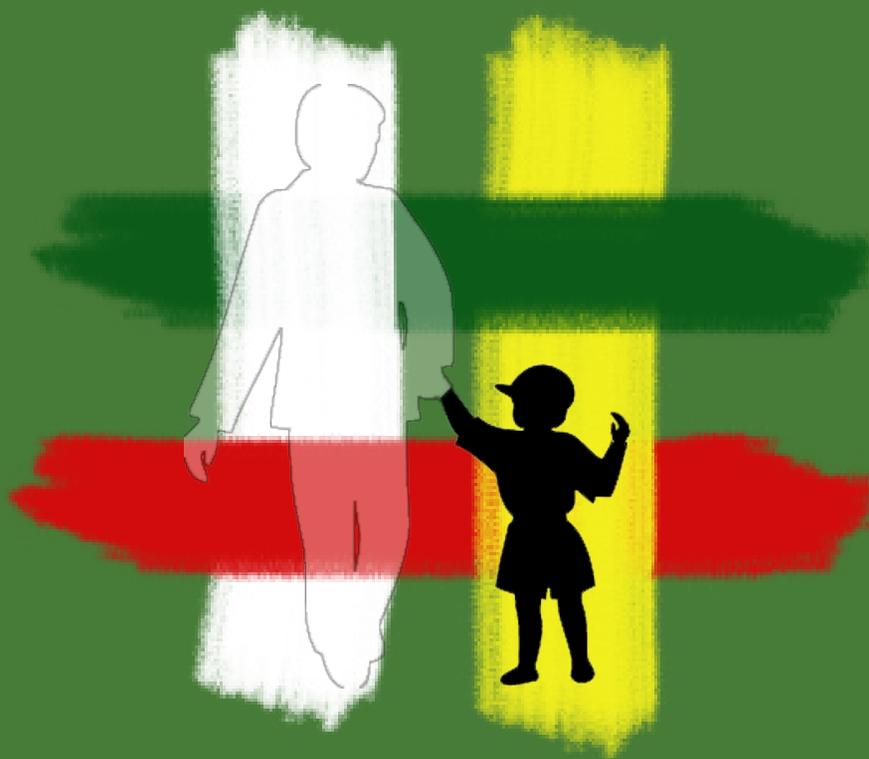


# LOS MENORES DE EDAD MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS Y SUS EXIGENCIAS JURÍDICAS



Un diálogo entre España y México



**LOS MENORES DE EDAD MIGRANTES  
NO ACOMPAÑADOS  
Y SUS EXIGENCIAS JURÍDICAS**

**Un diálogo entre España y México**

**Autores  
GABRIELE VESTRI  
NURIA GONZÁLEZ MARTÍN**





<<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/>>

La presente obra está liberada bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 España, que permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra bajo las condiciones de atribuir el crédito correspondiente a los propietarios del copyright, no utilizar esta obra para fines comerciales y no alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

Cualquier uso comercial sobre esta obra debe ser previamente consultado, expresamente autorizado, y exclusivamente contratado con el titular del copyright.

DERECHOS RESERVADOS 2012

© Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados  
Universidad Pablo de Olavide

© De los autores

© Diseño de portada y maquetación:  
Laboratorio Multimedia. Universidad Pablo de Olavide

ISBN 10: 84-615-7280-7

ISBN 13: 978-84-615-7280-9

Depósito Legal: SE 965-2012

## INDICE

Prólogo.....	11
Presentación.....	14
Abreviaturas y Siglas.....	19

### **PRIMERA PARTE**

#### **BASES SOCIO-JURÍDICAS EN EL MARCO DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS. EL CASO ESPAÑOL por Gabriele Vestri**

Migraciones: crisis del sur y este del Mundo.....	25
Análisis del concepto de menor de edad.....	34
Menor de edad no acompañado.....	40
Víctimas de trata y tráfico ilegal de personas.....	47
Acercamiento a las normas de derecho.....	54
Respetando el interés superior del niño.....	72
La determinación de la edad.....	79
Relación entre la acción del Ministerio Fiscal y el sometimiento a las pruebas médicas de los menores de edad.....	87
En conclusión.....	95
Principal legislación en materia de extranjería y minoría de edad.....	99
Bibliografía.....	101

### **SEGUNDA PARTE**

#### **ASPECTOS SOCIO-JURÍDICOS EN TORNO A LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS. EL CASO DE MÉXICO por Nuria González Martín**

Introducción.....	115
México y migración sur-norte.....	120
Menores migrantes no acompañados en México: ciclo migratorio.....	128
Normas de derecho aplicables.....	140
Confrontación terminológica: menor vs. niños, niñas y adolescentes... Menores migrantes no acompañados: definición.....	156
Interés superior del menor.....	171
A modo de conclusión.....	178
Fuentes.....	192
Bibliografía Tematica on line por Sara Musotti.....	195
Sobre los autores.....	205
	215



*Hacer daño, infringir dolor, de cualquier especie, a cualquier persona, no tiene justificación; debe ser castigado el agresor y deber ser recompensada la víctima. No hay tregua.*

*Este libro está dedicado a todas aquellas personas que han sufrido, sufren o aún, por desgracia, les queda por sufrir violencia; porque llegará el momento en el que acabemos con todas y cada una de sus nefastas manifestaciones; porque necesitamos unir esfuerzos en éste camino.*

*Por una sociedad que debe transitar hacia la consecución de los mayores valores: el respeto y la memoria para la tolerancia.*

## *CENTRO EURO-ÁRABE DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS*

El Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados es un centro propio de investigación de la Universidad Pablo de Olavide, con los objetivos de promover la reflexión, a partir del análisis comparado, sobre las estructuras jurídicas de países del Magreb y, en general, de Europa y el mundo árabe, establecer un espacio de coordinación, ampliación y fomento de actividades investigadoras y docentes relacionadas con el derecho comparado entre dichos universos jurídicos. De acuerdo con ello atenderá como fines principales a la creación y consolidación de equipos científicos, la capacitación, promoción, asesoría y asistencia técnica e investigación académica acerca de los problemas derivados de las estructuras jurídicas actuales de los sistemas normativos señalados. De ahí su vocación por la formación superior y de postgrado en Derecho para universitarios del Magreb y, en general de Europa y el mundo árabe.

Los fines y objetivos principales son: la creación y consolidación de equipos científicos multidisciplinares generadores de conocimientos comparativos adecuados a la complejidad de la realidad socio-política e institucional que manifiestan los sistemas jurídicos, la organización y sistematización del conocimiento disponible para una mejor comprensión de los problemas derivados de las estructuras jurídicas de los sistemas normativos actuales, la difusión comprensible y sostenida de dichos conocimientos y la formación especializada de postgraduados, el impulso en la comunicación e investigación entre especialistas dedicados a los problemas que se sintetizan en el objeto material del Centro, con especial vocación por la cooperación en el ámbito árabe y europeo.

En la estructuración de las actividades científicas del Centro se podrían destacar como principales áreas temáticas: Justicia constitucional, Instrumentos y mecanismos de garantía de los derechos fundamentales, Régimen jurídico de las elecciones y sistemas electorales, Modernización de técnicas parlamentarias, Técnicas de legislación y redacción de normas,

Organización de tribunales de justicia, Análisis comparado de políticas públicas, Perfeccionamiento de estructuras administrativas, Organización administrativa local y regional, Financiación pública y sistemas fiscales, Organización y control de empresas y servicios estatales, La mundialización del Derecho Patrimonial Privado, Políticas de protección de la infancia: eficiencia del régimen jurídico del acogimiento de menores, Consumo y derecho de la contratación europea, Respuesta penal frente a la delincuencia transnacional e internacional, Interculturalidad, interlegalidad y Derecho penal.

Dr. Manuel José Terol Becerra  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Pablo de Olavide y  
Director del Centro Euro-Árabe  
de Estudios Jurídicos Avanzados

Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas - Un diálogo entre España y México

## *Prólogo*

Prologar una obra provoca, a la vez, un placer y una preocupación. Un placer por cuanto quien realiza esta tarea tiene el honor de abrir una nueva creación científica que en este caso, además, ha sido engendrada por dos excelentes investigadores a los que tengo el privilegio de estar unido por el vínculo de la amistad. Y una preocupación puesto que ésta no debe empañar la objetividad que nuestro quehacer académico exige a la hora de redactar un prólogo; no obstante, la aludida preocupación se disipa de inmediato tras la lectura de los dos capítulos de este estudio.

En efecto, la favorable calificación que modestamente me merece la obra que tengo el orgullo de prologar se asienta en una triple consideración: de orden sustantivo, de carácter técnico y de índole subjetivo.

Desde una óptica material, el tema elegido (la situación jurídica de los menores migrantes no acompañados en México y en España) no puede ser más acertado como objeto de una investigación de nuestro tiempo. En él confluyen, a su vez, tres elementos básicos para configurar esta sui generis realidad objetiva. El primero de ellos, a modo de sujeto o sustantivo, lo representa la figura del menor, más concretamente la necesidad de una exégesis actual e integral del ánimo tuitivo de su protección, principio consagrado tanto en instrumentos supraestatales de ámbito universal o regional como en los ordenamientos de los diferentes países de Europa o de América. Por otra parte, también confluye en el espectro material acertadamente diseñado en esta obra, a guisa de primer adjetivo, otro elemento: la consideración del menor como extranjero; una consideración que no puede imponerse sobre la globalidad de la figura por cuanto el centro de gravedad del análisis de este estudio es un menor y no un extranjero, matización que no está fuera de

lugar cuando, como consecuencia de la crisis social y económica que azota al mundo en general y a España en particular, la salvaguarda de derechos y libertades de los extranjeros no vive precisamente sus mejores momentos. Por fin, un tercer elemento -y un segundo adjetivo- que modela la figura objeto de análisis en estas páginas es el carácter no acompañado del menor, lo que añade un plus en el ánimo de protección de éste ante la creciente presencia de este tipo de menores en los flujos migratorios en América y en Europa como consecuencia de una serie de factores normativos y sociales.

Desde un ángulo técnico, la presente obra asume plausiblemente la exigencia de todo estudio jurídico moderno: la visión comparatista de las instituciones, de su disciplina, de su aplicación y de su exégesis. Y se acoge, además, la perspectiva comparada en estado puro por cuanto el estudio se erige sobre dos capítulos en los que se aborda en paralelo la situación jurídica de los menores no acompañados en México y en España para que el lector coteje resultados y extraiga conclusiones que permitan enriquecer mutuamente las visiones de la figura analizada. Lo cual se explica, en buena medida, por las instituciones en que los dos autores desempeñan sus tareas: el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (probablemente el mejor centro de Derecho comparado de habla hispana) y la Facultad de Derecho de la joven Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (que inicia sus pasos en el campo de la comparación jurídica con la creación de su Seminario de Derecho Comparado y con la inclusión de esta materia como obligatoria en el plan de estudios de su Grado en Derecho).

Desde una perspectiva subjetiva, los autores de este estudio reúnen en su formación y trayectoria jurídicas los caracteres más a propósito para acometer un trabajo de esta índole. Por un lado por cuanto la protección de los menores, desde las vertientes internacional privatista y constitucionalista,

ha sido el objeto de buena parte de sus investigaciones precedentes. Por otro lado porque ambos ejercen su tarea académica en países diferentes al de su nacimiento, nacionalidad y estudios universitarios, lo que les dota de una especial riqueza mental en la apreciación de la pluralidad de matices que requiere el estudio comparado de la compleja figura de los menores extranjeros no acompañados.

Sólo resta ya que el lector, en su soberana opinión científica o profesional, desmienta o ratifique la valoración global que esta obra merece al abajo firmante.

Sevilla, febrero de 2012

Andrés Rodríguez Benot  
Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Decano de la Facultad de Derecho  
**Universidad Pablo de Olavide de Sevilla**

## *Presentación*

Esta obra se sitúa en el hilo de la jornada organizada por el Comité de Estudios para el Adelanto de la Mujer y la Equidad de Género de la Cámara de Diputados del Gobierno de México, del día 24 de enero de 2011, bajo el título: “La situación jurídica de los menores de edad no acompañados”. El testimonio del interés hacia un tema de estricta actualidad y que une países y continentes de diferentes entornos, nos dio el impulso para trabajar en una óptica comparada entre España y México.

Siendo, el problema de la inmigración de los menores de edad no acompañados, de alcance internacional, nos centramos en tratar las normas que afectan directamente a la infancia. La extranjería y la protección de los menores de edad inmigrantes (y de hecho también de los nacionales), es una de las pocas materias que no pueden prescindir de una mirada abierta a más ciencias del conocimiento; no solamente entonces las ciencias jurídicas, sino también las ciencias sociales y la antropología.

La obra cuenta con dos aportaciones: una primera parte, de autoría del Profesor Gabriele Vestri, relativa a la situación de los menores de edad no acompañados en España así como el papel jurídico-legal de las normas aplicables. El trabajo, entonces, se ocupa del caso español que, por su privilegiada posición geográfica, junto con elementos económicos y sociales, se enfrenta a una inmigración de personas, sobre todo del entorno del Magreb, que dejan sus países de origen en busca de condiciones mejores. Dentro de este colectivo, ya vulnerable por si mismo, se encuentran los menores de edad inmigrantes no acompañados. El desafío de este trabajo es poner en el centro del debate este último grupo, destacando la condición de minoría de edad y luego la de inmigrante. Este enfoque supone ofrecer una definición de menor de edad no acompañado, tarea necesaria si consideramos la falta de unidad por parte de la dogmática. Además de ocuparnos de las normas

de derecho aplicables, nacionales (españolas), e internacionales, así como de los indicadores de víctimas de trata que a veces se mezclan con el tráfico de personas, aunque cada realidad tiene características propias, resulta interesante destacar el significado de interés superior del niño, dedicando finalmente la última parte del trabajo al tema de la determinación de la edad, asunto de estricta actualidad que pone de relieve problemas de verificación de la misma y conflicto con las normas constitucionales fundamentales.

La segunda parte de la obra, en esta ocasión bajo la autoría de la profesora Nuria González Martín, comienza presentando, como una de las cuestiones más problemáticas del siglo XXI, el movimiento transfronterizo, voluntario o forzoso.

Las condiciones precarias de vida y la necesidad de buscar alternativas obligan, siempre a los sectores más vulnerables de una sociedad, a migrar bajo las peores condiciones y en donde la minoridad –y puntualmente los menores migrantes no acompañados- queda en un estado de indefensión absoluto; de ahí que se tome como premisa que la niñez migrante no acompañada tiene que ser protegida desde diferentes vertientes, “tantas como derechos humanos existen”.

En el contexto puntual que toca abordar, México cobra un relieve particular al ser el eslabón geográfico entre América Latina y los Estados Unidos de América; es la ruta natural para el cruce de frontera de todos aquellos migrantes irregulares o indocumentados que provienen de América central y del sur y en donde las políticas migratorias mexicanas adolecen, por decirlo de la manera más amable, de cualquier máxima –o mínima- de protección a la población migrante. El análisis de la situación de la frontera sur y de la frontera norte mexicana da la pauta para ubicar al lector en una realidad que, aún con visos de cambio, no se refleja ni en un procedimiento del ciclo migratorio y mucho menos aún en un atisbo de cooperación entre

La segunda parte de la obra, en esta ocasión bajo la autoría de la profesora Nuria González Martín, comienza presentando, como una de las cuestiones más problemáticas del siglo XXI, el movimiento transfronterizo, voluntario o forzoso.

Las condiciones precarias de vida y la necesidad de buscar alternativas obligan, siempre a los sectores más vulnerables de una sociedad, a migrar bajo las peores condiciones y en donde la minoridad –y puntualmente los menores migrantes no acompañados- queda en un estado de indefensión absoluto; de ahí que se tome como premisa que la niñez migrante no acompañada tiene que ser protegida desde diferentes vertientes, “tantas como derechos humanos existen”.

En el contexto puntual que toca abordar, México cobra un relieve particular al ser el eslabón geográfico entre América Latina y los Estados Unidos de América; es la ruta natural para el cruce de frontera de todos aquellos migrantes irregulares o indocumentados que provienen de América central y del sur y en donde las políticas migratorias mexicanas adolecen, por decirlo de la manera más amable, de cualquier máxima –o mínima- de protección a la población migrante. El análisis de la situación de la frontera sur y de la frontera norte mexicana da la pauta para ubicar al lector en una realidad que, aún con visos de cambio, no se refleja ni en un procedimiento del ciclo migratorio y mucho menos aún en un atisbo de cooperación entre las autoridades involucradas y responsables del cambio. En este sentido, con la referencia a las normas de derecho aplicable, además de presentar las de carácter internacional, se puntualiza en la normativa nacional destacando la “Circular 001/2010 por el que se instruye el procedimiento para la atención de los niños, las niñas y adolescentes migrantes no acompañados”, implementada por el Instituto Nacional de Migración, en donde se depositan las mayores esperanzas hacia la protección real, de hecho y de derecho, para los menores migrantes no acompañados.

Por parte del Profesor Vestri, agradecer al Prof. Dr. Manuel José Terol Becerra, maestro y académico excelente, y todos los compañeros del Departamento de Derecho Público de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla – en particular a Abdelhamid Adnane, Maria Holgado González, M<sup>a</sup> Reyes Perez Alberdi y Cecilia Pitt Martínez -, que siempre apoyan mis, a veces “ideas desordenadas”. Un particular agradecimiento va también a Foteiní Patsiali, filóloga, por su asistencia en la corrección de la obra y a Doña Elena Arce, Asesora Responsable del Área de Migraciones e Igualdad de Trato del Defensor del Pueblo de España, a la que he tenido la suerte de escuchar varias veces y que siempre, con su sencillez y énfasis por el trabajo que hace, me transmite importantes herramientas impulsando tal vez una continua investigación y formación al lado de los muchos profesionales que, afortunadamente, se ocupan de los derechos de la infancia. Gracias a todas ellas y a todos ellos.

Por parte de la profesora González Martín, los agradecimientos van destinados a Claudia Marcela Ríos Núñez, investigadora de hecho, innata, e incondicional de las buenas causas, quien me apoyó en la búsqueda de material de consulta para la realización de esta contribución.

A Angeles Corte y Nuria Gabriela Hernández, del Comité de Estudios para el Adelanto de la Mujer y la Equidad de Género (CEAMEG), quienes siempre están atentas y dispuestas a apoyar discusiones y estrategias enfocadas en los grupos más vulnerables.

A Andrés Rodríguez Benot, Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, porque es docto y sencillo -el gran, indivisible y necesario binomio-, y porque es invaluable su amistad, su apoyo y su cariño.

Del mismo modo, queremos subrayar y agradecer el apoyo brindado a este trabajo por la Excelentísima Diputación de Sevilla, la cual a través de su Presidente, D. Fernando Rodríguez Villalobo y la Diputada responsable del Área de Cohesión Social y e Igualdad, D<sup>a</sup>. Lidia Ferrera Arias, facilitó la edición de esta obra, apoyando así la continuidad de trabajos de investigación de esta naturaleza.

Especial mención va al Servicio de Publicación Digital de la Universidad Pablo Olavide.

Gracias.

Gabriele Vestri  
Nuria González Martín

### **ABREVIATURAS Y SIGLAS**

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
art./arts.	artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
Bol. CE	Boletín de la Comunidad Europea
C.A./CC.AA.	Comunidad Autónoma/Comunidades Autónomas
Cc.	Código Civil Español
CCDF	Código Civil para el Distrito Federal
CE	Constitución Española
CEAMEG	Comité de Estudios para el Adelanto de la Mujer y la Equidad de Género
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CIPDTM	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
CIDIP	Conferencias Especializada Interamericana de Derecho Privado
CIJ	Centro de Integración Juvenil
cit.	citado, citada
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos
CNU	Convención de las Naciones Unidas
CODENI	Consejo de Defensa del Niño
CPCDF	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
CPE	Código Penal Español
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

coord., coords.	coordinador, coordinadores
DIF	Desarrollo Integral de la Familia
DIP	Derecho Internacional Público
DIPr	Derecho Internacional Privado
DOF	Diario Oficial de la Federación
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EE.UU.	Estados Unidos de América
Et.	y
FD.	Fundamento de Derecho
Ibid./Ibidem	Mismo autor, misma obra, página diferente de la cita anterior
Id/Idem	Mismo autor, misma obra y misma página de la cita anterior
IJ-UNAM	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México
IIN	Instituto Interamericano del Niño
INDESOL	Instituto Nacional de Desarrollo Social
INM	Instituto Nacional de Migración
INMUJERES	Instituto Nacional de las Mujeres
ISS	International Social Service
LO	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica de Extranjería
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
MENA/MENAs	Menor/es Extranjero/s no acompañado/s
MINA/MINAs	Menor/es Inmigrante/s no acompañado/s
núm.	número
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
ONGs	Organizaciones No Gubernamentales

ONU	Organización de las Naciones Unidas
op.cit.	obra citada
op. cit supra	obra citada arriba
OPIs	Oficiales de Protección a la Infancia
pág./p.-págs./pp.	página, páginas
s.a.	sin año de publicación
s.e.	sin editorial
SEDESOL	Secretaria de Desarrollo Social
SEGOB	Secretaria de Gobernación
SIS	Success Immigration Services (Unidad Especial de Migrantes)
Sistema DIF	Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia
SRE	Secretaría de Relaciones Exteriores
ss.	siguientes
SSI	Servicio Social Internacional
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
SSTEDH	Sentencias Tribunal Europeo Derechos Humanos
TCE	Tratado Constitutivo de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de Mexico
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
USA	United State of America
Vid.	Véase
vol., vols.	volumen, volúmenes



***PRIMERA PARTE***  
BASES SOCIO-JURÍDICAS EN EL MARCO DE PROTECCIÓN  
DE LOS MENORES DE EDAD INMIGRANTES  
NO ACOMPAÑADOS.

