuto de refugiado. Según ACNUR, la existencia de un riesgo objetivo de daño (que variaría en función de las condiciones del país de origen del solicitante, su religión, opinión política o ideológica o su membresía o pertenencia a un grupo social particular, etc.), debería estar respaldado por el principio del «beneficio de la duda»⁹⁰, aplicable a todos los solicitantes (no solo a los menores)⁹¹, aunque debe ser reforzado para los menores desacompañados⁹². De cierto modo, se podría sugerir la posibilidad de que las autoridades nacionales competentes otorguen concesiones probatorias en función de la edad del menor, su madurez y sus capacidades de desarrollo, incluso porque en función de esos factores, existe la posibilidad de que su versión de los hechos sea vaga, ambigua, inconsistente, contradictoria, inverosímil, no cooperativa o distorsionada de la realidad (lo que, en su caso, no debería ser considerado necesaria y automáticamente falta de fiabilidad o credibilidad)⁹³ o porque el menor no ha podido presentar pruebas sobre cada hecho en apoyo de su solicitud de protección internacional.

43. El proceso de determinación del estatuto de refugiado no debe ser comprendido como la posibilidad del Estado sancionar o colocar en desventaja a una persona en situación de vulnerabilidad casi siempre desesperada por garantizar su libertad y su vida, sino como un medio para llegar a una mejor comprensión de los hechos y del contexto del solicitante de la protección internacional⁹⁴. También hay que considerar que los menores, especialmente los de tierna edad, pueden sentirse abrumados o confundidos durante el proceso de determinación del estatuto de refugiado y de sentir la necesidad de exagerar u omitir ciertos detalles de su solicitud ante la autoridad nacional competente que decidirá, de cierto modo, su vida.

⁸⁸ R. K. S. KOHLI, F. MITCHELL y H. CONNOLLY, “An Analysis of the Coverage of Issues Related to Children in Country of Origin Reports Produced by the Home Office”, Paper, Independent Advisory Group on Country Information, octubre 2012, p. 9.

⁸⁹ UNHCR Handbook. Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 195 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. HCR/IP/4/Eng/ Rev, 1992, párrafo 218.

⁹⁰ UNHCR Handbook. Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 195 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. HCR/IP/4/Eng/ Rev, 1992, párrafos 203-204 y 219.

⁹¹ Office on the United Nations High Commissioner for Refugees. Geneva. Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims, de 16 de diciembre 1998, párrafo 12. Recuperado de <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3338.html>

⁹² Office of The United Nations High Commissioner for Refugees. Geneva. Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, febrero de 1997, párrafo 5.11. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d4f91cf4/guidelines-policies-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum.html>

⁹³ UNHCR. The UN Refugee Agency. Guidelines on International Protection n° 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of refugees (2009), párrafo 72.

⁹⁴ *Abebe v The Commonwealth*. High Court of Australia, Document (1999) HCA 14, Decisión de 14 de abril 1999. Recuperado de <https://jade.io/article/68112>. Abordando temas correlatos, *Mejilla-Romero v. Holder*, United States Court of Appeals, First Circuit, n° 08-2336, Decisión de 6 de abril 2010. FindLaw for Legal Professionals. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1520805.html>

II. Conclusiones

Los principales resultados obtenidos con esta investigación son los siguientes:

Primero. Los Estados suplieron discrecionalmente las omisiones del marco legal internacional para los refugiados, generando distintos diseños y procedimientos nacionales para el otorgamiento de la protección internacional (y, por consiguiente, la determinación del estatus jurídico correspondiente). Similarmente, ante la ausencia de una definición expresa y precisa del término «padre» por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Niño, surgen caminos nacionales diferentes tanto en el campo de la «elegibilidad» como de la protección contra la división de la «unidad familiar». La dispersión normativa y de procedimiento nacional solamente encuentra limitación en el marco internacional más amplio de los derechos humanos y, en el campo procesal, en las garantías contempladas en esa convención.

Segundo. Las autoridades nacionales competentes en la Unión Europea habitualmente «invisibilizan» el menor en las apreciaciones de las solicitudes de protección internacional. Esto se debe, esencialmente, a la arraigada percepción jurídica del principio de «preservación de la unidad familiar». De este modo, la suerte del menor acompañado se vincula a la suerte del solicitante principal, lo que colisiona con su derecho de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que le afecte (según la Convención sobre el Derecho de los Niños, que cuenta con el apoyo de varias directrices emitidas por ACNUR). Además, la evaluación individual por parte de las autoridades nacionales suele exigir un formalismo muchas veces contrario al objetivo y a la esencia humanitaria de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y puede colisionar con el principio de no devolución del solicitante a su país de origen. El asilo al solicitante principal -normalmente el padre- se extiende a los demás miembros de la familia. Lo contrario no ocurre.

Tercero. Aunque los menores no acompañados tengan el derecho de solicitar el estatuto de refugiado en algunos Estados, el tema concerniente a la capacidad de ejercer ese derecho aún es controvertido en muchos lugares. Además, la evaluación separada de la elegibilidad de un menor puede eventualmente romper la unidad familiar (en virtud de la no extensión a los demás miembros de la familia de un eventual otorgamiento del estatus de refugiado) lo que contrariaría tanto la letra como la esencia de la norma internacional.

Cuarto. La adopción estricta del criterio del «miedo fundado» y su conexión con un riesgo real prospectivo por las autoridades competentes puede afectar negativamente al solicitante y aún más, por su propia condición, al menor. Lo mismo ocurre relativamente al criterio del «riesgo objetivo», que puede conducir a situaciones injustas e incluso a la devolución del solicitante a su país de origen (las dificultades de demostración y prueba de la existencia de un riesgo prospectivo creíble de daño real pueden ser insuperables para el solicitante de la protección, a quien predominantemente incumbe la prueba).

Considerando todos esos elementos, se propone lo siguiente:

- Que el menor acompañado sea escuchado en el proceso que le afecte.
- Que el menor desacompañado o separado pueda solicitar la protección internacional.
- Que el principio de la unidad familiar sea flexibilizado en función del interés superior del menor.