EL CASO ESPAÑOL

Gabriele Vestri

**Sumario:**

- I. MIGRACIONES: CRISIS DEL SUR Y ESTE DEL MUNDO
- II. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE MENOR DE EDAD
- III. MENOR DE EDAD NO ACOMPAÑADO
- IV. VÍCTIMAS DE TRATA Y TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS
- V. ACERCAMIENTO A LAS NORMAS DE DERECHO
- VI. RESPECTANDO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
- VII. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD
- VIII. RELACIÓN ENTRE LA ACCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y EL  
SOMETIMIENTO A LAS PRUEBAS MÉDICAS DE LOS MENORES  
DE EDAD
- IX. EN CONCLUSIÓN

## ***I. MIGRACIONES: CRISIS DEL SUR Y ESTE DEL MUNDO***

Antes de adentrarnos en el tema central de este trabajo, consideramos útil hacer una breve introducción abordando la cuestión de las migraciones, como eje conveniente para comprender la inmigración de los menores de edad como más nuevo fenómeno migratorio.

En los años '80, muchos países europeos tuvieron que tomar conciencia del hecho que los trabajadores extranjeros se establecieron permanentemente en sus territorios y que la inmigración pasó de ser un problema económico y demográfico a ser una cuestión social y política. Tenemos que añadir también la presencia de nuevos factores interiores es decir, los nuevos flujos migratorios que derivaron de las fuerzas expulsivas de los países de origen. Estas fuerzas expulsivas fueron de varios tipos; las más importantes fueron los conflictos políticos, militares y las guerras civiles estalladas sobre todo en Africa subsahariana. Existían también otros factores como las carestías y las crisis económicas que causaron grandes movimientos de personas y que llegaron, sobre todo, a Sur America.

En 1989 se verificó un segundo gran factor de cambio: la caída del muro de Berlin que permitió superar el equilibrio bipolar dictado por la Conferencia de Yalta, equilibrio substituido con un nuevo orden mundial todavía en fase de definición y que se temía, hubiera podido causar grandes movimientos de personas. En particular, este miedo, advertido sobre todo por Alemania, derivaba del hecho que con la caída del bloque soviético hubieran venido menos aquellas restricciones a la emigración que hasta entonces habían frenado los flujos hacia el Occidente. Este factor, junto con la creciente inestabilidad económica de estas regiones, pareció crear las condiciones para que millones de emigrantes, impulsados por motivos económicos, se trasladaran de este hasta oeste en búsqueda de una vida mejor. “En este conjunto de personas en

movimiento era difícil poder distinguir los emigrantes “políticos” de aquellos “económicos”. Tal distinción existía desde un punto de vista legal y político, pero no existía en la realidad social; por eso empezó difundándose el miedo a que la política fuera incapaz de gestionar este asunto y esto no hizo más que empeorar la situación a través del fortalecimiento de los movimientos xenófobos<sup>1</sup>. Además, Alemania, miedosa de estos movimientos de personas, al fin de circunscribir el problema presionó el Consejo de Europa para que proporcionara, a lo largo de las Conferencia de Viena de 1991 y la IV Conferencia de los Ministros responsables de la inmigración; una resolución que contemplara una cooperación que se extendiera más allá de los confines de la comunidad europea y que por lo menos incluyera también los países del ex bloque soviético. También los conflictos en la ex Yugoslavia llevaron a una intensificación de los flujos hacia, sobre todo, Alemania, Austria, Italia y Suiza. Estos eventos geopolíticos generaron un elevado número de solicitantes asilo en Europa occidental; en 1992 se presentaron 693 mil solicitudes y más de 438 mil sólo en Alemania. Los Estados europeos en aquel entonces se dieron cuenta de que, a pesar de las medidas restrictivas aplicadas a las entradas, el fenómeno migratorio seguía creciendo, ahora no solamente a causa de las reagrupaciones familiares y solicitudes de asilo, sino a causa de los “efectos colaterales” de tales reglamentaciones que de hecho habían conseguido limitar la inmigración legal pero no la ilegal o irregular<sup>2</sup>. Los gobernantes se dieron cuenta de que para encontrar una solución a largo plazo era absolutamente necesaria una colaboración con los demás países

---

<sup>1</sup> MILES., THРАНHARDT D., “Migration and European Integration”, Londonm Pinter Publishers Ltd, 1995. pág. 63

<sup>2</sup>Estos “efectos colaterales” fueron visibles sobre todo en el mercado del trabajo donde algunos sectores empleaban mano de obra “irregular” en lugar de aquella regular.

Europeos. En realidad, por lo menos al principio, cada Estado europeo, a excepción de Alemania cuya Constitución no permitía una política de no acogida de los inmigrantes, siguió empeñándose en una política de desincentivo de la inmigración a nivel nacional, limitando lo más posible la entrada de inmigrantes y solicitantes de asilo; esperando, con eso, que el país vecino fuera considerado una meta más atractiva<sup>3</sup>. Esta toma de conciencia encontró apoyo gracias a la presión de los partidos políticos y de los movimientos que se ocupaban de temas ligados a la materia, los cuales, a través de la introducción de la inmigración entre los puntos programáticos de sus campañas electorales, permitieron dar forma política a la materia. En consecuencia de los factores hasta aquí considerados y al crecimiento de nuevas comunidades étnicas y raciales sobre todo en los territorios europeos; en los debates de los años '80 muchos sujetos políticos empezaron a expresar la intención de intensificar los esfuerzos para integrar los inmigrantes legales ya instalados en sus territorios. Los datos Eurostat demostraron como en consecuencia del pico de casi 1 millón de personas, en los años '90, la emigración neta en la Unión Europea disminuyó rápidamente, para empezar a subir hasta 700 mil personas en 1999<sup>4</sup>. En los años 1990-1998 la composición de la población inmigrante resultaba ser así repartida: la tasa migratoria neta de la UE fue del 2,2 por mil personas contra el 3 de EE.UU, el 6 de Canadá y prácticamente el 0 por Japón. Los flujos se componían de una combinación de personas: solicitantes de asilo, evacuados y solicitantes de protección temporal, familiares que se reagrupaban con inmigrantes ya establecidos en la UE o trabajadores inmigrantes a causa

---

<sup>3</sup>Eid.: MILES R., THRANHARDT D., "Migration and European..."op. Cit., pág. 63 y ss.

<sup>4</sup>Datos sacados de la pagina web [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/publications/migration\\_asylum](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/publications/migration_asylum), Eurostat 1999

actividad económico-profesional. La reagrupación familiar y la existencia de comunidades étnicas de sus países de origen en un determinado territorio, representaron factores importantes con referencia a la entidad y dirección de los procesos migratorios. En este sentido, “los flujos devinieron más flexibles, en particular se registraron aumentos en las estancias breves y tras-frontaleras, lo que configuró una entrada pero también una salida del territorio de la Unión”<sup>5</sup> .

En 1999 una nueva crisis, la de Kosovo, creó el desplazamiento de 1 millón de personas y Europa se vio obligada a enfrentarse al problema de los refugiados que se hallaban más cerca de los confines europeos. Esta crisis fue lo que convenció los Estados europeos a delegar partes de sus propias competencias a un nivel supranacional. En relación con la inmigración ilegal, esta resultó empeorar; siguió creciendo de manera exponencial con respecto a la legal. Haciendo referencia a este dato, Europol afirmó que “cada año entran más de 500 mil inmigrantes irregulares, que existe una diversificación en los países de origen, que desde 1994 se constata una disminución en las solicitudes de asilo, que el reagrupamiento familiar representa la categoría más importante de la inmigración, que existe un aumento en el número de trabajadores extranjeros, que aumentan las mujeres extranjeras en el mercado del trabajo, que hay un creciente número de inmigrantes en el sector de los servicios así como un aumento de los trabajadores extranjeros en el sector del trabajo autónomo”<sup>6</sup> .

En relación con la integración a nivel nacional, es necesario subrayar cómo

---

<sup>5</sup>Comisión de la Unión Europea, Programa de acción a favor de los trabajadores inmigrantes y sus familias, suplemento 3/76-Bol. CE

<sup>6</sup>Fuente Europol 1994, [www.europol.europa.eu](http://www.europol.europa.eu)

todos los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea reservaron indistintamente un tratamiento jurídico específico y profundamente diferenciado a los ciudadanos de países terceros que rindió particularmente problemática y poco eficaz la estrategia de gobierno en la gestión de la integración de los inmigrantes. Una cuestión particularmente dificultosa fue aquella ligada al estatus de residente de largo plazo que se concretaba en un título de estancia permanente o de validez ilimitada o en un permiso de establecimiento. El primer criterio para adquirir estos títulos de estancia a tiempo indeterminado era la duración de la regular permanencia en el territorio que podía variar de los dos a los quince años. La validez del estatus y del título de estancia tenían diferentes duraciones. El estatus era, en general, permanente, mientras que el título tenía que ser renovado. En trece Estados miembros, el estatus de residente permanente era requisito necesario para acceder al mercado del trabajo sin restricción alguna. En la mayoría de los Estados miembros, los residentes de “larga duración” pudieron beneficiarse de la seguridad social y de la asistencia social al mismo nivel como los ciudadanos autóctonos. Se entiende entonces como el estatus de residente permanente o de largo plazo garantizaba mayores certidumbres jurídicas a su propio titular que gozaba y sigue gozando también de una mayor tutela contra la expulsión.

No hay que olvidar que la integración de la inmigración en los Estados miembros conllevó un aumento preocupante de actos xenofobos. La misma European Union Agency for Fundamental Rights en su informe, “Report on Racism and Xenophobia in the Member States of the EU” de 2007, confirmaba el crecimiento de la inmigración y el rechazo de la población musulmana, sobre todo después del 11 de Septiembre de 2001<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup>La European Union Agency for Fundamental Rights ayuda a garantizar que los derechos fundamentales de las personas que viven en la UE están protegidos. Esto lo hace mediante la recopilación de pruebas sobre la situación de los derechos fundamentales en

Por otro lado, la presencia de refugiados y solicitantes de asilo llevó a luz el problema del respecto de los Derechos Humanos, es decir, aunque todos los Estados europeos firmaron los Tratados que protegían los Derechos Humanos, la aplicación práctica de los mismos fue fundamentalmente sólo la de los Estados de la Europa del Norte. Además, algunas organizaciones no gubernamentales, pidieron la intervención de las autoridades europeas para que llevaran al respecto de los Derechos Humanos a la zonas de la Europa Mediterránea.

La época moderna se queda entonces caracterizada por la aparición, en el escenario de la economía mundial, de países y pueblos que hasta entonces se habían quedado extraños y aislados<sup>8</sup> .

---

la Unión Europea y el asesoramiento, basado en la evidencia, acerca de cómo mejorar la situación. La Agencia también informa a las personas sobre sus derechos fundamentales. Al hacerlo, contribuye a hacer de los derechos fundamentales una realidad para todos los miembros de la Unión Europea. Entre sus labores, publica informes como lo citado: EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, “Report on Racism and Xenophobia in the Member States of the EU”, 2007, pág.19 y ss.

<sup>8</sup>Nos referimos por ejemplo a “los dragones de Asia”. Uno de los más destacados fenómenos aparecidos en la escena económica mundial en las últimas décadas ha sido la aparición de los Nuevos Países Industriales Asiáticos (NPIAs ). Los dragones es el nombre con el que se ha dado a conocer a los NPIAs, más concretamente a cuatro países de la región: Corea del Sur, Taiwan y las ciudades estado Singapur y Hong Kong. De toda la región del Pacífico, la parte asiática, en concreto los cuatro dragones, es la que ha registrado en las tres últimas décadas un crecimiento económico más alto y la que dispone de un mayor potencial de desarrollo. Los cuatro dragones empezaron en los años cincuenta de una situación de extrema pobreza, lo que llevó a cada uno de ellos a intentar reorganizar su actividad económica, dando lugar a que en el periodo comprendido entre 1960 y 1990 hayan obtenido un crecimiento económico muy rápido, en especial en el sector manufacturero, convirtiéndose en exportadores preeminentes. Estos países vienen manteniendo desde los años sesenta un nivel de crecimiento económico muy elevado y sostenido, claramente superiores a los resultados obtenidos por los países de la OCDE. En este sentido Vid.: ARACIL R., OLIVER J., SEGURA A., “El Mundo actual. De la Segunda Guerra Mundial a nuestros días”, Edicions Universitat de Barcelona, 1998, pág. 227 y ss. Vid. también: BUSTELO P., GARCÍA C., OLIVIE I., “Estructura económica” de Asia Oriental”, Ediciones Akal, 2004, pág. 268 y ss.

Ahora, se afirman y emergen polos políticos y económicos extra europeos como Estados Unidos, Japón o China. Por contra, Europa empieza a perder su control acercándose de hecho a la búsqueda de una nueva colocación. Se desarrolla entonces un proceso de interdependencia y globalización donde aumentan los flujos migratorios y se reestructuran los circuitos dentro de los cuales se mueven. La unificación y la intercomunicabilidad del Mundo moderno ha anulado todas las distancias comportando una transformación extraordinaria que lamentablemente no ha alcanzado eliminar los desequilibrios internacionales, al contrario, se han intensificado la disparidad entre países ricos y países pobres. En esta realidad, resulta muy difícil parar los flujos migratorios, un movimiento que va de los países del hambre hacia aquellos de la riqueza; una inmigración entonces bíblica e inimaginable que recuerda la de hace un siglo que “llenó” America de europeos.

Podemos entonces resumir la situación migratoria desde la caída del la Unión Soviética hasta hoy así:

a) las migraciones internacionales que interesaban los países europeos provenían casi exclusivamente de países terceros con respecto a la Unión Europea. En este mismo periodo de tiempo las migraciones infra-comunitarias<sup>9</sup> pararon casi totalmente y empezaron verdaderos flujos de vuelta;

b) el conjunto de países extra-europeos emisarios de los flujos migratorios se amplió. Ya no se trataba, como ocurrió en los años ‘70, solamente de ex colonias cuyos migrantes se dirigían hacia la “vieja madre patria”, sino de un flujo globalizado que prescindía de anteriores ligámenes históricos;

---

<sup>9</sup>Es decir las migraciones desde la Europa Mediterránea hacia la Europa Continental.

c) en cuando a los Estados de destino, no se trataba solamente de países de vieja industrialización de la Europa Continental y atlántica, sino de los países de la Europa Mediterránea (principalmente España, Italia, Grecia y Portugal);

d) a partir de la mitad de los años '70 la inmigración extranjera hacia la Europa Occidental no representaba la respuesta a una demanda explícita de mano de obra (preferentemente industrial), proveniente del sistema de las empresas. Los inmigrantes respondían a una demanda de trabajo pero a una demanda implícita o oculta (trabajo irregular), que se concentraba en los servicios y en la agricultura;

e) la consecuencia de lo expuesto en la anterior cuestión (d), y bajo el punto de vista jurídico, la inmigración se había polarizado: la componente regular se reducía gradualmente y resultaba compuesta preferentemente por familiares de trabajadores extranjeros regulares ya presentes en el territorio. La componente irregular, al contrario, crecía, creando de hecho las promesas para el desarrollo de organizaciones ilegales de explotación de la inmigración clandestina;

f) paralelamente al seguimiento significativo de los flujos de inmigración de carácter preferentemente económico, se manifestó un potencial creciente de inmigración forzada es decir originada por la necesidad de escapar de las persecuciones o de las condiciones de guerra, carestía, opresión, violencia generalizada y difusa en el país de origen. Esta tendencia se acentuó después de 1989 cuando la disgregación del bloque socialista dio lugar a numerosas situaciones locales de grave inestabilidad política y de conflicto<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup>En este sentido: PASTORE F., "Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra allargamento e costituzionalizzazione", en VACCA G., (a cura di), "Il dilemma euroatlantico. Rapporto 2004" della fondazione Istituto Gramsci sull'integrazione europea, Dedalo, Bari, 2004, págs. 238-239

Tenemos que tener presente esta base a la hora de aproximarnos a la materia de extranjería y a la inmigración de los menores de edad, cuya normativa es también fruto de las precedentes experiencias.

Entendemos, entonces, que la inmigración hacia la Europa meridional (España, Italia, Grecia y Portugal), representa un fenómeno más moderno: “entre los factores que han propiciado la transformación de estos Estados en destino migratorio podemos mencionar el rápido crecimiento económico de las últimas décadas, la consolidación de mercados del trabajo segmentados, el peso relativo de la economía informal en ciertos sectores y la proximidad geográfica y los vínculos históricos con países expulsores de población<sup>11</sup>”. A todo esto se añade la evolución de las políticas del bienestar social que gracias a los avances tecnológicos y a una red social siempre más globalizada llegaron a países de nuevos entornos<sup>12</sup> diversificando los flujos migratorios.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup>LÓPEZ SALA A.M., “Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria”, Anthropos Editorial, 2005, pág. 171

<sup>12</sup>Si antes, en muchos casos, se asistía a una inmigración dentro del entorno europeo, ahora las necesidades económicas y el alcance mediático-social, modifican la manera de percibir de las cosas entonces tener más expectativas de las que realmente se pueden lograr.

<sup>13</sup>En este sentido Vid. LÓPEZ SALA A.M., “Inmigrantes y Estados: la respuesta política....op. cit. pág. 185: “en el caso de la diversidad ocasionada por los flujos migratorios, la reflexión teórica y política iniciada en las Universidades americanas fue fruto del evidente fracaso del modelo de integración social conocido como melting pot”.

## **II. ANALISIS DEL CONCEPTO DE MENOR DE EDAD**

Sin detenernos sobre la semántica de las palabras; resulta absolutamente relevante, tener presente que en este trabajo hablaremos de los menores de edad que son también migrantes. Cambiar la orden de las palabras significaría enfocar el debate sobre una figura, la del inmigrante menor de edad que a nivel político y social alcanza necesidades diferentes de las del menor inmigrante. Es decir, la protección jurídico-social del menor, de la infancia y luego la condición migratoria del mismo<sup>14</sup>.

Cabe destacar la necesidad de revisar el concepto mismo de menor de edad, sin hacer distinción entre el menor de edad nacional y aquello extranjero. Muchos elementos que trataremos acerca de la figura del menor de edad reflejan la condición de malestar del mismo. En el ordenamiento jurídico español, ha sido escasa la atención hacia la personalidad del niño y sus necesidades básicas de desarrollo pleno y equilibrado. De hecho, si el niño no existe como persona para la sociedad, por el mismo derecho sólo puede ser “una sombra”. Philippe Aries, el más destacado historiador sobre la infancia y autor pionero que allanó el camino para un cambio conceptual, dio un paso, que cómo destaca Sgritta describe el pasaje “desde el análisis de la situación de los niños al de la infancia como una categoría, como elemento estructural permanente de la sociedad”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup>En principio, si consideramos, cuales sujetos jurídicos, los migrantes menores de edad, el entorno jurídico en que se “mueve” este colectivo son las normas de extranjería, normas que por supuesto resultan más rígidas de las en materia de protección de la infancia que aplicaríamos si consideramos los menores de edad en relación a su vulnerabilidad como menores.

<sup>15</sup>SGRITTA, La cittadinanza “negata”, en Maggioni, Baraldi (a cura di), Cittadinanza

Esta reflexión identifica cómo la consideración social y jurídica se aleja de la de los adultos, en la medida en que estos últimos la reconozcan como categoría social, lo que implica importantes consecuencias sobre todo en términos de pérdida o adquisición de derechos. Ariès<sup>16</sup> hace hincapié en que en épocas anteriores el niño no valía nada, también porque, no sólo a nivel psicológico sino también físico, era simplemente una “promesa” de hombre y su supervivencia era muy problemática, por lo tanto no “valía la pena tenerle cariño”. De hecho, las palabras “niño”, “menores”, tienen una procedencia con una fuerte connotación negativa<sup>17</sup>, expresión de una forma de ver la infancia como una condición de seres imperfectos que aún no cuentan con las facultades intelectuales de un hombre, personas entonces que deben y pueden ser formadas, moldeadas en seres plenamente homólogos al modelo predeterminado del mundo adulto.

---

dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia, Quattro Venti, Urbino, 1997, pág.41. La tesis central de Ariès es que la infancia está construida socialmente, entonces específica en ciertos lugares y en ciertos momentos de la historia humana. En particular, según Ariès, la “descubierta” moderna de la infancia ha comportado, para los niños, su clausura entre el ámbito de la familia y la segregación en varios sistemas educativos que implican siempre un control, pero también autoritarismo y correccionalismo por lo menos en las condiciones donde se desarrolla históricamente la transición hacia la modernidad.

<sup>16</sup>ARIÈS P., “Padre e figli nell'Europa medievale e moderna”, Laterza, Bari, 1976, pág. 48

<sup>17</sup>La palabra niño tiene origen en una palabra utilizada con significado de “tonto, tontito”; del francés “marmot” que indica como un mono; menor del latín “minor, minus” que subraya fuertemente una condición de debilidad y de dependencia, término lamentablemente utilizado en nuestro ordenamiento jurídico para indicar globalmente la posición del sujeto en edad evolutiva. Cfr. : Ariès, op. cit

En Europa los niños fueron enviados a trabajar en el campo a la edad de seis, siete años; en las fábricas de algodón de Estados Unidos en 1830, se cuenta que el 20% de la mano de obra fue representada por niños menores de 12 años, sin embargo, la herramienta pedagógica, en las familias y en la escuela, fue integrada por los castigos corporales<sup>18</sup>. Volviendo al derecho, ésto no podía dar una respuesta satisfactoria a las necesidades específicas y autónomas de la infancia, también por razones intrínsecas a la propia estructura del ordenamiento pre-constitucional español. Desde esta perspectiva el tratamiento jurídico de los niños no se distingue del que le ha sido otorgado a otras personas (mujeres, presos, enfermos, etc., en una palabra, los sujetos “débiles y vulnerables” de la sociedad), cuyas condiciones especiales deberían haber llevado a la acción reguladora y a tutelas diferenciadas en función de las necesidades expresadas por cada una de estas categorías. “La tendencia de la codificación constitucional europea del siglo XIX, muy animada, fue considerar sólo al “sujeto unificado” es decir al sujeto normal de la sociedad burguesa”<sup>19</sup>, dentro de una concepción esencialmente patrimonial del derecho, que tomara en cuenta el eje portante, consistente en el derecho a la propiedad, con la inevitable consecuencia de deshacerse de las personas que tienen pocos intereses de naturaleza patrimonial y al revés considerables intereses en el campo de los derechos humanos. Los derechos, entonces, cuando se concretizaban (y era un ámbito muy específico), se traducían más que nada en deberes principalmente por los padres y sólo regulaban la conducta que tenían que adoptar con los niños. Por lo tanto, a estos últimos, no se le reconoció su verdadera y propia titularidad a sus derechos, titularidad que hubiera comportado la individuación de herramientas operativas, legislativas, administrativas y judiciales necesarias para la promoción y

---

<sup>18</sup>En las escuelas inglesas existía un especialista en el castigo corporal, el “flagelante”

<sup>19</sup>MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna, 2000, pág. 6

actuación de los mismos.

También el sistema penal atiende a proteger únicamente a la integridad física de los niños víctimas de un delito, sin tener en cuenta la necesidad de protección de su salud mental causada con frecuencia por su propio tipo de relaciones familiares. La visión de la familia del legislador, fuertemente afectado por el clima cultural de diversas épocas, es hoy una visión totalmente inaceptable. La institución de la familia es protegida como un conjunto, preservando al mismo tiempo un honor y una moral familiar no especificados.

El niño es visto como un sujeto subordinado en un núcleo que tiene fuertes poderes sobre él. Muy lento en este ámbito ha sido, lamentablemente, el reconocimiento de que las conductas delictivas de los niños son siempre un síntoma de una situación de escasez, tanto en términos de las necesidades materiales, como en las necesidades no materiales, y que, por tanto, la acción penal no debe constituir la oportunidad de confirmar la figura del niño como desviada, ratificando su exclusión total y definitiva, sino una oportunidad para reactivar el proceso de formación que se ha interrumpido sin su culpa, por la prestación de programas de rehabilitación y medidas alternativas a la detención. La lógica de las intervenciones anteriores no se destina a acciones que promuevan la reintegración del niño en la sociedad reduciendo el riesgo de comportamiento criminal futuro: el ordenamiento simplemente se limitaba, y sigue limitando, a mostrar algo de buena voluntad hacia el “pequeño hombre”, reduciendo la pena y consintiendo intervenciones clementes moviéndose en una lógica puramente paternalista. Del mismo modo, para los menores que tienen dificultad para socializar las intervenciones asistenciales del ordenamiento, en particular pre-constitucional, se radicaron, a lo largo del tiempo, en la necesidad de una protección adecuada de la comunidad de adultos y no en superar aquellas diferencias en las posiciones de partida que le impiden al menor que realice un proceso regular de crecimiento.

Ciertamente, este marco de valores está destinado a cambiar con la

promulgación de la Constitución, al menos en teoría, pero también se conoce cuan lento fue el proceso de cambio y adaptación de la legislación ordinaria con los principios proclamados en la misma<sup>20</sup>.

Esta perspectiva ha sido un paso definitivo hacia adelante en comparación con las primeras elaboraciones doctrinales en materia infantil originariamente limitadas sólo entre la esfera penal aparentemente favorable al menor y que, en realidad, se presentaba altamente represiva y punitiva, donde el menor era marginado bajo la justificación por parte de la doctrina y la sociedad civil. También es cierto que esta concepción “acaba por alimentar, en lugar de romper, a través de la individuación de posiciones específicas y excepcionales, el aislamiento de la categoría infantil, junto a otros grupos (ancianos, discapacitados ...), rechazando la alternativa de un reajuste global que devuelva a cualquier ciudadano la totalidad de sus derechos<sup>21</sup>”, conclusión que hubiera tenido que llevar a cabo la interpretación correcta de los principios constitucionales. Básicamente, hemos observado que en realidad el derecho subjetivo no existe si no es posible que sea ejercido, es decir, “si la ley no actúa, en beneficio de los niños, las condiciones necesarias para que sus derechos fundamentales puedan ser ejercidos válidamente, se puede decir que los niños no gozan del pleno reconocimiento de la subjetividad jurídica<sup>22</sup>”.

---

<sup>20</sup>Por ejemplo, la doctrina de claro marco conservador, con referencia a las disposiciones constitucionales del significado cierto y claramente preceptivo, que habría comportado una radical reforma de las normas del código civil en materia de filiación. Más en general si afirmaba que se trataba de previsiones de naturaleza directiva entonces de valor programático, no capaces de modificar la legislación porque no eran directas, ni de inmediata aplicación.

<sup>21</sup>DOGLIOTTI, “Sul concetto di diritto minorile: autonomia, favor minoris,

Vemos como “los derechos de la personalidad, absolutos, imprescriptibles, inalienables e indisponibles, protegidos con máxima energía por el ordenamiento, se convierten en una declaración vacía, si se desconecta de la posibilidad real de ejercicio efectivo; a nuestro juicio, hay una grave deficiencia del sistema legal que garantiza al niño la subjetividad jurídica plena, puesto que por una parte reconoce formalmente los derechos fundamentales y específicos de los niños y por otra todavía no ha elaborado y aplicado la teoría de la capacidad efectiva de ejercer sus derechos”<sup>23</sup> .

Compartimos la visión de la Maestra Cynthia Galicia Mendoza cuando afirma que “la niña, niño o adolescente son nombrados en virtud de su relación con las adultas y adultos, el derecho norma esta relación incluso convirtiéndolos en sujetos de encarcelamiento velado por el Estado en lo que considera su obligación de tutela de los menores infractores”. Igual, comprendemos y apoyamos la idea de que “las diferencias entre ser niña, niño o adolescente y ser adulta o adulto, desde el enfoque de derechos humanos implica, por una parte, que son personas, que tienen igual valor y, por lo tanto iguales derechos que quienes se encuentran en la etapa de la vida adulta. Y por la otra, el hecho de que los adultos y adultas tienen obligaciones de cuidado y protección, lo que hace que niñas y niños sean personas con diferentes derechos basados en la relación de dependencia”<sup>24</sup> .

---

principi costituzionali”, en *Diritto di Famiglia*, 1977, pág. 957

<sup>22</sup>COFFARI G.A., *I diritti dei bambini: un debito con la storia*, en Francoangeli 2007, pág. 26

<sup>23</sup>COFFARI G.A., *I diritti dei bambini.....*, op.cit., pág. 32

<sup>24</sup>GALICIA MENDOZA C., “Derechos Humanos y pederastia”, *Revista Legislar para la Igualdad* núm. 10, Mayo-Junio 2009, Cámara de Diputados de Mexico LX Legislatura, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, pág. 5

### **III. MENOR DE EDAD NO ACOMPAÑADO**

Desde una perspectiva de los derechos de los menores de edad inmigrantes es importante destacar la problemática que deriva de la situación del colectivo que representan los menores extranjeros, o emigrantes no acompañados. Estos menores, denominados también “separados”, para señalar su situación, tienen características comunes y suponen un desafío y un esfuerzo a fin de conseguir su integración. No se trata, por cierto, de un fenómeno nuevo, aunque se detecta un aumento progresivo de su número<sup>25</sup>.

Es muy difícil que se precise el número de menores que corresponden a esta categoría, aunque se estima que podrían ser unos 6.475<sup>26</sup> en España. Además, es difícil estimar numéricamente la entidad de este segmento, puesto que los menores “extranjeros” no acompañados, salvo casos particulares, llegan de manera irregular o clandestina. Los menores, “emprenden sus viajes en busca de hacer realidad su sueño que, a su juicio, pasa por la consecución de dinero. Sin embargo, cuando aterrizan aquí, se les restringe el acceso al mercado de trabajo y se encomienda su tutela al Estado por lo que ven sus aspiraciones frustradas tenida en cuenta esta limitación legal: existe una disonancia entre el mercado español y las vivencias y expectativas de estos menores.

---

<sup>25</sup>Hemos pasado de detectar 1 menor no acompañado en 1993 hasta los 6.475 en 2007.

<sup>26</sup>Fuente: Grupo IFAM Fundación Pere Tarrés- Universidad Ramon Llull. Del Informe “Los y las Menores Migrantes No Acompañados/das en España”. Estado actual y nuevas tendencias”, 2009. Elaboración propia. A partir de datos de: Del 1993 al 1999: Diputación Foral de Araba, Diputación Foral de Bizkaia, Informes sobre “la Situación de los Menores Extranjeros No Acompañados” remitidos por las CC.AA al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para el Grupo de Trabajo reunido el 29 de febrero del 2000, Junta de Castilla y León, Generalidad Valenciana y Gobierno de Aragón. Del 2000 al 2007:

No pueden poner en practica su proyecto migratorio por lo que se ven relegados a la enrancia y su correlato la exclusión y el fracaso social”<sup>27</sup>. Resulta claro que existen elementos de presiones, no solamente para la inmigración de los menores, “que obligan a la gente a inmigrar. Las familias pobres son perfectamente conscientes del enriquecimiento de algunos vecinos y están dispuestas a seguir el mismo camino..la transmisión oral desempeña un papel importante en la decisión de marcharse de casa. Miembros de la familia, amigos y otros conocidos presentan las cosas de forma que parezcan fáciles y que ellos saben lo que hay que hacer”<sup>28</sup> .

Entre diferentes elementos de presiones que impulsan la migración, cabe destacar motivos políticos: “algunos huyen para no ser enrolados en el ejército, otros porque las actividades de oposición política de sus padres les exponen a represalias por parte de las autoridades”; motivos económicos: “hay menores que emigran porque el país donde residen tiene una realidad socioeconómica precaria que incide, especialmente, en las familias”; o “estrategia de mejora de expectativas sociales y culturales.

---

Ciudad Autónoma de Melilla, Diputación Foral de Araba, Diputación Foral de Bizkaia, Diputación Foral de Gipuzkoa, Generalidad de Cataluña, Generalidad Valenciana, Gobierno de Aragón, Junta de Castilla y León, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Junta de Andalucía, Ministerio de Interior, Ministerio de Trabajo y Inmigración, Región de Murcia, Xunta de Galicia y Vaciado de Expedientes de los Centros de Primera Acogida de la Comunidad Valenciana por el Equipo investigador del proyecto en esta CC.AA, 2000 i 2007-08.

<sup>27</sup>ADNANE A., VERDASCO MARTÍN M., “Acogimiento de Menores Inmigrantes”, en JIMENEZ HERNANDEZ A., CORREA GARCÍA R.I., CRUZ DÍAS R., GUZMÁN FRANCO D., “Intervención socioeducativa e intercultural. Nuevos horizontes en la formación del educador”, Accem, 2006, pág. 100

<sup>28</sup>SKOROBANEK S., BOONPAKDI N., JANTHAKEERO C., “Tráfico de mujeres. Realidades humanas en el negocio del sexo”, Narcea, 1997, pág. 37

Los menores también emigran impulsados por las expectativas de éxito propio, de sus familias o de la sociedad<sup>29</sup>. En España, y en Europa, proceden mayoritariamente de los países del Maghreb, Europa del Este y África subsahariana. Suelen ser varones de edades entre los 15 y 17 años aunque en el último año se ha detectado una llegada de niños más jóvenes y, factor relativamente nuevo, de niñas.

Tenemos el deber, entonces, de definir el concepto de menor no acompañado, conscientes que éste no es solamente un factor conexo a la edad, sino que también se refiere a una maduración psíquica de la persona. En 1997, ACNUR difunde la definición de MENA (Menor Extranjero No Acompañado), según la cual son “los niños y adolescentes menores de 18 años que se encuentran fuera de su país de origen y se hallen separados de ambos padres o de la persona que por ley o costumbre los tuviera a su cargo”. Ya en 1999 la misma ACNUR revisa su propia definición matizando el concepto de “separados”<sup>30</sup>. En esta óptica se intenta sustituir el concepto de menor no acompañado, con lo de menor separado motivando el “deseo por ampliar el ámbito de atención no sólo a los menores que se encuentran solos en países europeos, sino también a todos aquellos que no están con sus padres biológicos o tutores legales y viven en los países de acogida acompañados por parientes adultos (hermanos, tíos, primos, etc.), que han sufrido también procesos previos de separación y que han requerido o requieren atención. En algunos casos, el hecho de que los menores convivan con ellos puntualmente no significa necesariamente que estos parientes sean capaces

---

<sup>29</sup>En este sentido, QUIROGA V., en “Presentación del Proyecto CONRED”, Fundació Jaume Bofill, Fundació Peré Tarrés. s.a., s.e.

<sup>30</sup>Definición del Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas y la Organización Save the Children en su Declaración de Buenas Prácticas.

de hacerse cargo de ellos”<sup>31</sup>. Por supuesto, entonces, existen muchos autores y muchas definiciones: “menores inmigrantes no acompañados”<sup>32</sup>; “menores no acompañados”<sup>33</sup>, “menor extranjero no acompañado”<sup>34</sup>. A eso tenemos que añadir la definición de MENA<sup>35</sup> que nos ofrece el derecho comunitario: “menores de 18 años, nacionales de terceros países o apátridas, que llegan al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados

---

<sup>31</sup>CAPDEVILA M., FERRER M., “Los menores extranjeros indocumentados no acompañados (meina)”, Generalitat de Catalunya, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2003, pág.17

<sup>32</sup>Se conforman con esta definición: ARCE, E. “Menores extranjeros en situación de desamparo”. Lex Nova, nº 5, Madrid, 1999, núm. 5. BENCOMO, C. “España y Marruecos. Callejón sin salida: abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes”, Human Right Watch, 2002, Vol. 14 n. 4, pág. 5. COMAS M., (coord.), “L’atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d’actuació”. Finestra oberta, nº 19, 2001, Barcelona, Fundació Jaume Bofill, BARGACH A., “Los contextos de riesgo: menores migrantes no acompañados”, en CHECA y OLMO F., ARJONA Á., CHECA OLMOS J.C., “Menores tras la frontera. Otra inmigración que aguarda”, Universidad de Almeria, 2006, pág. 51, CAVA DE LLANO Y CARRÍO M.L., “El defensor del pueblo y la protección de los menores inmigrantes no acompañados” en CABEDO MALLOL V. (coordinador), “La situación de los menores inmigrantes no acompañados”, Tirant Lo Blanch 2009, pág. 19.

<sup>33</sup>Vid. GIMÉNEZ ROMERO, C., SUÁREZ NAVAZ, L. “Menores no acompañados que han entrado en el territorio español sin representación legal”. Madrid: UAM, 2000. pág. 2

<sup>34</sup>Vid. ARCE JÍMENEZ E., “Menores Extranjeros no acompañados”, en LÁZARO GONZÁLEZ I. E., CULEBRAS LLANA I. (coordinadoras), “Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho. IV Jornada sobre Derechos de los Menores”, Universidad Pontificia Comillas, Fundación Seur, 2006, pág. 125. GONZÁLEZ ARENAS, C. “Una experiencia pionera: Casa de Refugiados e Inmigrantes menores y jóvenes no acompañados”. Documentación Social. Madrid, 2000, núm. 120.

<sup>35</sup>MENA: Menor Extranjero No Acompañado

de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, en tanto no se encuentran efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable, así como a aquellos menores a los que se dejen solos tras su entrada en los Estados miembros”<sup>36</sup>. Se hace referencia clara a la condición de la nacionalidad entendiendo, literalmente, que los menores de edad nacionales de Estados miembros de la Unión Europea no encajan en esta definición. Consecuencia más directa es el riesgo de un trato diferente entre los mismos colectivos y de hecho la creación de dos conjuntos: los menores no acompañados comunitarios y los menores extranjeros no acompañados. En este sentido, parece que el derecho comunitario quiere subrayar más la condición de emigrante menor de edad, que la de menor que además es emigrante<sup>37</sup>.

Señalamos también una ulterior situación, la del menor de edad cuando sus padres o sus acompañantes son detenidos. Como afirma Luis Fernández Arévalo, “no son exactamente menores no acompañados los menores acompañados por progenitores, familiares o guardadores cuando éstos resultaran detenidos por la presunta comisión de hechos que revistan

---

<sup>36</sup>Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 y Directivas del Consejo de la Unión Europea 2001/55/CE, 2003/9/CE y 2003/86/CE, que incorporan la referencia a los apátridas.

<sup>37</sup>Como ejemplo podemos pensar en el caso de Rumania. Según los datos del Grupo IFAM Fundación Pere Tarrés, Universidad Ramon Llull, informe “Los y las Menores Migrantes No Acompañados/das en España”. Estado actual y nuevas tendencias”de 2009; Rumania es el segundo país de procedencia de los MENAs. Recordamos que a partir de enero 2007, Rumania es país miembro de la Unión Europea con lo cual, todos los menores que llegan sin el acompañamiento de sus padres o de quien ejerce la tutela a España, no encajan en la definición ofrecida por el Derecho comunitario. Siendo entonces, estos menores, ciudadanos europeos, el derecho y las leyes en materia de extranjería los afectaran de manera distinta. En este sentido, un niño rumano no puede ser repatriado de manera coactiva. Se entiende, cómo exista el riesgo concreto de seguir un doble cauce de protección por el mismo fenómeno.

caracteres de infracción penal o en el desenvolvimiento de expedientes sancionadores administrativos de expulsión; pero tal detención situará al menor en la misma situación objetiva de desamparo similar a la del menor no acompañado, exigiendo su puesta a disposición de la entidad de protección de menores si se quedan sin compañía del progenitor o guardador, pero la normativa contempla expresamente la posibilidad de su internamiento con autorización del Juez de Menores en compañía de sus progenitores y tutores”<sup>38</sup>.

Partiendo del dictado constitucional cuyo artículo 12<sup>39</sup> define menores a los que no han cumplido los dieciocho años y de la Convención de las Naciones Unidas (CNU), art. 1 que dicta:” Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”; nos conformamos con la definición de “menores de edad inmigrantes no acompañados (MINA), entendiendo aquellos menores de 18 años, que llegan al territorio de un Estado sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, legalmente o por costumbre, que no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable, así como a todos aquellos menores a los que se dejen solos tras su entrada<sup>40</sup>. Teniendo, entonces, claro el concepto de “no acompañado”, la situación Latinoamericana no es tan diferente de la Europea. El caso de Mexico responde perfectamente a una demanda de atención jurídico-social de la misma manera que afecta al “viejo continente”: “como expresó en su oportunidad la Sra. Margarita Zavala de Calderón, Presidenta del Consejo Ciudadano Consultivo del

---

<sup>38</sup>Palabras de Luis Fernández Arévalo, Fiscal de Sevilla

<sup>39</sup>Artículo 12 CE: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.

<sup>40</sup>Cómo se puede comprobar, esta definición recoge y revisa elementos propios de las definiciones de ACNUR y del Derecho Comunitario.

Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), en México cada año son repatriados 50 mil niños migrantes, la mitad de los cuales hicieron el viaje solos. Conforme a la información de las autoridades del Instituto Nacional de Migración en el país, en 5 años se duplicó la cifra de niños migrantes atendidos en instituciones. A su vez se calcula que de cada diez migrantes mexicanos menores de 18 años de edad, seis de ellos viajan solos, al tiempo que crece el número de migrantes menores solitarios procedentes de Centroamérica”<sup>41</sup> .

---

<sup>41</sup>En LIWSKI N.I., “MIGRACIONES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES BAJO EL ENFOQUE de derechos” Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes, pág. 6

#### ***IV. VÍCTIMAS DE TRATA Y TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS***

No podemos ignorar el más recién fenómeno de la inmigración de niñas y el consecuente problema de género que afecta este colectivo doblemente marginado para ser colectivo inmigrante y colectivo femenino al mismo tiempo<sup>42</sup>. En este sentido, y aunque si para los varones, el traslado desde su país de origen hacia Europa encuentra en muchos casos razones económicas, las niñas son, en la mayoría de las ocasiones, víctimas de trata<sup>43</sup>. Aun más, en muchos casos, las niñas no eligen enfrentarse al viaje solas, sino al revés, están obligadas a dejar su propio país bajo la promesa de un futuro mejor o más bien la amenaza de daño o muerte para ella o sus familiares. Resulta entonces esencial una premisa que realmente nos pueda ayudar a comprender que significa trata y quien son las victimas. Pues, la trata fue

---

<sup>42</sup>Entendemos por género la institucionalización de la diferencia sexual, o sea, el entramado socio cultural que se teje sobre la diferencia sexual. Trabajar con la perspectiva de género nos permitirá ver cómo cada sociedad asigna distintos derechos, funciones y posibilidades a los seres humanos según sean percibidos, en su nacimiento, como portando genitales masculinos o femeninos. Por el hecho de ser percibida como mujer, un ser humano tendrá asignada determinadas tareas en el hogar y en la sociedad. Si nace con genitales masculinos, las funciones, vestimenta, modo de caminar y comportarse serán otros. En la mayoría de las culturas, nacer con genitales femeninos significaría también obstáculos adicionales para acceder a puestos públicos; al manejo de la economía, así como restricciones y o peligros diferentes para circular por el mundo público”. CHIAROTTI BOERO S., “Aportes al Derecho desde la Teoría de Género”, en Revista Miradas, Universidad de los Andes, vol. 6, núm.1, 2006, págs. 6-23.

<sup>43</sup>Queremos subrayar que también los varones menores de edad son objeto de trata, pero dentro del contexto de los menores de edad inmigrantes no acompañados y haciendo un balance entre varones y niñas que encajan dentro del mismo colectivo; las niñas son afectadas por la criminalidad organizada que tiene como único propósito lo de lograr una verdadera trata con fines de prostitución. Los varones, llegan, impulsados por supuesto por la criminalidad organizada, atraídos por fáciles ganancias y trabajo.

primeramente definida en el derecho internacional a través de un Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente de mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional; documento conocido como el “Protocolo de Palermo” o el “Protocolo de la Trata”. En el artículo 3 se encuentra la definición más ampliamente apoyada de la trata de personas y que proporciona una base esencial para la reforma de las leyes nacionales<sup>44</sup>.

“La definición internacional cubre una amplia gama de actividades encadenadas en un proceso. La captación se realiza en el lugar de residencia de las víctimas, que frecuentemente es también su lugar de origen...La captación refiere al enganche o reclutamiento, es decir, el primer contacto que las víctimas tienen con la red de trata,

---

<sup>44</sup>Art. 3: Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años. Vid. ACNUR, “Contra la trata de niños, niñas y adolescentes”, Manual para Parlamentarios núm. 9 2005, pág. 11

a través del reclutador”<sup>45</sup>. Es absolutamente importante destacar que “la trata de seres humanos es un delito grave que muchos gobiernos y otros actores intentan solucionar en todo el mundo. La trata es distinta del tráfico de migrantes y de la migración personal, porque la víctima de la trata de personas será explotada por las personas involucradas en manejar su traspaso de un lugar a otro. Ser explotada significa que alguien que no es la víctima lucra con la situación. En algunas jurisdicciones la mera explotación es suficiente para que el caso se considere como trata de personas. Sin embargo, en la práctica, puede ser difícil distinguir el tráfico y la migración ilegal de la trata de personas, porque una persona puede comenzar un viaje como migrante y terminar siendo víctima de la trata de personas”<sup>46</sup>.

Siguiendo y compartiendo el razonamiento de Marta Torres Falcón, vale la pena destacar que los mecanismos de enganche, especialmente se concretan en promesas laborales, oportunidades de cambiar vida, seducción sentimental y rapto, que luego se traducen en traslado y explotación<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup>TORRES FALCÓN M., “Con sus propias palabras. Relatos fragmentarios de víctimas de trata”, Centro de Estudios para el Adelanto de las mujeres y la Equidad de Género, Cámara de Diputados, Gobierno de México LXI Legislatura, 2010, pág. 31. Si bien algunas de las personas que son atraídas por los anuncios tienen una idea aproximada del trabajo que van a realizar, las perspectivas son más glamorosas y atractivas cuando aparecen en los anuncios y no se condicen con la realidad que encuentran las mujeres al llegar a destino. Cuando se enfrentan a la situación y se resisten a aceptar su nuevo trabajo, son presionadas y forzadas.

<sup>46</sup>ECPAT EUROPE LAW ENFORCEMENT GROUP, “Combatiendo la trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales, Preguntas y respuestas”, Ecpat International, 2006, pág. 6

<sup>47</sup>TORRES FALCÓN M., “Con sus propias palabras. Relatos fragmentarios de...”op. cit, pág. 46 y ss.

Otra vez traemos a colación la diferencia entre trata y tráfico de personas aunque, sobre todo en los métodos de enganche, se manifiestan algunos supuestos muy parecidos a los que impulsan el viaje del inmigrante.

A pesar de esto, las dos situaciones, trata de personas y migración de personas, conllevan características diferentes: la migración puede ser regular o irregular<sup>48</sup>. La migración también puede ser interna (dentro del mismo país) o externa (hacia otro país). Así, la relación entre migración y trata de personas se da cuando la persona migrante termina en una situación de trata, o sea, es explotada durante su proceso migratorio, ya sea durante el tránsito o en el lugar de destino. Es decir, la trata puede darse tanto cuando las personas se desplacen por medios legales o ilegales. La migración irregular no es un prerrequisito para la configuración del delito de trata. El tráfico ilícito de migrantes es el procedimiento mediante el cual el traficante busca obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de otra índole por entrar ilegalmente a una persona dentro de un país del cual esa persona no es nacional o residente permanente. En muchas ocasiones esto se logra mediante el engaño a la persona inmigrante<sup>49</sup>.

Según el informe sobre la Trata de Personas de 2009<sup>50</sup> (Trafficking in Persons Report) del Departamento de Estado de Estados Unidos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se calcula que unos 12,3 millones de adultos, niños y niñas padecen condiciones de trabajo forzoso

---

<sup>48</sup>Ni una ni la otra, implica necesariamente la experiencia de la trata

<sup>49</sup>En este sentido Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, SAVE THE CHILDREN, “Guía de intervención psicosocial para la asistencia directa con personas víctimas de trata”, Mexico, 2007, pág 29

<sup>50</sup> <http://www.americagov/st/hr-spanish/2009/July/20090721152648pii0.0993616.html>

millones de adultos, niños y niñas padecen condiciones de trabajo forzoso y servidumbre sexual con fines comerciales. Se estima, además, que por lo menos 1,39 millones de esas personas son víctimas de servidumbre sexual con fines comerciales, en el ámbito transnacional y dentro de los países. Además de tratarse de uno de los “negocios” más lucrativos tras el tráfico de drogas y de armas, en él subyace un importante componente de género, ya que afecta en mayor medida a mujeres y niñas<sup>51</sup>.

Queda claro como a la hora de abordar el tema de la trata de niñas no nos podemos olvidar que este problema no afecta solamente a las niñas sino a todo el género femenino y no solamente español sino internacional: “sólo en España, los datos facilitados por los centros de acogida y protección sostenidos por instituciones de la Iglesia Católica muestran que la mayoría de las mujeres traficadas provienen de América Latina (Colombia, Brasil, República Dominicana, Ecuador), y el resto tiene su origen en Europa del Este (Rusia, Lituania, Croacia). Esta información es coincidente con los datos entregados por la Dirección General de la Guardia Civil, en los que se cita a América Latina como lugar de procedencia del 70% de las víctimas de la trata de mujeres”<sup>52</sup>.

Creemos absolutamente importante estar siempre alerta acerca de dos temas que, por algunas características comunes, tienen el riesgo de combinarse. El peligro es que la trata de personas, en nuestra investigación de niñas, niños y adolescentes, se haga pasar por tráfico ilícito de migrantes.

Entendemos como resulta fundamental la labor de identificación de las víctimas: en el primer supuesto, víctimas de trata, se verifica una explotación,

---

<sup>51</sup>Datos ofrecidos por Save The Children en la jornada “Niños, niñas y adolescentes víctimas de trata” del día 3 de marzo 2011 en Motril, Granada, España.

<sup>52</sup>CHIAROTTI BOERO S., “La trata de mujeres: sus conexiones y ...”, op. cit. pág.

Entendemos como resulta fundamental la labor de identificación de las víctimas: en el primer supuesto, víctimas de trata, se verifica una explotación, entonces hay vulneración de los principales Derechos Humanos, mientras que si consideramos la entrada ilícita de una persona en un determinado país, estamos frente a una ayuda ilícita e ilegal que otra persona ofrece (pago previo), al migrante. Esto conlleva la diferente aplicación de medidas protectoras de las víctimas. Es cierto que el código penal español ha introducido una norma realmente concreta que cuanto menos aclara la posición del Estado español frente a este problema y también frente a la relación entre los dos supuestos. El art. 318.2 bis CPE<sup>53</sup> nos recuerda que el tráfico ilegal de migrantes puede esconder el tráfico por fines de explotación de personas: “si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión”.

Concordamos sobre la dificultad de poder considerar la inmigración de los menores de edad no acompañados como víctimas de trata, aunque, es posible que, por lo menos, nos pongamos en duda. Es reconocido como en la mayoría de los casos los niños y las niñas que llegan a España, después de un verdadero proceso migratorio, han tenido que pagar su recorrido a las mafias y a los traficantes. Si miramos el problema desde otra perspectiva, podemos afirmar que los traficantes sacan provecho de la persona y de sus sentimientos. Esta última frase resulta ser la definición española de explotación, con lo cual ya tenemos uno de los elementos que caracterizan la trata de seres humanos. A eso podemos añadir la mayor vulnerabilidad de los niños y niñas que,

---

<sup>53</sup>Artículo del Código Penal Español introducido por LO 11/2003 de 29 de septiembre (salvo su primer apartado que fue introducido por LO13/2007 de 19 de noviembre), “medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”.

por cierto, resultan mucho más impresionables que los adultos. Es decir, parece oportuno revisar el concepto de explotación. A veces parece que la explotación es “únicamente” la pauta siguiente a la captación; en otras palabras, el traficante capta su víctima con la intención de explotarla. Bien, sin debatir sobre lo dicho, que por cierto resulta ser una realidad, en el caso de los menores de edad, el mero hecho de captar un sujeto vulnerable como el menor de edad, aceptar o favorecer el traslado ¿no se traduce ya en explotación? ¿Es realmente necesario matizar sobre el hecho de que el menor de edad asuma o meno su traslado?

## V. ACERCAMIENTO A LAS NORMAS DE DERECHO

En primer lugar, la Constitución española es la norma a suprema en materia de protección del menor de edad. El núcleo de la disciplina se encuentra en el art. 39, concretamente en el apartado cuarto<sup>54</sup> <sup>55</sup>. La norma remanda a la aplicación de los acuerdos internacionales con lo que supone un llamamiento más directo a la CDN de 1989. La CDN representa entonces una verdadera referencia. Evidentemente, la norma constitucional no distingue entre menores nacionales y menores extranjeros, además, “los menores extranjeros residentes en España gozarán, en todo caso, de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución”<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup>Artículo 39 CE:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

<sup>55</sup>“De la necesidad de proteger a los menores se hacen eco tanto las normas internacionales, como las estatales y las autonómicas. En particular, el art. 39 de nuestra Constitución de 1978 consagra como principio informador del ordenamiento jurídico y de la actuación de los poderes públicos “la defensa y protección de los menores de edad”, GARCÍA GARNICA M.C., “La protección jurídica de los derechos de la infancia. Protección civil de los derechos de la infancia” en VELA SÁNCHEZ A. J., “Globalización, inmigración y derechos de la infancia”, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Consejería para la igualdad y bienestar social, Centro de investigación y documentación sobre derechos de la infancia y adolescencia, Observatorio de la Infancia en Andalucía, Save The Children, 2008, pág. 110

<sup>56</sup>VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ L., “Los hijos de los inmigrantes: los nuevos ciudadanos. El menor de edad extranjero: un menor ciudadano”, VELA SÁNCHEZ A. J., “Globalización, inmigración y derechos de la infancia”, Universidad Pablo de Olavide

Creemos indispensable destacar también, que en materia de menores de edad y su protección existe una norma tajante que no podemos olvidar; el art. 172 Cc., en particular el primer apartado:

*“La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.*

*Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*

*La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.”*

La Ley impone proteger a un menor de edad que se encuentra en situación de desamparo. Como se puede notar, la norma legal no distingue entre menores nacionales y menores extranjeros por lo que se aplica la misma norma también a los menores inmigrantes no acompañados. Vista de otra

---

de Sevilla, Consejería para la igualdad y bienestar social, Centro de investigación y documentación sobre derechos de la infancia y adolescencia, Observatorio de la Infancia en Andalucía, Save The Children, 2008, pág. 202

perspectiva, la entidad pública de la respectiva Comunidad Autónoma, tiene la obligación de actuar en favor del menor; si no lo hace, incumple la ley. Como se puede comprobar del art. 172 Cc, las actividades son secuenciales: 1) se detecta un menor de edad en situación de desamparo, 2) se alerta la entidad pública que por imperio de ley, ejerce la guarda, 3) se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal y se advierten los padres, los tutores o guardadores. El punto 2 del art. 172.1 Cc, que podríamos considerarlo como elemento previo a lo que acabamos de mencionar, nos ofrece los fundamentos que definen la situación de desamparo: en caso, entonces, de falta de la “necesaria asistencia moral o material”, se inician los tramites para declarar al menor en situación de desamparo y ejercer la protección impuesta por ley. La falta de asistencia moral o material se traduce en “incumplimiento de lo que constituye el contenido personal de la patria potestad y de la tutela, sea total o parcial e imputable o no al titular de las obligaciones, bien sea por inadecuada o por imposible”<sup>57</sup> .

A nivel legal, el momento de la entrada del menor dentro del sistema de protección de la entidad pública territorial, resulta significativo a la hora de otorgar la residencia al menor inmigrante no acompañado. Dicha residencia es legal desde el mismo día que el menor se pone a disposición de los servicios de la C.A. Lo que acabamos de afirmar, es ,normativamente, contundente por lo que dispone el art. 35.7 LOEX:

*“Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al*

---

<sup>57</sup>ESCUADERO LUCAS J.L., “La tuición del menor abandonado”, Universidad de Murcia, 1995, pág. 46

*país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.”*

Por otro lado, tal contundencia no parece encontrar equivalencia en el Reglamento de Ejecución de la LOEX<sup>58</sup>. En particular nos referimos al art. 196.1:

*“Una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.”*

Por lo dispuesto en la LOEX, el menor extranjero no podrá llegar a los 18 años sin tener la residencia ya que se le otorga el mismo día en que lo acoge y ampara el Servicio de Protección del Menor de la C.A. Dicho esto, la regulación española del fenómeno objeto del presente trabajo, se caracteriza por una diversidad de normas en materia de extranjería, inmigración y protección de la infancia además de la notable importancia y aplicación de las normas internacionales. Una de las explicaciones es representada por el enfrentamiento político entre los partidos políticos.

---

<sup>58</sup>Real Decreto 557/2011 de 20 de abril por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009.

Las constantes disputas rinden más apática la posibilidad de alcanzar una estabilidad y uniformidad de criterios esenciales<sup>59</sup>. En materia de extranjería, la primera Ley Orgánica (LO) española de derechos y libertades de los extranjeros, fue la Ley de Extranjería 7/1985 del 1 de Julio. Su principal peculiaridad fue la de quedarse ajena a la realidad sociológica y más bien jurídica que el país estaba viviendo. Apunta RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS: “esta Ley ni siquiera parece intuir la transformación que se va a producir en España, que de país tradicional de emigración pasará a convertirse en país de inmigración”<sup>60</sup>. Consecuencia directa fue, el aumento, notable, del número de solicitudes de nacionalidad y de asilo por parte de quienes son, en realidad, inmigrantes económicos<sup>61</sup>. El 9 de abril de 1991 el Congreso adopta una Propuesta que propone una política de inmigración global basada en tres fundamentos: el control de los flujos, la integración de los inmigrantes y la cooperación al desarrollo de los países de procedencia. En realidad, dicha Propuesta representó el primer

---

<sup>59</sup>Junto a las últimas reformas de la Ley 4/2000 modificada; en la actualidad estamos pendientes de la aprobación de un nuevo Reglamento de Extranjería que modifique el vigente.

<sup>60</sup>RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M, “El régimen legal de la inmigración en España: El continuo cambio” Migraciones, 2001, núm. 9, pág. 71

<sup>61</sup>En este sentido: “El empleo se ha convertido en el bien máspreciado y buscado, ya que la inmigración económica llegada a nuestra Comunidad Autónoma, quiere un empleo y el poder tener oportunidades económicas para sí y para los familiares que de ellos dependen tanto en nuestro país como en sus países de origen. Si bien el proceso de llegada de la población inmigrante se produce a través de diferentes y diversas estrategias de integración, hemos de reconocer, que la estrategia principal empleada por este colectivo tiene que ver con la dimensión laboral, es decir, que los procesos de inmigración económica se basan sobre todo en el logro de un puesto de trabajo. Vid. RUBIO ARRIBAS J., “Las personas con barreras lingüísticas: inmigración económica y su proceso de normalización en la sociedad madrileña”, *Nómadas. Revista Critica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Publicación Electrónica de la Universidad Complutense de Madrid 17 (2008.1)

paso adelante hacia la preparación del Reglamento de Extranjería de 1996 (R.D. 155/1996, de 2 de febrero), que constituyó un primer planteamiento de la vigente LOEX 4/2000. Con dicho Reglamento, aparecen, por primera vez en la legislación española, los instrumentos que son condición indispensable para alcanzar una verdadera acción de integración de los extranjeros<sup>62</sup>. Debido a la presión política sobre el Gobierno vigente de aquel entonces<sup>63</sup>, al que acusaban de escasa sensibilidad respecto al fenómeno de la inmigración y para que adoptara una política activa de integración social de los inmigrantes, diversos grupos parlamentarios presentaron individualmente proposiciones de Ley con el fin de conseguir un marco legal favorecedor de la integración social. Se inicia, de este modo, el proceso legislativo que conduce a la aprobación de la LOEX 4/2000. La aprobación de esta Ley produce la ruptura del consenso básico de las fuerzas políticas. La política de inmigración entra a formar parte de la agenda electoral de los partidos, lo que propicia un debate poco sereno. “Todo ello coincide con los sucesos de El Ejido”<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup>“Además de crearse los permisos de residencia y de trabajo permanentes se regula la reunificación familiar, aunque no llega a configurarse como derecho” en GORTÁZAR ROTAECHÉ, C.J. “Políticas de inmigración e integración de los inmigrantes: Derecho de la Unión Europea y Derecho español” en Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio, MARIÑO MENÉNDEZ F. (Dir.), “Colectivos en riesgo de exclusión: inmigrantes, minorías étnicas y perspectiva de género”, Imsero, Madrid, 2003, pág. 303

<sup>63</sup>Primer gobierno del Partido Popular

<sup>64</sup>El Ejido es una localidad de la provincia de Almería, Andalucía. “El gran desarrollo que se vivió en El Ejido, propició una necesidad de mano de obra, que se puede relacionar con la situación tensa que se manifestó en esta zona, al encontrar los agricultores, en los inmigrantes, la mano de obra barata que andaban buscando. En un primer momento, España pidió ayuda para poder encontrar trabajadores que se ocuparan de la gran cantidad de invernaderos que se habían ido implantando, que conllevó a un excedente de trabajadores inmigrantes en la zona, de los que sólo se pudieron legalizar unos pocos. Mientras tanto, la nueva agricultura floreciente junto a esta mano de obra

barata, hizo que los agricultores dueños de este negocio se fueran enriqueciendo, pero y con la llegada de pateras a las costas españolas”<sup>65</sup>. RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS resume con precisión el contenido de la nueva Ley 4/2000. “Para lograr la finalidad primaria de la LOEX 4/2000 –la integración social de los inmigrantes-, el legislador opta por la máxima equiparación posible entre nacionales y extranjeros en el goce de los derechos, presuponiendo que su reconocimiento (no sólo de los derechos fundamentales, sino también de aquellos sociales que están en la base del Estado del Bienestar), constituye el instrumento básico para la integración; así, se relativiza la situación de irregularidad del extranjero como criterio para excluirlo del goce de ciertos derechos, apartándose de lo prescrito en la LO 7/1985 y es normal en el Derecho comparado.

---

por otro lado también crecían las desigualdades ya que, si bien a unos veían aumentar su poder adquisitivo, los trabajadores inmigrantes seguían viviendo en unas condiciones pésimas. Esto no sólo se reflejaba en unas malas condiciones laborales, sino también en la falta de viviendas dignas o en la falta de integración social, cultural y sanitaria que perdura hasta la actualidad. A pesar de que la situación entre los agricultores de la zona y los inmigrantes fue siempre muy tensa, el inicio del conflicto que se vivió en El Ejido, fue a causa de los asesinatos que se produjeron en la zona en el mes de enero del 2000. Primero se produjo el asesinato de dos agricultores a manos de un inmigrante, utilizando una piedra, después de recriminarle la muerte de un perro. Si bien este asesinato sirvió para ir calentando los ánimos, los verdaderos conflictos surgieron después, cuando al poco tiempo de la muerte de estos agricultores, una chica fue asesinada por otro inmigrante. El hecho ocurrió cuando en un mercado de El Ejido, la chica presenció como aquel estaba robando a otra mujer y, al intentar avisarla, éste la apuñaló, provocándole la muerte. Tras estos incidentes, creció mucho la tensión que ya existía entre los dos bandos. Por una parte, los vecinos autóctonos de El Ejido se manifestaron en contra de la violencia que se estaba viviendo en la zona en los últimos tiempos, y por otra, los inmigrantes a los que muchos de los vecinos culpaban de esta situación”.Resumen sacado en la página:

<http://www.ub.edu/penal/historia/trs/Ejido1.htm>

<sup>65</sup>RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M, “El régimen legal..” op. cit. pág. 74

Junto a ello, en la regulación del sistema legal de control de los flujos migratorios, basado en la técnica jurídica de la autorización (de entrada, de residencia y de trabajo), se recogen las orientaciones siguientes: en primer lugar, se flexibiliza el acceso a la situación de regularidad, contemplando una vía de regularización singular permanente (se refiere al reconocimiento del derecho a la residencia regular desde la residencia de hecho con ciertas condiciones, contemplado en el artículo 29.3 LO 4/2000); en segundo lugar, se procura incrementar las garantías y reducir en lo posible el ámbito de discrecionalidad de la autoridad administrativa; finalmente, se dulcifica el régimen sancionador garante de su efectividad, excluyendo la expulsión como sanción ad hoc de la extranjería en los casos encontrarse en territorio español o trabajar sin la pertinente autorización”<sup>66</sup>.

Para el Gobierno de aquel entonces, la adopción de esta Ley fue una auténtica derrota por lo cual, pese a la obtenida mayoría absoluta en las elecciones de marzo 2000, se vio obligado a proceder una reforma de la misma Ley<sup>67</sup>. Todo el proceso legislativo fue marcado por una precipitación cuyos motivos no resultan convincentes: ni el alegado “efecto llamada” de la LO 4/2000, consecuencia de la supuesta generosidad de la norma legal, ni la presunta falta de conformidad con las obligaciones internacionales de España, sobre todo con las Conclusiones de Tampere de 1999, convence la urgente modificación de la Ley de 2000. Las modificaciones introducidas en la reforma tienen en general carácter restrictivo. Se produce un cambio en la orientación básica de la normativa, en el sentido de que se procura la regulación y el control de los flujos migratorios. La integración social de los inmigrantes, objeto de atención preferente en la LO 4/2000, queda en

---

<sup>66</sup>RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M, “El régimen legal.” op. cit.

<sup>67</sup>El portavoz en el Congreso del Partido Popular, anunció, en la misma sesión parlamentaria, en la que se aprobó, el deseo de proceder a su reforma cuanto antes.

un segundo plano y, además, circunscrita a los “extranjeros residentes”. De ahí que el legislador ponga especial énfasis en el sistema de autorizaciones administrativas exigidas a los extranjeros. El planteamiento de la LO 8/2000 confiá en el sistema legal de control de los flujos migratorios y en su eficacia, cuando en realidad, los antecedentes habían desmentido. Por otra parte, la reforma llevada a cabo en noviembre de 2003 responde a la necesidad de incorporar los compromisos internacionales de España y de responder al incremento del número de residentes extranjeros y a los cambios en las formas en que se produce el hecho inmigratorio. De hecho, podemos resumir los objetivos concretos en tres elementos: una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios, facilitar los medios para desarrollar una inmigración a través de los cauces legales, reforzar la lucha contra la inmigración ilegal. Sin embargo, la normativa legal, por sí misma, no resuelve ningún problema. “La orientación de la LO 4/2000 modificada hacia el control de los flujos debería combinarse con un tratamiento flexible de la irregularidad y con la implantación de medidas positivas que facilitaran materialmente la integración de los inmigrantes. Téngase en cuenta que tan negativa es una política de fronteras abiertas como otra de fronteras cerradas que, si no se adecua a la realidad de los flujos, va a originar una creciente bolsa de irregulares”<sup>68</sup>.

Cabe destacar, como la LOEX, afecte a todos los inmigrantes, sean estos menores de edad o adultos<sup>69</sup>, delineando, en caso de menores de edad, las pautas legislativas de tratamiento sin ofrecer una verdadera protección. En relación con esto, en 2007 hubo una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 236/2007), que cambió la portada de la misma Ley. El Fallo determina

---

<sup>68</sup>RUIZ DE HIDOBRO DE CARLOS, J.M.; “El régimen legal...” op. Cit. pág. 100

<sup>69</sup>La Ley dedica el artículo 92, 93 y 94 Título VII a los “menores extranjeros”

la inconstitucional de los artículos 7.1, 8 y 11 de la Ley en materia de derecho a sindicarse, que antes no se reconocía y de los artículos 9.3 y 22.2 en tema de derecho a la educación y asistencia jurídica, hoy equiparada a los nacionales; así cómo se declaró la inconstitucionalidad al derecho de reunión, manifestación y asociación. La norma, en general, acentúa su carácter social y cuyo “texto es, en general, técnicamente correcto y conceptualmente homogéneo...si se tiene en cuenta que el texto de la LO 4/2000 no resultó lo preciso que era de destacar”<sup>70</sup>.

En 2009 hubo una ulterior modificación de la LOEX. Es cierto que en el sistema español existe una norma específica en tema de protección de la infancia, la LO 1/1996 (Protección Jurídica del menor, LOPJM), que parcialmente modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre sus reconocimientos, la Ley introduce el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Resulta además interesante destacar como tal Ley no hace distinción alguna entre el menor extranjero y el menor nacional<sup>72</sup>. De hecho no pudiera ser de otra manera ya que la norma tiene que adecuarse al dictado constitucional en particular a los artículos 10 y 39

---

<sup>70</sup>RODRÍGUEZ BENOT A., “La Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: principios inspiradores y caracteres generales”, en RODRÍGUEZ BENOT A., HORNERO MÉNDEZ C., “El nuevo derecho de extranjería”, Editorial Comares, 2001, pág. 9

<sup>72</sup>El artículo 1 de la LOPJM establece que la Ley y las disposiciones de desarrollo son: “de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”.

de la Constitución Española<sup>73</sup>.

Vale la pena, además, destacar el artículo 9.1 del Código Civil Español<sup>74</sup> que sin dejar duda alguna dicta que a la persona física se le aplica la ley personal determinada por su nacionalidad. Es interesante aplicar dicho art. 9.1 Cc. a la situación de una persona extranjera que por su nacionalidad alcanza la mayoría de edad en una etapa diferente. Dicho de otra manera, tenemos que tener en cuenta como no en todos los países se alcanza la mayoría de edad a los 18 años<sup>75</sup>. Hay casos llamativos como lo de Albania (14 años), Iran (15 años los varones y 9 años las niñas), Cuba o Reino Unido (16 años), o en algunos Estados de Estados Unidos (17 años). Detectar, entonces, un niño o una niña albanés (por ejemplo), sin acompañamiento, de 16 años, pudiera abrir el debate sobre cual norma aplicarle. Queda bastante claro como si se le aplica el art. 9.1 Cc., tal persona resulta

---

<sup>73</sup>Art. 10 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” Art. 39: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

<sup>74</sup>Art. 9.1 Cc.: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior”.

<sup>75</sup>O por lo menos se alcanza la capacidad de obrar a diferentes edades.

mayor de edad aunque tenga 16 años. Siendo entonces, según la ley personal de su nacionalidad, mayor de edad extranjero ilegal, y en aplicación de la Ley de Extranjería, tendrá que ser devuelto. Por lo contrario y en deroga al art. 9.1 Cc., si no se aplica el contenido de dicha disposición, la persona detectada podrá entrar en el sistema de protección de la infancia. “Así pues, el halo protector de la Ley de Extranjería se extiende hasta que la persona cumpla los dieciocho años, a no ser que alcance la mayoría de edad antes de cumplir los dieciocho años a tenor de su ley nacional”<sup>76</sup>.

A nivel internacional, el acto principal, es sin duda la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de 20 de noviembre 1989, que corona el camino trazado en el plano internacional de la Declaración de 1924 de Ginebra sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y continuada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y organizaciones internacionales que se preocupan de proteger a los menores. El alma de la Convención de 1989, junto con las disposiciones inspiradas en una lógica de entender al menor como sujeto débil, reconocen disposiciones

---

<sup>76</sup>ADAM MUÑOZ M.D., “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, en Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 20, Marzo 2009, Lex Nova, pág. 16. Hay tesis contrarias; Vid. LÓPEZ AZCONA A., “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en el Ordenamiento Español”, en Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 17, Marzo 2008, Lex Nova, págs. 103-134

que hacen hincapié en la autonomía de los niños<sup>77</sup>.

Emblemático en este sentido es el artículo 12 de la Convención, según el cual se debe garantizar que “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, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Con tal fin se prevé que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. La dimensión del menor como un sujeto autónomo, sin embargo, es claramente perceptible, por ejemplo en el art. 13, que reconoce al niño el derecho a la libertad de expresión<sup>78</sup>, o el artículo 14 que requiere la observancia del derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y el art. 15, sobre los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de reunión pacífica. Estas disposiciones nos muestran la sensación de un sujeto que no se percibe sólo como un beneficiario de protección, sino también como un protagonista activo de la vida social, que interviene como persona individual o en equipo. El objeto específico de estas disposiciones ha hecho posible, por supuesto, que la Convención afrontara en detalle las cuestiones que, a las normas generales, les resulta más difícil tratar. Sobre la base de este hallazgo, el

---

<sup>77</sup>Según el art. 1 de la Convención de los derechos del niño: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”

<sup>78</sup>Incluyendo la “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”.

contenido innovador de la Convención de 1989, podría ser el “fruto maduro” de una nueva sensibilidad, pero también podría ser una consecuencia lógica de la especificidad de la Convención, cuyo alcance no habría impuesto una selección – al revés indispensable en una ley, Carta de derechos generales -de los perfiles más relevantes de los cuales las disposiciones antes mencionadas podrían ser borradas. Es a la luz de estas consideraciones que resulta especialmente importante la Carta de Derechos Fundamentales, firmada y proclamada por los Presidentes del Parlamento Europeo y Comisión en el Consejo Europeo de Niza del 7 de diciembre de 2000. En ella se incluyeron algunas normas que se pueden encontrar en la totalidad o mayoría de las Constituciones contemporáneas<sup>79</sup>; sin embargo se añadió en el capítulo sobre la igualdad, un artículo separado, el artículo 24, sobre los “Derechos del niño”<sup>80</sup>. En los tres apartados que componen el artículo se pone de relieve la complejidad de la legislación sobre la infancia, disciplina hacia la protección de un sujeto débil (“Los menores tienen derecho

---

<sup>79</sup>Pensamos por ejemplo al artículo 14: “1.Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. 2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. 3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”

<sup>80</sup>Artículo 24: “Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar”: apartado 1, primer período) - esencial para la protección producida por la relación con los padres (“Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”; párrafo 3 ), pero también por la intervención de los poderes públicos y la comunidad en general (“En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”; apartado 2) - sin descuidar la dimensión del menor como miembro activo de la sociedad, capaz, con el paso de la edad, de cumplimentar actos siempre más cocientes, tanto para sí mismo como en la vida de relación: en este sentido, es particularmente significativo por lo dispuesto en el segundo periodo del apartado 1, que garantiza a los niños el derecho de expresar libremente sus opiniones, destacando que este derecho resulta aún más significativo cuando la opinión expresada tiene efectos directos sobre el menor, de modo que se indica que “ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez”. Con una redacción concisa, el artículo 24 de la Carta de Niza, pudo recoger en pocas disposiciones los perfiles que constituyen la condición jurídica del menor, haciendo explícita la necesaria adopción de un nuevo enfoque. En este contexto, la legislación española, a nivel de fuentes constitucionales, parece al menos parcialmente deficitaria. De hecho, es cierto que cuando la Constitución habla de los menores es siempre tomando una cierta perspectiva, y no es menos cierto que la Constitución debe ser apreciada en función, no sólo de lo que se dice, sino también de lo que sugiera o implique. De este modo, la Ley fundamental se presenta como un texto de gran potencial que no se ha quedado confinada en el momento de su entrada en vigor, pero que se perpetúa, permitiendo el ajuste a los cambios sociales que el país ha tenido y tendrá. La evolución observada en el concepto de los menores, lleva, por tanto, a buscar, dentro del

texto constitucional, los elementos útiles para apoyar la evolución jurídica del estatus del menor. La consideración del menor como sujeto pleno está presente, aunque en su mayoría de manera implícita.

A justificar esta afirmación es la adecuación, que puede deducirse del texto, de las disposiciones constitucionales entre el menor y el adulto. Adecuación que tiene en cuenta la necesidad de poner límites derivados de las peculiaridades de la situación del menor, como mujer o hombre en formación; características que, además, garantizan, juntos con los límites, también las obligaciones diseñadas para que beneficiasen los menores. En concreto, se puede constatar como muchas disposiciones constitucionales, referentes a la “persona” se aplican a los adultos como a los menores. Esto ocurre sobre todo en las disposiciones relativas a los derechos civiles, pero hay casos también en los derechos políticos. Dibujando un esquema que no es más que indicativo, cabe señalar que: a) los derechos civiles son reconocidos a los niños de una manera sustancialmente similar a lo que ocurre para los adultos, no se puede no extender a los menores las garantías relativas a la libertad personal, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y el secreto de la correspondencia, a la libertad de reunión, de asociación, a profesar su religión, a expresar sus ideas.

Algunas restricciones adicionales para menores de edad- a pesar de que no están expresamente previstas en la Constitución- se pueden encontrar con respecto a la libertad de circulación, mientras que en materia procesal y penal la condición de menores lleva, inevitablemente, una disciplina separada de los adultos; b) los derechos sociales son, para el menor, especialmente desarrollado como resultado de lo que se ha demostrado previamente, y en consonancia con la visión del menor reconocido, como hemos dicho en repetidas ocasiones, como un sujeto débil.

Cabe señalar, además, la aplicación del Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños y en particular destacar, como evidencia la Profa. Nuria González Martín, que “las medidas de cooperación contenidas en el Convenio pueden ser útiles dado el incremento de situaciones en las cuales niños no acompañados atraviesan fronteras, tratando de encontrar un mejor medio de vida, buscando trabajos o tratando de reagruparse con sus padres o con su familia que, por regla general, cruzaron, en principio, las mismas fronteras de manera ilegal o como indocumentados. Estos niños, niñas y adolescentes se encuentran en situaciones de verdadera vulnerabilidad en las que las posibilidades de ser sujetos de explotación, venta o tráfico no están distantes. Si el niño no acompañado es un refugiado, solicitante de asilo, desplazado o simplemente un adolescente fugitivo, el Convenio de La Haya de 1996 lo asiste permitiendo la cooperación para localizarlo, determinando las autoridades de qué país son competentes para tomar las medidas de protección necesarias, y permitiendo la cooperación entre las autoridades nacionales del país de recepción y del país de origen para el intercambio de información necesaria y el inicio de las medidas de protección necesarias”<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup>GONZÁLEZ MARTÍN N. “La familia en el derecho comparado: Nuevas Estructuras Familiares, apuntes que trascienden al Derecho Internacional Privado”, El contenido de este artículo fue presentado en el seno del Curso Anual de Actualización de Profesores de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público, celebrado del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, en las instalaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y en el marco de la Conferencia “La familia en el derecho comparado” en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú, el día 16 de noviembre de 2010. En la UNAM, se prevé la publicación de un avance de esta contribución con el título de “Nuevas estructuras familiares: algunos apuntes que trascienden al derecho internacional privado” en Cuadernos de Trabajo del Seminario de Derecho Internacional que publica la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional

---

Autónoma de México, s.a., s.e. En este sentido Vid. también: GONZÁLEZ MARTÍN N. “Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata”, México, Porrúa-UNAM, 2009

## **VI. RESPETANDO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

*“Yo quería llamarme Batman y además ser suizo para comer chocolate todo el día”<sup>82</sup>.*

El interés superior del niño es exactamente lo contrario, es decir, no es lo que el niño desea<sup>83</sup>. “La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género”<sup>84</sup>.

En principio, parece un concepto indeterminado, solamente profundizando los elementos que lo componen, podemos notar su real portada jurídica. “En la actualidad, se trata de un principio acogido expresamente por el Derecho positivo con el más alto rango y, por tanto, una norma de obligado cumplimiento por los sujetos públicos y privados”<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup>Frase de una viñeta de Mafalda. En la viñeta se ven tres niños haciendo los deberes; uno de ellos se levanta y entre el grito y el llanto dice: “yo quería llamarme Batman y además ser Suizo para comer chocolate todo el día”.

<sup>83</sup>En esta misma línea, entre otros, se declara FÁBREGA RUIZ C.F., “Menores marroquíes no acompañados: una perspectiva desde el Ministerio Fiscal” en RAMÍREZ FERNÁNDEZ Á., JIMÉNEZ ÁLVAREZ M. (Coord.), “Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España”, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2005, pág. 189. “El interés del menor no puede identificarse con un mundo feliz en el que el Estado se ocupa de la crianza de los menores para hacerlos buenos súbditos el día de mañana”.

<sup>84</sup>Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 6, 2005

<sup>85</sup>PALMA DEL TESO A., “Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados”, Inap, 2006, pág. 115

Siguiendo la idea de la Profesora Ángeles de Palma del Teso, el interés superior del menor, si se considera como concepto jurídico indeterminado, y como todos los conceptos jurídicos indeterminados, distingue lo que podemos llamar un núcleo fijo, una zona de certeza negativa y una zona de incertidumbre por lo que deberíamos considerar el interés superior del menor en cada una de estas zonas<sup>86</sup>. Queriendo simplificar la tarea, creemos oportuno tener presente, como punto de partida, que el menor de edad es un sujeto de derecho en sentido pleno con lo que el ordenamiento jurídico, nacional e internacional, tiene la obligación de reconocerle los derechos fundamentales y ampararlo contra eventuales injerencias exteriores. Dicho de otra manera, las decisiones o las normas de la Administración Pública o del Estado, no tienen que afectar negativamente los derechos fundamentales de la persona así como su libertad personal. Entendemos como el interés superior del menor se alcance cuando el balance entre la situación real y personal del menor de edad y las normas de protección del menor como persona se encuentra en perfecto equilibrio. Para que esto resulte posible, volvemos a los elementos introducidos por parte del Comité de los Derechos del Niño en su Observación General núm. 6 de 2005. Es necesaria, entonces, una investigación puntual y previa de la condición de aquel menor de edad en concreto. Investigación y evaluación que deben determinar “su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”.

Una vez aclarados estos puntos, se procederá con el balance entre los resultados obtenidos y el aparato jurídico-normativos aplicables al menor de edad desamparado. Vista la situación personal del menor de edad, las normas que se le aplican no tienen que vulnerar sus derechos fundamentales y su propia libertad personal y recogiendo la Convención de los Derechos

---

<sup>86</sup>ibid

del Niño, no tienen que vulnerar, su derecho a la intimidad, al honor etc. Todo esto, concretamente, resulta indispensable a la hora de decidir acerca de una eventual repatriación del menor de edad no acompañado. Muchos pueden ser los casos. Como ejemplo “extremo”, pensamos en el caso de un menor de edad que llega a España procedente de un país que utiliza niños soldados<sup>87</sup>. En esta ocasión concreta, el interés superior del niño será lo de quedarse en el territorio español. Su eventual repatriación pondría en peligro el derecho fundamental a la vida que cada ser humano tiene reconocido. Si la Administración Pública decide que el niño se queda, se realiza el equilibrio perfecto entre la condición personal del niño y la aplicación de las normas a protección de él, lo que traducido significa lograr el interés superior del niño<sup>88</sup>. Es importante destacar que ésta representa solamente la primera parte del trabajo que todos los actores tienen que desarrollar. No olvidamos que estamos hablando de personas en edad evolutiva, por tanto, el mismo interés superior del niño se queda afectado por los cambios evolutivos del menor de edad. El elemento siguiente, entonces, es el seguimiento del menor de edad y por supuesto de su propio interés superior.

En fin, se puede decir, como afirma Jean Zermatten “que la noción del interés del niño es una noción que tiene dos funciones clásicas; la de controlar y la de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución): a) criterio de control: el interés superior del niño sirve aquí para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado.

---

<sup>87</sup>En este contexto estaremos frente a un supuesto para reconocer el estado de refugiado.

<sup>88</sup>Para un cuadro más completo, entre otros Vid. GARCÍA GUTIÉRREZ J. “Una voz para la infancia. Génesis y desarrollo de la noción de “interés superior del niño”, en VICENTE GIMÉNEZ T., HERNANDÉZ PEDREÑO M. (Coord.), “Los derechos de los niños, responsabilidad de todos”, Universidad de Murcia, 2007, pág. 173.

Es todo el dominio de la protección de la infancia que está concernido por este aspecto de control; b) criterio de solución: en el sentido en el que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la buena solución. Ésta es la que será elegida puesto que es en el interés del niño. Es la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica”<sup>89</sup>. A nivel nacional, el concepto de “interés del menor” encuentra un cierto consenso sea desde el punto de vista doctrinal, de legislación y de jurisprudencia<sup>90</sup>, sea a nivel internacional<sup>91</sup>. Compartimos, por lo tanto, la idea del Prof. Benito Aláez Corral según el cual “este concepto jurídico indeterminado se ha identificado en muchas ocasiones con la heteroprotección, pero desde un punto de vista constitucional únicamente puede reflejar auto y heteroprotección al mismo tiempo. Un interés que, como pone de relieve la jurisprudencia constitucional sobre la jurisdicción penal de menores, no ha de descuidar ni la heteroprotección ni la autoprotección del menor, pena vicio de inconstitucionalidad por desconocer bien el mandato de protección del menor, bien su condición de persona cuya dignidad se basa en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. La realización del interés del menor aparece, por tanto, como piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría de edad, y, en particular, de la que afecta a sus derechos fundamentales”<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup>ZERMATTEN J., “El interés superior del niño. Del Análisis literal al alcance filosófico”, en Informe de Trabajo 3-2003, Institut International des droits de l'enfant

<sup>90</sup>Entre otras disposiciones legales, Vid. la LOPJM, en su “Exposición de motivos” y el contenido del art. 2 “interés superior del menor”. Entre la jurisprudencia, Vid. STC 141/2000, de 29 de mayo; la STS de 18 de junio de 1998; la STS de 24 de abril de 2000.

<sup>91</sup>Vid. SSTEDH caso E. P. contra Italia de 16 de noviembre de 1999 y caso Bronda contra Italia de 9 de junio de 1998).

<sup>92</sup>ALÁEZ CORRAL B., “El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad”, en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, núm. 20, 2007, otoño-invierno págs. 203-204

Ahora bien, utilizando una terminología más directa, “el interés del menor tiene como finalidad garantizar el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir”<sup>93</sup>. ¿Porque, entonces, es esencial respetar el interés superior del menor? No es solamente uno de los elementos para lograr la protección de dicho sujeto, sino, más bien, tal logro, conlleva el reconocimiento del derecho fundamental, consagrado también en el art. 10 de la CE, de la dignidad de la persona (y dignidad humana), y su libre desarrollo, que, de hecho, podemos definir como la libertad y autonomía personal<sup>94</sup>. Puesto que la libertad es el derecho inviolable que cada persona tiene de realizar acciones y pensar en plena autonomía sin violar la misma libertad del otro y las leyes pre-constituidas; entendemos, entonces, como la dignidad humana, compuesta por la autonomía y la libertad personal, represente “el valor portante de los Derechos Humanos”<sup>95</sup>. Acatar y amparar el interés superior del niño significa reconocer los fundamentos de los Derechos Humanos.

Los criterios hasta aquí tratados, aparecen fundamentales a la hora de plantear el problema de la repatriación de los menores. Notoriamente, el punto de partida es el art. 35.5 de la LOEX post reforma LO 2/2009 de 11 de diciembre, gracias al cual se detecta un avance significativo. Intentamos hacer una lectura comparativa:

---

<sup>93</sup>TORRES PEREA J.M., “Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar”, Iustel, 2009, pág. 22

<sup>94</sup>En este sentido Vid. Revista de la Facultad de Derecho n.58, Ucab, Venezuela, pág. 259

<sup>95</sup>En este sentido Vid: OCCHIPINTI A., “Tutela della vita e dignità umana”, Capitolo I, Utet Giuridica, 2008

*Art. 35.3 (pre reforma): “la Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España”.*

*Art. 35.5 (post reforma): “la Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos”.*

Se nota como en el primer caso el Estado pone de releve el principio de reagrupación familiar, es decir, antes que todos, el menor de edad, por su personal desarrollo, tiene que vivir con sus padres entonces todas las actividades impulsan hacia esta posibilidad sin, por cierto, mencionar directamente el interés del menor. Las cosas cambian con la introducción del art. 35.5 reformado: ahora es necesaria la previa cooperación entre el Estado y la representación diplomática del país de origen así como la previa investigación acerca del interés del niño que ya se considera como un verdadero sujeto de derecho tanto que el Estado se compromete en escucharlo y comprenderlo. Parece una mejora notable, sobre todo porque resultan más limitadas las repatriaciones. Es verdad también que esto genera una doble visión del problema: por un lado hay la percepción de las CC.AA.: “en la

actualidad, según los datos obtenidos a la luz de las respuestas al cuestionario enviado, las CC.AA. de Andalucía, País Vasco y Navarra no repatrian a ningún menor y en Cataluña, en 2007, hubo tres, dos de las cuales eran expedientes procedentes de 2006”<sup>96</sup>.

Por otra parte, los operadores, las OGNs, lamentan que las limitadas repatriaciones son la consecuencias de la falta de una verdadera cooperación entre los actores predeterminados por la norma<sup>97</sup> con lo cual no parece haber cambiado el animo hacia las repatriaciones. A pesar de esto, estimamos positivamente la introducción, en la norma nacional de extranjería, del interés superior de niño, uno de los principios bases de la CDN de 1989. Claro es, y para generar más debate, ¿hasta que punto se tiene en cuenta la opinión del menor a la hora de decidir sobre su repatriación? Los mismos problemas entre CC.AA. y operadores de la materia poco antes mencionados, se re-proponen en este asunto.

---

<sup>96</sup>LÁZARO GONZALÉZ I.A., MOROY ARAMBARRI B., “Los menores extranjeros no acompañados”, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, 2010, pág. 28

<sup>97</sup>En este sentido: Save The Children, Mensajeros de la Paz.

## VII. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD

Llegamos finalmente a un problema que ataña a todo este trabajo; la determinación de la edad del menor no acompañados.

Tenemos que preguntarnos si realmente ésta es una cuestión jurídica o sí al contrario se puede quedar al margen de nuestra investigación. La respuesta es rotundamente sí, es una cuestión jurídica. Tal afirmación toma su punto de partida a la hora de elección de las normas jurídicas aplicables. Con respecto a lo que hemos tratado en el punto V del presente trabajo, entendemos como si declaráramos el presunto menor de edad como tal, se le aplicaría la Ley de Protección de la Infancia, así como la Convención de los Derechos del Niño, entrando en un sistema de protección más amplio; mientras que si se trata de una persona mayor de edad, se le aplica, de entrada, la Ley de Extranjería.

La Circular núm. 6 de 2006 de la Fiscalía General del Estado ofrece un primer elemento para reflexionar: “en aquellos casos en los que existan dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, los Fiscales, una vez efectuadas las pruebas de diagnóstico pertinentes etc..”. En el caso en que los operadores que acogen al menor extranjero tengan dudas sobre la edad del menor o presunto menor, comunicaran al Ministerio Fiscal estas dudas y éste autorizará las pruebas medico-diagnóstico del caso<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup>En este mismo sentido se pronuncia el art. 35.3 de la L.O. 2/2009 de 11 de Diciembre (BOE núm. 299 del 12 de Diciembre de 2009), de reforma de la L.O. 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal,

Ahora bien, en esta situación surgen por lo menos tres problemas que vale la pena destacar:

1) llegada de un menor de edad documentado y que por lo tanto lleva su pasaporte para demostrar su minoría de edad,

2) utilización de un sistema de determinación de la edad, a través de un “atlas” comparativo que tiene un margen de error de dos años arriba o abajo

3) obligación someterse a pruebas medicas, principalmente radiografías o ecografías de muñeca, mano, codo, hombro o partes del cuerpo con muchos huesos, y por supuesto, la conexión con la actividad del Ministerio Fiscal<sup>99</sup>.

En la mayoría de los casos pensamos en un menor extranjero no acompañado que llega a España indocumentado, una persona “sin papeles”. Reconociendo que esto ocurre a menudo, no podemos olvidar aquellos casos de menores no acompañados documentados, es decir que presentan su propio pasaporte o documento acreditativo de la edad. En este contexto, las “líneas guías” de la Fiscalía General del Estado parecen atribuir a los operadores, que acogen el presunto menor de edad, un poder arbitrario al limite de la legalidad: “en aquellos casos en los que existan dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, los Fiscales, una vez efectuadas las pruebas de diagnóstico pertinentes...”<sup>100</sup>. La palabra “duda”, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, “dudar” indica “desconfiar, sospechar de alguien o algo...dar poco crédito a una información que se oye”. De hecho, si el operador duda que el pasaporte pueda ser oficial, solicita la intervención del Fiscal que somete al presunto menor a pruebas para la determinación

---

que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”.

<sup>99</sup>HABLAREMOS MÁS DETENITAMENTE DE ESTE TERCER PUNTO EN EL SIGUIENTE PARRAFO (VIII)

<sup>100</sup>Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado

de la edad<sup>101</sup>. No olvidemos que estamos hablando de una persona que se presenta con su propio pasaporte y que acredita su minoría de edad<sup>102</sup>. Las explicaciones que algunas Comunidades Autónomas, como la de Madrid ofrecen y que por supuesto ofrecen elementos positivos de reflexión son que no se trata de falsedad del pasaporte sino de falsedad de los datos en el contenidos<sup>103</sup>. Además, la misma Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 20 de marzo de 2006, nos relata sobre los posibles “indicios de carácter defectuoso, erróneo o fraudulento relacionados con las condiciones en que se elaboró o se redactó” el documento<sup>104</sup>:

*a) la existencia de un intervalo muy largo entre la fecha del documento y la fecha del hecho a que se refiere;*

*b) que el documento se haya elaborado transcurrido mucho tiempo desde el hecho al que aluden y muy poco tiempo antes del trámite para el que se expidió el documento;*

*c) la existencia de contradicciones o aspectos inverosímiles entre los diferentes datos consignados en el acta o en el documento;*

---

<sup>101</sup>Lo mismo pasa cuando las fuerzas de seguridad acogen una persona indocumentadas de la que dudan la minoría de edad.

<sup>102</sup>Entre los muchos casos destacamos lo aparecido en prensa: “El abogado especializado en la defensa de los derechos de los menores inmigrantes, Juan Ignacio de La Mata, acaba de presentar cautelarísima ante los juzgados de plaza de Castilla exigiendo que se devuelve al sistema de protección a un menor camerunés que desde ayer se encuentra en la calle. Según los documentos a los que ha tenido acceso la CADENA SER, este chico de 17 años dispone de pasaporte que acredita su edad pero sin embargo el instituto madrileño del menor, decidió que se realizarán las pruebas óseas en una clínica privada que aseguraron que tenía en torno a los 18 años. A pesar de que el menor dispone de pasaporte original que acredita haber nacido el 5 de mayo de 1992 en Duala, y de que la propia embajada de Camerún en España ha emitido un certificado de autenticidad firmado por el embajador, la Comunidad de Madrid ha decidido dejarle en la calle con una resolución con fecha de ayer, 4 de febrero. El letrado Juan Ignacio de La Mata está

*d) que el mismo se haya elaborado exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere directamente;*

*e) que se haya elaborado el documento sin disponerse de un elemento objetivo que garantizara la realidad del hecho referido en el mismo;*

*f) que se trate de un documento expedido por una autoridad que no tenía en su poder o no tenía acceso al acta original.*

Sigue la misma Instrucción indicando los posibles “indicios de carácter defectuoso, erróneo o fraudulento derivados de elementos externos del documento”:

a) que existan contradicciones o aspectos inverosímiles entre los datos del documento presentado y los que figuran en otras actas o documentos comunicados a la autoridad competente o que obren en su poder;

b) que los datos que figuran en el documento presentado no parezcan corresponder a la persona a la que se refieren;

c) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de fraudes o irregularidades anteriores imputables al interesado;

---

exigiendo ahora en la fiscalía del menor que obligue a la comunidad a que se haga cargo del chico para no dejarle en desamparo.

[http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/comunidad-madrid-condena-vivir-calle-menores-inmigrantes/csrsrpor/20100205csrsrsoc\\_4/Tes](http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/comunidad-madrid-condena-vivir-calle-menores-inmigrantes/csrsrpor/20100205csrsrsoc_4/Tes)

<sup>103</sup>Palabras de Dña. Paloma Martín Martín, Gerente del Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Comunidad de Madrid, pronunciadas el día 9 de Noviembre de 2010 en la “II Jornadas MINA 2010. La situación de los menores inmigrantes no acompañados: su protección e integración”. Valencia, 8, 9 y 10 de Noviembre 2010. En esta jornada el autor de este trabajo presenció personalmente.

<sup>104</sup>Publicada en el BOE del 24 de abril de 2006

d) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de numerosas irregularidades en la gestión de los registros civiles o la expedición de certificaciones de los registros del Estado de origen del documento presentado.

Admitimos como en este caso concreto es muy difícil lograr el equilibrio perfecto entre la actividad del Fiscal que como órgano constitucional tiene la misión de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley y el derecho del supuesto menor de edad a reivindicar su condición de menor de edad avalada por un documento oficial. Por otra parte, detectamos la necesidad de una acción continua y conjunta de todos los actores involucrados en la acogida del presunto menor: cooperación con los países de origen, personal especializado en detectar la falsedad de documentos, utilización del Registro de los menores extranjeros no acompañado; es decir un acervo de medidas que realmente puedan favorecer la labor del Ministerio Fiscal que de hecho es quien toma la decisión última.

El segundo problema se radica en la utilización de un “atlas” comparativo de las radiografías o ecografías. Se basan en la comparación de una radiografía con una serie de radiografías estándares, tomadas de una muestra de la población general y se le adscribe la edad ósea que corresponda al estándar más parecido o a una edad intermedia entre dos estándares sucesivos; más en particular, “es un atlas con una serie de radiografías típicas de niños que recogen 30 estados evolutivos en la escala de madurez”<sup>105</sup>. Aunque existen atlas para la rodilla, codo y pie, el más conocido y utilizado es el de Greulich y Pyle para la mano y muñeca<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup>TRISTÁN FERNÁNDEZ J.M., “Influencias de diversos factores de salud y sociodemográficos en el desarrollo esquelético y antropométrico”, Universidad de Granada, 2005, pág. 60

<sup>106</sup>Entre otros Vid. KEATS E. T., SISTROM C., “Atlas de medidas radiológicas”, Ediciones Harcourt, 2002, pág. 309 y ss.

Vale la pena recordar que dicho atlas fue realizado por sus dos investigadores en los años '40 en EE.UU. y que, como explican los dos autores, toma, en parte, en consideración la precedente investigación y atlas del Prof. Wingate Todd, de 1929<sup>107</sup>. Como apunta el Dr. José Prieto del Instituto Anatómico Forense de Madrid, el principal inconveniente “es la subjetividad de la lectura radiológica. Normalmente tras una curva de aprendizaje suficiente las variabilidades son tolerables, no encontrándose diferencias significativas con otros métodos más precisos”<sup>108</sup>. Obviamente hay que tener en cuenta que la maduración ósea está influenciada por diferentes factores: genéticos, ambientales, socioeconómicos etc., con lo cual si se toman en consideración radiografías o ecografías de una parte de la población con determinadas características, por ejemplo personas latinas, la prueba comparativa dará resultados diferentes de los que se pudieran alcanzar si se considerara otra parte geográfica-territorial de comparación. Y más, aunque se hiciera una comparación “equilibrada”, el margen de error resultaría siempre muy elevado; dos años arriba o abajo, con lo cual si estamos investigando la edad de una persona que se encuentra, supuestamente, entre la mayoría y la minoría de edad, tal actividad, demasiado errónea, pudiera cambiar el tratamiento y la protección que se le otorga<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup>Vid. GREULICH W.W., PYLE S.I., “Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist”, Stanford University Press, California, 1950

<sup>108</sup>PRIETO J.L., “Determinación de la edad en jóvenes indocumentados. Protocolo de actuación médico-forense”, [www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP](http://www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP)

<sup>109</sup>En estos casos se suele aplicar el principio del favor minoris. La misma Fiscalía, en su propia Instrucción 2/2001 señala que debe tomarse como edad de referencia la menor que resulte de las pruebas médicas realizadas. Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado: “Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto,

Científicamente, entre los más conocidos, se señalan por lo menos otros dos métodos para determinar la edad: el método de Tanner-Whitehouse de 1975, basado en niños anglosajones y el método Sampé basado en niños franceses. “El fundamento del método Tanner-Whitehouse, consiste en adjudicar alícuotas de un score numérico que representa todo el proceso de maduración esquelética, a cada uno de los estadios por lo que pasan los huesos y que pueden ser evidenciados radiológicamente”<sup>110</sup>. Se trata, entonces, de un método numérico y no comparativo como lo de Greulich y Pyle. El método Sampé, recoge elementos parecidos a los de Tanner-Whitehouse, aunque resulta más preciso en cuanto utiliza “indicadores terciarios de maduración”<sup>111</sup>, es decir indicadores óseos conexos con la adolescencia.

Hoy en día, aunque en menor medida, la medicina utiliza también el sistema de radiografía panorámica u ortopantomografía dental que valora el estado madurativo del diente en desarrollo<sup>112</sup>. Este sistema, como los demás, no ofrece una seguridad definitiva acerca de la edad de la persona con lo cual, al día de hoy, no existe una técnica fiable al cien por cien. Sin embargo, nos quedamos con la esperanza de que las técnicas

---

habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior a dicha horquilla”. La misma línea de actuación se recomienda en la *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las Responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto a los Menores no Acompañados*, aprobada en octubre de 2006, principio de actuación núm. 4

<sup>110</sup>GUIMAREY L.M., LEJARRAGA H., CUSMINSKY M., “Evaluación de la madurez esquelética por el método de Tanner y Whitehouse”, en *Revista Medicina Enero-Febrero 1979*, Buenos Aires, pág. 312

<sup>111</sup>TRISTÁN FERNÁNDEZ J.M., “Influencias de diversos factores de salud....op. cit., pág. 62

<sup>112</sup>Tal sistema es lo propuesto por Demirjian Goldstein y Tanner (1973).  
medicas y antropológicas nos puedan proporcionar, en el próximo futuro,

métodos más fieles y ciertos. Claramente, al trabajo de las “máquinas” tiene que sumarse el trabajo de los profesionales que serán llamados a interpretar los datos obtenidos teniendo en cuenta, por supuesto, una serie de actividades previas como identificar el menor y entrevistar con él<sup>113</sup>. A todo esto se añade la necesidad de retomar algunas herramientas previstas por la Ley, que, en algunos casos, son dejadas a un lado y facilitar el trabajo de todos los actores. El art. 60.2 del Real Decreto 864/2001 de 20 de Junio<sup>114</sup>, instituye el “Registro de menores extranjeros en situación de legal desamparo”<sup>115</sup>. Escasa es la utilización de dicho Registro que si correctamente empleado podría proponer resultados aceptables y relacionados con los desplazamientos entre CC.AA. así como ofrecer una referencia inicial del menor acogido.

---

<sup>113</sup>En este sentido, “identificar el menor” significa conocer, cuando disponibles, exámenes médicos anteriores que permitan tener un cuadro más completo sobre la persona investigada. “Entrevistar”, significa elaborar la anamnesis completa como para cualquier otro paciente.

<sup>114</sup>Por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

<sup>15</sup>Art. 60.2 R.D. 864/2001: “Igualmente, en la Dirección General de la Policía, existirá un Registro de Menores Extranjeros en situación de legal desamparo a efectos puramente identificadores, en el que se contendrá: a) Nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia. b) Su impresión dactilar. c) Fotografía. d) Centro de acogida donde resida. e) Organismo público bajo cuya protección se halle. f) Resultado de la prueba —sea de determinación de la edad, según informe de la Clínica Médico Forense, g) Cualquier otro dato de relevancia a los citados efectos identificadores. Los servicios competentes de protección de menores a los que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberían comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de la Policía, a través de sus órganos periféricos, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor conforme lo dispuesto en el párrafo anterior”.

## ***VIII. RELACIÓN ENTRE LA ACCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y EL SOMETIMIENTO A LAS PRUEBAS MÉDICAS DE LOS MENORES DE EDAD***

Parece interesante dedicar algunas palabras sobre cómo se desarrolla la actividad del Ministerio Fiscal a la hora de empezar los tramites para determinar la edad de los menores de edad inmigrantes no acompañados. La primera cuestión, previa al desarrollo del presente párrafo, es sobre la capacidad del Ministerio Fiscal y, por supuesto de sus miembros, para disponer las pruebas médico-diagnosticas; dicho de otra manera, ¿es el Ministerio Fiscal, sobre todo cuando el menor de edad rechaza las pruebas, la institución que tiene que autorizar las comprobaciones médicas? Dos pueden ser los organismos; bien el Ministerio Fiscal o bien la Autoridad Jurisdiccional que tratándose de menores de edad será el Juez de menores<sup>116</sup>.

Hoy en día sabemos que la LOEX, art. 35, atribuye dicha competencia al Ministerio Fiscal y que el Juez de Menores, antiguamente competente ya no tiene autoridad, con lo cual, legalmente, ya tenemos la respuesta. Por otra parte, parece traer muchos problemas no tanto el organismo que autoriza sino la resolución decisoria y consecuente a las pruebas a través de cual, el Ministerio Fiscal determina la edad del menor. Este pasaje es fundamental porque, ya sabemos, que en relación con la determinación de la edad, se aplica la legislación en materia de protección

---

<sup>116</sup>La originaria Ley de Extranjería atribuía tal competencia propio a los Jueces de Menores. “Con la modificación se pretendían activar las importantes funciones tuitivas que sobre los menores precisados de protección otorga tradicionalmente el ordenamiento jurídico al Ministerio Fiscal, y agilizar la resolución del expediente, pero también evitar que la intervención del Juez de Menores en esta fase supusiera una suerte de criminalización de los menores extranjeros no acompañados por su sola presencia en nuestro país”. Consulta 1/2009 Fiscal General del Estado

de la infancia o la LOEX. Ahora bien, si se tratara de Juez, la última decisión, cualquiera que sea, tiene que respetar el principio del contradictorio: “el principio de contradicción determina la necesidad de que puedan acceder al procedimiento todos los intereses afectados por el mismo, dándose posibilidad a sus titulares de defenderlos en condiciones de igualdad”<sup>117</sup>.

Al contrario, el Fiscal, emite una resolución motivada en forma de Decreto que no admite recurso. El Fiscal General del Estado, en la Consulta 1/2009 y recogiendo la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, explica el alcance de dicha decisión:

*Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 destaca el carácter provisional del decreto del Ministerio Fiscal que concluye las diligencias incoadas para la determinación de la edad del menor, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. En la referida Circular se afirma que habrá de dictarse por el Fiscal la correspondiente resolución en forma de decreto motivado en la que se determine si la persona afectada debe considerarse menor de edad, y en caso positivo, se acuerde la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga. Dicho decreto tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. No puede olvidarse que las primeras diligencias que se practican y que sirven de base a la resolución del Fiscal, lo son con las notas de urgencia, normalmente limitadas a la práctica de la radiografía de la muñeca izquierda,*

---

<sup>117</sup>Entre otros: RODRIGUEZ X., MUÑOZ A., “Derecho administrativo español”, Tomo II, Netbiblo, 2008, pág. 153

*pudiendo practicarse por la Entidad Pública con posterioridad y disponiendo de mas tiempo y medios, otras pruebas médicas de mayor precisión (v.gr. ortopantomografía) o llevarse a cabo otro tipo de investigación (v.gr. certificaciones de los registros del país de origen del menor etc.).*

Los elementos a destacar son: 1) carácter provisional del Decreto, 2) efectos provisionalísimos y 3) posibilidad de pruebas complementarias. Los tres fundamentos parecen ofrecer amplios márgenes de actuación para quien representa el menor de edad ya que la Fiscalía General del Estado admite que “una vez fijada la edad de un menor pueden aparecer nuevos elementos de juicio que generen dudas razonables sobre esa primera valoración. En consecuencia, nada impide que, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor, o en el supuesto de persistencia de las dudas sobre la edad del supuesto menor, o en caso de transcurso del tiempo, por ejemplo, porque se presentan documentos acerca de la minoría de edad cuando está a punto de llegarse a la mayoría de edad según una prueba ósea practicada hace algún tiempo, o porque aparecen nuevos procedimientos en que el interesado figura como mayor o menor de edad, resulta necesaria la revisión del decreto de determinación de edad”<sup>118</sup>.

Entendemos entonces, como las nuevas y eventuales pruebas se tendrán que presentar a la misma Fiscalía que decretó la primera vez o a la Fiscalía del lugar donde se encuentra el menor de edad o a un organismo diferente a la Fiscalía. Esto genera una serie de problemas:

1) la persona, declarada mayor de edad con Decreto del Fiscal, claramente, no se puede declarar en desamparo, con lo cual no se le puede aplicar la guarda prevista en art. 172 Cc. con la consecuente falta de intervención de los Servicios Autonómicos de Protección del Menor,

---

<sup>118</sup>Consulta 1/2009 Fiscalía General del Estado

2) la falta, en origen, del contradictorio, se intenta resolver con la posibilidad de aportaciones futuras,

3) aunque el representante del presunto menor de edad (o presunto mayor de edad), aportara pruebas, pasaría un tiempo difícil de establecer, sin determinar cuál sería el amparo de la persona,

4) existe un riesgo fundado que entre las nuevas aportaciones y la siguiente declaración del Fiscal o del organismo llamado a pronunciarse, pase un tiempo tal que la persona, en origen menor de edad, cumpla los dieciocho años,

5) surgen dudas hacia las conclusiones del mismo Fiscal General del Estado (en la ya citada Consulta 1/2009):

a) en la séptima conclusión<sup>119</sup>, el Fiscal General utiliza las palabras “podrá dictarse”, generando la incertidumbre sobre la obligación o menos de dictar un nuevo Decreto, así como la posibilidad de rechazar su nueva emisión,

b) en la novena conclusión<sup>120</sup> se nota una cierta rigidez por parte del Fiscal General a la hora de emitir el nuevo Decreto.

---

<sup>119</sup>Séptima Conclusión Consulta 1/2009: “puesto que el decreto inicial de determinación de edad tiene efectos provisionalísimos, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor o de persistencia de las dudas racionales sobre su edad por otros motivos que no se tuvieron en cuenta en el primer procedimiento -especialmente porque el menor presenta documentación con indicios de falsedad o porque, aun siendo genuino el documento, contiene éste datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones o no fiables para la determinación de la edad-, podrá dictarse un nuevo decreto por parte de la Fiscalía correspondiente al lugar del domicilio o en el que se encuentre el presunto menor, por el que se acuerde una nueva determinación de su edad”

<sup>120</sup>Novena Conclusión Consulta 1/2009: “En cualquier caso, este nuevo Decreto debe estar suficientemente motivado, y en el mismo han de exponerse detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión”

Si en la emisión del primer Decreto, la Consulta 1/2009 (recogiendo la Circular del la Fiscalía General del Estado 2/2006) dice: *“El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga”*; el segundo Decreto, basado sobre nuevas aportaciones y también sobre la actividad del interesado, parece más contundente y rígido, con lo cual, el primero sugiere tener más efectividad.

El hecho de que no se pueda recurrir la primera decisión del Ministerio Fiscal junto con la falta de un necesario contradictorio entre las partes, desde el principio, nos impulsa a investigar sobre la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Creemos fundamental subrayar la relación entre el someterse a las pruebas y el artículo 15 de la Constitución Española, derecho a la integridad física<sup>121</sup>. “Aunque este derecho se regula en el art. 15 de la Constitución Española debe ser concebido como un derecho autónomo, no obstante, tiene una conexión teológica importante con el derecho a la vida. Al igual que éste se trata de un derecho íntimamente relacionado con la dignidad humana, por lo que su titularidad la ostentan tanto los nacionales como los extranjeros. En definitiva, este derecho se constituye como una obligación de los poderes públicos de velar porque los ciudadanos no sean dañados física o psíquicamente. Especialmente, esta obligación estatal se materializa con aquellos ciudadanos que dependen del Estado: detenidos, presos, menores en centros estatales, enfermos hospitalizados. Tiene un doble contenido: por un lado, conforma el derecho a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes, por otro supone el derecho a no ser objeto de intervenciones en

---

<sup>121</sup>“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”.

la esfera física o psíquica sin el propio consentimiento del afectado”<sup>122</sup>.

El mismo Tribunal Constitucional sentencia sobre el asunto. La STC 35/1996 del 11 de Marzo, declara “la constitucionalidad de las medidas que no vulneran la integridad física, siempre que se realicen de forma aislada, por personal médico especializado, previos informes de éstos, se utilicen aparatos homologados y el nivel de radiación resulte ser de menor intensidad que los máximos permitidos por la Organización Mundial de la Salud”. La realidad es que el Tribunal Constitucional, debate sobre la cantidad de pruebas (“nivel de radiación resulte ser de menor intensidad”), aunque, en este caso, aparece más destacable la sumisión de la persona a pruebas medicas sin su propio consentimiento que de hecho representa el alcance del art. 15 CE<sup>123</sup>. Otro artículo constitucional aplicable al caso, parece el 18.1 CE<sup>124</sup>, cuando trata de la intimidad personal y su vulneración en aplicación de determinadas medidas. No hay ninguna dificultad en confirmar la posición del Tribunal Constitucional cuando afirma que las “intervenciones corporales” son aquellas “consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado”<sup>125</sup> y por supuesto identificar, entonces, las

---

<sup>122</sup>IGLESIAS BÁREZ M., “Estructura Orgánica y Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”, Universidad de Salamanca, 2010, pág. 179

<sup>123</sup>Podemos por cierto pensar en la aplicación del principio de proporcionalidad, necesario, mirándolo en sentido positivo, en cuanto en caso de duda, no se sabe cual norma aplicar hasta cuando no se conozca la edad de la persona.

<sup>124</sup>Art. 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen”.

<sup>125</sup>STC 207/1996 del 16 de Diciembre

pruebas radiológicas para determinar la edad como intervenciones corporales. Tenemos, además, que ser concretos y reconocer los avances técnicos en materia sanitaria, con lo cual, una radiografía es hoy en día una intervención leve que por lo tanto no exige la intervención judicial en su ejecución<sup>126</sup>. Todo esto encaja muy bien en todas aquellas situaciones donde no hay contrariedad del interesado en someterse a las pruebas. El derecho y la jurisprudencia protegen el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), con lo cual el Fiscal no puede obligar el presunto menor a someterse a las pruebas. Entendemos como la eventual obligación se traduciría en vulneración de un derecho fundamental y al mismo tiempo, la falta de dicha determinación de la edad, afectaría a las funciones propias del Ministerio Fiscal. Traemos a colación, en este caso concreto, el principio de proporcionalidad que visto desde una perspectiva negativa, representa, en determinadas y necesarias ocasiones, la limitación de un derecho<sup>127</sup>. Para dicha injerencia por parte del Estado, tienen que existir, de manera secuencial y para nosotros no alterable, por lo menos dos elementos: en primer lugar, la idoneidad de las medidas y la imposibilidad de utilizar otras herramientas para llegar al propósito final y en segundo lugar, el interés del Estado, en este caso en determinar la edad.

El problema es muy desafiante y aunque, hemos visto que el Fiscal no puede obligar a someterse a las pruebas, parece que en el caso de un presunto menor inmigrante no acompañado, indocumentado que rechaza las pruebas sin aclarar las motivaciones, después de ser oído, después que el Fiscal con la ayuda de los sanitarios explica en que consisten las pruebas y porqué son

---

<sup>126</sup>Jurisprudencia en este sentido: STS 3 de Febrero de 2000, SSTS 15 de noviembre de 2001 etc.

<sup>127</sup>En este sentido, entre otros Vid.: ASIS (de) R., AIELLO A.L., BARIFFI L., CAMPOY I., PALACIOS A., “Sobre la accesibilidad universal en el derecho”, Dikynson, 2007, pág. 163 y ss.

necesarias; se cumplan los elementos para un eventual “entrometimiento”, con, claramente, todas las cautelas legales y personales del caso<sup>128</sup>. En este sentido, el Fiscal General del Estado y nosotros por supuesto, acatamos la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria que niegan esta posible intervención aunque nos preguntamos si de esta manera el Fiscal cumple con sus primitivas funciones.

Queda claro como el procedimiento no puede pararse frente al rechazo de sumisión a las pruebas, con lo cual, el Fiscal deberá emitir su Decreto con los elementos que tiene. Es importante destacar como en caso de negativa a la practica de las pruebas, el Fiscal, puede considerar tal rechazo como un indicio de mayoría de edad. Este advertimiento es la única herramienta a disposición del Fiscal frente a una situación que tendría el riesgo de paralizar toda la cuestión.

---

<sup>128</sup>Cuarta Conclusión de la Consulta 1/2009 de la Fiscalía General: “En caso de que el menor no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, el Fiscal deberá informarle personalmente acerca de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, de la misma, así como de las consecuencias jurídicas que se derivarían, dependiendo de sus resultados, y de los efectos que podrían resultar de la negativa a practicar la prueba. El Fiscal debe, en el mismo acto, oír al menor acerca de las razones de su negativa y sobre su posible disposición a someterse a otro tipo de pruebas alternativas”

## VIII. EN CONCLUSIÓN

En esta breve investigación hemos tratado temas de estricta actualidad que a veces se mezclan con elementos propios de la sociología, de la antropología y por supuesto del derecho positivo. El interés por este colectivo, numéricamente limitado, encuentra su eje portante en el desafío hacia una materia que, por un lado, tiene la obligación de proteger una parte vulnerable de la sociedad y por otro, detecta la necesidad de regular un fenómeno que bajo el punto de vista de la extranjería, se radica en la irregularidad y en la ilegalidad. Realmente, los menores de edad no acompañados, representan estos intereses contrapuestos. Alrededor de este fenómeno giran una serie de elementos, no solamente de naturaleza jurídica, que rinden la materia aún más complicada.

Creemos que, la rigidez de algunas normas en materia de extranjería, por lo menos en parte, encuentran su explicación propiamente en el avance histórico de la inmigración. Afortunadamente, las normas nacionales e internacionales logran, en muchos casos, aclarar puntos oscuros. Pese a todo, esto no parece ser suficiente, ya que en varias ocasiones los poderes públicos siguen vulnerando los derechos que con contundencia expresan las normas. Tras esto, abundantes son los problemas para proteger concretamente este tipo de inmigración. Por supuesto, no queremos dar soluciones, lo que si podemos hacer es avanzar propuestas. En este momento, nos parece viable investigar y debatir sobre la posibilidad de favorecer una mayor aplicación y conocimiento de la solicitud de asilo o más bien del reconocimiento del estatus de refugiado<sup>129</sup> (parece importante recordar que no hay contrariedad

---

<sup>129</sup>En esta fase no queremos entrar en la distinción entre solicitante asilo y refugiado ya que la misma doctrina en muchos casos se divide y en otros habla de “refugiados por motivos políticos”, Vid. TOMUSCHAT C., “A right to Asylum in Europe”, Human Rights Law Journal, 1992, pág. 258

entre el expediente como menor de edad extranjero y lo como persona menor de edad solicitante asilo<sup>130</sup>). Intentamos explicar: el concepto de refugiado tiene que satisfacer cuatro requisitos:

- 1) tratarse de un extranjero o un apátrida que se encuentre fuera de su país,
- 2) existencia de fundados temores de ser perseguido si regresa a su país,
- 3) temor fundado de persecución concretizado en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión políticas,
- 4) debe existir una situación de desprotección<sup>131</sup>.

Es notorio, como los problemas más llamativos se desprenden de los puntos 2 y 3 (que, por cierto, tienen conexiones entre ellos), bajo el mínimo común denominador representado por la valoración de la persecución. Acatando la idea de los Tribunales holandeses o daneses, nos parece posible dirigirse hacia el concepto de persecución según una visión de entrometimiento indirecto del Estado, es decir, frente a la inercia e ineficacia protectora del Estado de origen, la persona, en nuestro caso el menor de edad, deja su país en busca de condiciones mejores. Desde otra perspectiva no nos parece necesaria la connivencia por parte del Estado<sup>132</sup>. Todo esto es

---

<sup>130</sup>En este mismo sentido, Vid. CLARO QUINTANS I., “Los menores no acompañados y el derecho de asilo” en LÁZARO GONZALÉZ I.E., MOROY ARAMBARRI B., “Los menores extranjeros no acompañados”, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y menores, pág. 136: “A la falta de información del personal de acogida se añade la creencia de que son incompatibles la documentación como menor extranjero y como solicitante de asilo”

<sup>131</sup>En este sentido Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J., “La inmigración y el asilo en la Unión Europea”, Colex, 2002, pág. 219 y ss.

<sup>132</sup>En este punto, la doctrina se divide.

aun más evidente cuando observamos un colectivo vulnerable como lo de los MINAs que, justamente por la edad y a diferencia de la inmigración adulta, tienen una menor capacidad de enfrentarse a las dificultades de la existencia diaria. Ahora bien, genera dudas la lista de motivaciones relacionadas con la persecución: creemos necesario interpretar de manera extensiva dicho “catálogo” de situaciones y necesario considerar cada realidad singularmente, por eso que nos parece aceptable incluir los MINAs dentro de lo que se denomina “grupo social”.

Podemos, entonces, corroborar, como todos los elementos útiles a la hora de conceder el estatus de refugiado, se ajustan al grupo objeto del presente trabajo: por supuesto los MINAs son extranjeros que llegan a un país diferente de lo de origen (*punto 1*); según la visión descripta anteriormente, son personas perseguidas (*punto 2*), así como pertenecientes a un “determinado grupo social” (*punto 3*); dicho grupo es un colectivo desprotegido, no puede acogerse al sistema de protección propio de su país porque, en la mayoría de los casos no existe (*punto 4*). Queda claro como al día de hoy existe la posibilidad, para dicho colectivo, de solicitar asilo en el caso que ostenten la condición de refugiado, aunque tal actividad necesita de la acción por parte de la persona<sup>133</sup>. El reconocimiento del estatus de refugiado y goce del derecho de asilo no es automático. En este sentido, y solamente para el vulnerable colectivo de los menores de edad que dejan su país porque desprotegidos, pudiera ser posible lograr, *ex se*, el estatus de solicitante asilo, abandonando, por otro lado, los principios, probablemente superados, que identifican este grupo como inmigrantes menores de edad y favorecer el pleno reconocimiento de los derechos humanos.

---

<sup>133</sup>Interesante párrafo, “El procedimiento de asilo: una larga carrera de obstáculos” en CLARO QUINTANS I., “Los menores no acompañados y el derecho...” op. cit. Pág. 143

Los elementos hasta ahora descritos representan una verdadera segunda fase que supera el principio de cooperación entre Estados, previo y necesario a la política de inmigración, por lo que podemos concluir manifestando la:

1) la necesidad de una continua cooperación entre Estados Europeos para lograr una política de inmigración común y sin distinción entre Europa del norte y Europa mediterránea,

2) la cooperación persistente entre los Estados Europeos y los Estados de procedencia de los flujos migratorios,

3) la aplicación puntual de las normas internacionales y nacionales por parte de todos los actores involucrados en la acogida y protección de los MINAs,

4) Formar aun más profesionales en materia de extranjería y de extranjería relacionada con los menores de edad,

5) Repensar al estatus de refugiado y solicitante de asilo, a favor de los MINAs, no tanto como forma de protección, sino como necesario reconocimiento más concreto de los Derechos Humanos.

## ***PRINCIPAL LEGISLACIÓN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y MINORÍA DE EDAD***

### **Nacionales:**

- Constitución Española
- Código Civil
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (Ley de Extranjería)
- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, modificado a su vez por el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio
- Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento Administrativo Común
- Ley 5/1984 modificada por la Ley 9/1994 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado
- Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado

### **Comunitarias:**

- Carta Europea de los Derechos del niño
- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- La Resolución del Consejo la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros.

### **Internacionales:**

- Declaración de los Derechos del niño (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959)
- Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989

- El Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos de 1996
- Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños
- Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados
- Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados de Nueva York del 31.12.1967
- Reglas de Beijing: Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Resolución 40/33 de NN.UU. 29/11/1985)

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ACNUR, *“Contra la trata de niños, niñas y adolescentes”*, Manual para Parlamentarios núm. 9  
2005

ADNANE A., VERDASCO MARTÍN M., *“Acogimiento de Menores Inmigrantes”*, en JIMENEZ

HERNANDEZ A., CORREA GARCÍA R.I., CRUZ DÍAS R., GUZMÁN FRANCO D.,  
*“Intervención socioeducativa e intercultural. Nuevos horizontes en la formación del educador”*  
Accem, 2006

ARACIL R., OLIVER J., SEGURA A., *“El Mundo actual. De la Segunda Guerra Mundial a nuestros días”*, Edicions Universitat de Barcelona, 1998,

ARCE J.E., *“Menores Extranjeros no acompañados”*, en LÁZARO GONZÁLEZ I. E., CULEBRAS LLANA I. (coordinadoras), *“Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho” IV Jornada sobre Derechos de los Menores*, Universidad Pontificia Comillas, Fundación Seur, 2006

ARIÈS P., *Padre e figli nell’Europa medievale e moderna*, Laterza, Bari, 1976

ASIS (DE) R., AIELLO A.L., BARIFFI L., CAMPOY I., PALACIOS A., *“Sobre la accesibilidad universal en el derecho”*, Dikynson, 2007

BARGACH A., “*Los contextos de riesgo: menores migrantes no acompañados*”, en CHECA y OLMO F., ARJONA Á., CHECA OLMOS J.C., “*Menores tras la frontera. Otra inmigración que aguarda*”, Universidad de Almería, 2006

BUSTELO P., GARCÍA C., OLIVIÉ I., “*Estructura económica de Asia Oriental*”, Ediciones Akal, 2004

CAPDEVILA M., FERRER M., “*Los menores extranjeros indocumentados no acompañados (meina)*”, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2003

CAVA DE LLANO Y CARRÍO M.L., “*El defensor del pueblo y la protección de los menores inmigrantes no acompañados*” en CABEDO MALLOL V. (coordinador), “*La situación de los menores inmigrantes no acompañados*”, Tirant Lo Blanch 2009

CHIAROTTI BOERO S., “*La trata de mujeres: sus conexiones y desconexiones con la migración y los derechos humanos*”, Naciones Unidas, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, 2003

CLARO QUINTANS I., “*Los menores no acompañados y el derecho de asilo*” en LÁZARO GONZALÉZ I.E., MOROY ARAMBARRI B., “*Los menores extranjeros no acompañados*”, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y menores

COFFARI G.A., *I diritti dei bambini: un debito con la storia*, en Francoangeli, 2007

COMAS M., (coord.), “*L'atenció als menors immigrants no acompanyats*”

*a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d'actuació*". Finestra oberta, nº 19, 2001, Barcelona, Fundació Jaume Bofill

ECPAT EUROPE LAW ENFORCEMENT GROUP, "*Combatiendo la trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales, Preguntas y respuestas*", Ecpat International, 2006

ESCUADERO LUCAS J.L., "*La tuición del menor abandonado*", Universidad de Murcia, 1995

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, "*Report on Racism and Xenophobia in the Member States of the EU*", 2007

FÁBREGA RUIZ C.F., "*Menores marroquíes no acompañados: una perspectiva desde el Ministerio Fiscal*" en RAMÍREZ FERNÁNDEZ Á.,

JIMÉNEZ ÁLVAREZ M. (coords.), "*Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*", Universidad Internacional de Andalucía, Akal, 2005

GARCÍA GARNICA M.C., "*La protección jurídica de los derechos de la infancia. Protección civil de los derechos de la infancia*" en VELA SÁNCHEZ A. J., "*Globalización, inmigración y derechos de la infancia*", Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Consejería para la igualdad y bienestar social, Centro de investigación y documentación sobre derechos de la infancia y adolescencia, Observatorio de la Infancia en Andalucía, Save The Children, 2008

GARCÍA GUTIÉRREZ J. "*Una voz para la infancia. Génesis y*

*desarrollo de la noción de interés superior del niño*”, en VICENTE GIMÉNEZ T., HERNANDEZ PEDREÑO M. (Coords.), “*Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*”, Universidad de Murcia, 2007

GIMÉNEZ ROMERO, C., SUÁREZ NAVA, L. “*Menores no acompañados que han entrado en el territorio español sin representación legal*”. Madrid: UAM, 2000

GONZÁLEZ ARENAS, C. “*Una experiencia pionera: Casa de Refugiados e Inmigrantes menores y jóvenes no acompañados*”. Documentación Social. Madrid, 2000

GONZÁLEZ MARTÍN N. “*La familia en el derecho comparado: Nuevas Estructuras Familiares, apuntes que trascienden al Derecho Internacional Privado*” (Curso Anual de Actualización de Profesores de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público), en, Cuadernos de Trabajo del Seminario de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, “*Nuevas estructuras familiares: algunos apuntes que trascienden al derecho internacional privado*”. - “*Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*”, México, Porrúa-UNAM, 2009

GORTÁZAR ROTAECHE, C.J. “*Políticas de inmigración e integración de los inmigrantes: Derecho de la Unión Europea y Derecho español*” en Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio

GREULICH W.W., PYLES, I., “*Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist*”, Standford University Press, California, 1950

IFAM Fundación Pere Tarrés- Universidad Ramon Llull. Del Informe “*Los y las Menores Migrantes No Acompañados/das en España. Estado actual y nuevas tendencias*”, 2009

IGLESIAS BÁREZ M., “*Estructura Orgánica y Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*”, Universidad de Salamanca, 2010

KEATS E. T., SISTROM C., “*Atlas de medidas radiológicas*”, Ediciones Harcourt, 2002

LÁZARO GONZALÉZ I.E., MOROY ARAMBARRI B., “*Los menores extranjeros no acompañados*”, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y menores

LIWSKI N.I., “*Migraciones de niños y niñas adolescentes bajo el enfoque de derechos*” Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes

LÓPEZ SALA A.M., “*Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*”, Anthropos Editorial, 2005

MARIÑO MENÉNDEZ F. (Dir.), “*Colectivos en riesgo de exclusión: inmigrantes, minorías étnicas y perspectiva de género*”, Imserso, Madrid, 2003

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J., “*La inmigración y el asilo en la Unión Europea*”, Colex, 2002

MILES R., THRANHARDT D., *Migration and European Integration*, London, Pinter Publishers Ltd, 1995

MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna, 2000

OCCHIPINTI A., “*Tutela della vita e dignità umana*”, Capítulo I, Utet Giuridica, 2008

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, SAVE THE CHILDREN, “*Guía de intervención psicosocial para la asistencia directa con personas víctimas de trata*”, Mexico, 2007

PALMA DEL TESO A., “*Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*”, Inap, 2006

PASTORE F., “*Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra allargamento e costituzionalizzazione*”, en VACCA G., (a cura di), “*Il dilemma euroatlantico. Rapporto 2004*” della fondazione Istituto Gramsci sull'integrazione europea, Dedalo, Bari, 2004

PRIETO J.L., “*Determinación de la edad en jóvenes indocumentados. Protocolo de actuación médico-forense*”, [www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP](http://www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP)

QUIROGA V., “*Presentación del Proyecto CONRED*”, Fundació Jaume Bofill, Fundación Peré Tarrés. s.e., s.a.

RODRÍGUEZ BENOT A., “*La Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: principios inspiradores y caracteres generales*”, en RODRÍGUEZ BENOT A., HORNERO MÉNDEZ C., “*El nuevo derecho de extranjería*”, Editorial Comares, 2001

RODRIGUEZ X., MUÑOZ A., *“Derecho administrativo español”*, Tomo II, Netbiblo, 2008

SGRITTA, *La cittadinanza “negata”*, en Maggioni, Baraldi (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell’infanzia*, Quattro Venti, Urbino, 1997

SKOROBANEK S., BOONPAKDI N., JANTHAKEERO C., *“Tráfico de mujeres. Realidades humanas en el negocio del sexo”*, Narcea, 1997

TORRES FALCÓN M., *“Con sus propias palabras. Relatos fragmentarios de víctimas de trata”*, Centro de Estudios para el Adelanto de las mujeres y la Equidad de Género, Cámara de Diputados, Gobierno de México LXI Legislatura, 2010

TORRES PEREA J.M., *“Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar”*, Iustel, 2009

TRISTÁN FERNÁNDEZ J.M., *“Influencias de diversos factores de salud y sociodemográficos en el desarrollo esquelético y antropométrico”*, Universidad de Granada, 2005

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ L., *“Los hijos de los inmigrantes: los nuevos ciudadanos. El menor de edad extranjero: un menor ciudadano”*, en VELA SÁNCHEZ A. J., Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Consejería para la igualdad y bienestar social, Centro de investigación y documentación sobre derechos de la infancia y adolescencia, Observatorio de la Infancia en Andalucía, Save The Children, 2008

ZERMATTEN J., “*El interés superior del niño. Del Análisis literal al alcance filosófico*”, en Informe de Trabajo 3-2003, Institut International des droits de l'enfant

### **ARTÍCULOS DE REVISTAS**

ADAMMUÑOZ M.D., “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, Marzo 2009, Lex Nova

ALÁEZ CORRAL B., “El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 20, 2007, otoño invierno

ARCE, J. E. “Menores extranjeros en situación de desamparo”, *Lex Nova*, nº 5, Madrid, 1999, núm. 5

BENCOMO, C. “España y Marruecos. Callejón sin salida: abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes”, *Human Right Watch*, 2002, Vol. 14 n. 4

CHIAROTTI BOERO S., “Aportes al Derecho desde la Teoría de Género”, *Revista Miradas*, Universidad de los Andes, Vol. 6, núm.1, 2006

DOGLIOTTI, “Sul concetto di diritto minorile: autonomia, favor

minoris, principi costituzionali”, en *Diritto di Famiglia*, 1977

GALICIA MENDOZA C., “Derechos Humanos y pederastia”, *Revista Legislar para la Igualdad* núm. 10, Mayo-Junio 2009, Cámara de Diputados de Mexico LX Legislatura, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género

GUIMAREY L.M., LEJARRAGA H., CUSMINSKY M., “Evaluación de la madurez esquelética por el método de Tanner y Whitehouse”, en *Revista Medicina* Enero-Febrero 1979

LÓPEZ AZCONA A., “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en el Ordenamiento Español”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 17, Marzo 2008, Lex Nova

RUBIO ARRIBAS J., “Las personas con barreras lingüísticas: inmigración económica y su proceso de normalización en la sociedad madrileña”, *Nómadas. Revista Critica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Publicación Electrónica de la Universidad Complutense de Madrid 17

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M, “El régimen legal de la inmigración en España: El continuo cambio”, *Migraciones*, 2001, núm. 9

TOMUSCHAT C., “A right to Asylum in Europe”, *Human Rights Law Journal*, 1992

Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas - Un diálogo entre España y México

***SEGUNDA PARTE***

ASPECTOS SOCIO-JURÍDICOS EN TORNO A LOS MENORES  
MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS. EL CASO DE MÉXICO

Nuria González Martín

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN;
- II. MÉXICO Y MIGRACIÓN SUR-NORTE;
- III. MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN MÉXICO: CICLO MIGRATORIO;
- IV. NORMAS DE DERECHO APLICABLE;
- V. CONFRONTACIÓN TERMINOLÓGICA: MENOR *versus* NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES;
- VI. MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS: DEFINICIÓN;
- VII. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR;
- VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN;
- IX. FUENTES.

*“A Tapachula pudieron llegar los niños centroamericanos traídos por los coyotes que los abandonaron, después de haber cobrado al padre o a la madre miles de dólares por el viaje que terminó por truncarse. Quizá llegaron solos, como todos los migrantes que huyen de la pobreza.*

*Las posibilidades son muchas, pero tras ellos está la ruta de la desesperación, las duras peripecias de la supervivencia de los más vulnerables en el viaje del sur al norte.*

*El pasado quedó muy atrás... parece inexistente: ¿dónde están los padres y las madres de estos niños? Se quedaron en las calles de la ciudad de Guatemala, en algún poblado de las montañas de El Salvador o en Tegucigalpa. Tal vez fueron de los que lograron cruzar al otro lado y ahora ganan en dólares.*

*De las tristes historias que se viven en la frontera, la más triste es la de los niños abandonados, los niños solos de Tapachula, los ‘canguritos’ con su mercancía en el regazo, todos equipados de la misma manera, todos vendiendo cigarros, dulces y chocolotes en la plaza de la ciudad. Las niñas venidas de Guatemala encuentran acomodo como empleadas domésticas: es un eufemismo para decir la más brutal servidumbre que raya en la esclavitud.*

*La explotación sexual es el episodio más cruel del drama de los niños solos de la frontera.*

*Los niños y las mujeres son quienes se ven más expuestos a los peligros de un incierto viaje que nadie sabe cuándo ni dónde puede terminar.*

*El fenómeno de los niños abandonados es una nueva realidad de la dinámica migratoria” (el subrayado es nuestro).*

Ronquillo, Víctor, *Los niños de nadie. Trata de personas a rás de asfalto*, México, Ediciones B, 2007, pp. 165-166.



## I. INTRODUCCIÓN.

A nadie le es ajeno que estamos, a nivel internacional, en un momento de una gran movilidad de Estados a Estados, el denominado trasiego transfronterizo; que las causas son muchas y diversas y que la atención pormenorizada y especializada a cada una de ellas cobra un relieve sin parangón. De esta manera, entre las cuestiones más problemáticas del siglo XXI está, sin lugar a dudas, el movimiento transfronterizo, voluntario o forzoso.

El fenómeno de la migración<sup>134</sup> mundial ha alcanzado niveles y características de grandes dimensiones. El fenómeno de la migración transnacional clandestina cobra aún más dimensión. No cumplir con los requisitos legales o administrativos requeridos por el país de destino o por el

---

<sup>134</sup>La migración es un fenómeno social relativo al desplazamiento de una persona o grupo de personas de un país a otro –migración internacional- o el movimiento de persona/s al interior del país –migración interna- . En la migración internacional tenemos, a su vez, una serie de categorías como: emigración (preparación y salida del país de origen a otro determinado), transmigración (tránsito o paso de los migrantes por un país intermedio entre el país de origen y el país de recepción), inmigración (llegada de una persona o grupo al país receptor, normalmente por fines laborales) y reinmigración (regreso de los migrantes a su país de origen). Estos flujos migratorios (emigración, transmigración, inmigración y reinmigración) necesitan un tratamiento pormenorizado y específico ante realidades que difieren por épocas.

Por lo que atañe a las circunstancias particulares de la migración también podemos, vislumbrar varios tipos: migración individual o colectiva, voluntaria o forzosa, documentada o indocumentada, temporal o permanente, fundamentalmente, todas ellas con causas y efectos muy diferentes y que iremos refiriendo a lo largo de este trabajo. ROCCATTI VELÁZQUEZ, Mireille, “Derechos humanos de las mujeres y los niños migrantes”, Gaceta. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, núm. 106, mayo 1999, pp. 7 y 8.

país de tránsito es una circunstancia o hecho común, antiguo y universal<sup>135</sup>, agudizado considerablemente en los últimos decenios, de ahí la necesidad de buscar los canales, públicos o privados, para “posibilitar el logro de una condición legal”. No es difícil de entender y no debería ser difícil de conseguir si no hubiera, como siempre, un lucro detrás de esta práctica abominable.

La historia de las sociedades se ha caracterizado por un elemento de movilidad, en donde los números cambian pero no la sustancia. Hay un motivo que siempre ha estado presente y es la movilidad transnacional por cuestiones de la búsqueda de mejores condiciones de vida<sup>136</sup>. Las condiciones adversas para la supervivencia, la búsqueda de un trabajo para poder subsanar una situación de pobreza o una situación económica alarmante es un denominador común atemporal.

Una de nuestras líneas de investigación más recurrida ha sido el tratar de clasificar y analizar las diferentes estructuras familiares, las denominadas

---

<sup>135</sup>“En general, los movimientos migratorios se dan de los países del Sur hacia el Norte: de América Latina a Estados Unidos y Canadá, de países asiáticos hacia Japón y también Norteamérica, de países africanos (por ejemplo Senegal, Mauritania, Egipto o Etiopía (nosotros agregaríamos “Marruecos”) a Europa, del antiguo bloque (nosotros agregaríamos “socialista”) hacia Europa occidental, etcétera”. TORRES FALCÓN, Marta, Con sus propias palabras. Relatos fragmentarios de víctimas de trata, México, CEAMEG, 2010, p. 90.

<sup>136</sup>En definitiva cuestiones estructurales que van desde el deterioro económico-pobreza, el desempleo, falta de oportunidades, demanda/oferta de mano de obra barata, etcétera –sin descartar la posibilidad de la violencia familiar sistemática vivida en sus hogares, el alto índice de divorcios, el alto índice embarazos prematuros y madres solteras, etcétera- y todo ello se traduce en remesas (envíos de dinero) imprescindibles como una alternativa de sobrevivencia para el núcleo familiar. Véase el estudio realizado en HERNÁNDEZ CASTRO, Rocío, Menores infractores en la frontera México-Estados Unidos. Cultura e identidad frente al papel de las instituciones. Estudios de casos, 1996-2008, México, Cámara de Diputados-UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 2009, p. 19 y en especial para el estudio de casos pp. 215 y ss.

Nuevas Estructuras Familiares, que ni son tan nuevas porque no son de nueva generación pero sí de una gran proliferación, ni son tan familiares si nos ceñimos a la óptica o concepción más tradicional de la misma. Estructuras familiares, todas ellas, que tienen una importancia de excepción desde que hay que proyectarlas, en congruencia, a través del principio de igualdad y no discriminación, y potenciar los canales para una protección real, de hecho y de derecho, a través de las legislaciones nacionales e internacionales.

En esa tónica y en esa relación inagotable de dichos nuevos modelos o estructuras familiares tenemos el tema que nos convoca, en esta ocasión, a escribir unas líneas en torno al mismo. Nos referimos a los menores migrantes (o inmigrantes, según la terminología acogida en el contexto europeo) no acompañados<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup>Hay una variedad de contextos que han afectado a niños no acompañados o separados a lo largo de los siglos. Por acotar el mismo, podemos partir de la Segunda Guerra Mundial, el levantamiento húngaro de 1956, la migración a gran escala de personas vietnamitas y camboyanas en los años 1970, los conflictos en la antigua Yugoslavia y Kosovo en los años 1990, sin olvidar, como uno de los más importantes fenómenos la gran migración de niños por razones económicas en el mundo. En la actualidad podemos visualizar los contextos africanos o latinoamericanos en donde igualmente se plantea una problemática de grandes dimensiones en donde la divulgación de información, la prevención de la migración forzada y la promoción de principios y normas internacionales apropiadas para el cuidado de los niños no acompañados se plantean como una vía imperativa para conseguir paliar o desactivar las prácticas tan desdeñables que se encierran bajo estas formas migratorias. Una labor encomiable, la tenemos implementada a través de servicios internacionales con esta vocación, nos referimos, específicamente al International Social Services (ISS) que desde “los años 1970, cuando los niños refugiados no acompañados de Vietnam y Kampuchea llegaban a países europeos, el SSI promovía y coordinaba el intercambio de conocimientos y experiencias entre los trabajadores sociales en diferentes países. Muy recientemente, publicó una serie de artículos que pretende promover los derechos y la protección eficaz de los niños no acompañados en países de origen y en países de acogida gracias a una política enfocada, y a artículos jurídicos, sociales y prácticos. En el año 2008, el SSI también supervisó un estudio relativo a la situación de los niños no acompañados que son regresados a su país de origen” <http://www.iss-ssi.org/2009>

Como decimos, en estas nuevas estructuras familiares también hay que visualizar a los niños, niñas y adolescentes no acompañados, sin cuidado parental<sup>138</sup>, en donde debiera cobrar carta de naturaleza la normativa nacional e internacional que pone el acento en este, digamos, fenómeno cada vez más y más asiduo. La niñez migrante no acompañada tiene que ser protegida desde diferentes vertientes, “tantas como derechos humanos existen”<sup>139</sup>.

En esta contribución -gestada como una primera ubicación o introducción sobre un tema vasto y complejo- centrada en la minoridad migrante no acompañada, se visualiza la situación de muchos niños y niñas que son explotados y que sufren la esclavitud en países ajenos, hablamos de “migrantes por voluntad, y atrapados en el camino, o migrantes por fuerza o mediante engaños, (que) padecen la doble vulnerabilidad que los acosa por su doble condición: ser migrantes y ser niños. Los valores de la percepción están tan invertidos, que nos parece obvio que esta doble condición los haga más vulnerables, pero se parte de un principio equivocado: en un mundo coherente, estas dos condiciones no serían causa de vulnerabilidad, sino motivo de fortaleza pues estarían doblemente protegidos”<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> La Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 2009, emitió una resolución que acogió favorablemente las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Esta resolución es el producto de años de trabajo, fundamentalmente desde 2004, en donde se recomendó que el Comité de Naciones Unidas creara una reunión de expertos con el fin de elaborar, para la Asamblea General de las Naciones Unidas, una serie de estándares internacionales para la protección y el cuidado alternativo de los niños sin cuidado parental.

<sup>139</sup>GALLO CAMPOS, Karla Iréndira, “Niñez migrante: blanco fácil para la discriminación” en Derechos humanos de los migrantes, México, SRE, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005, p. 133, destaca, fundamentalmente, dos convenios internacionales para la tutela de los derechos de los menores de edad migrantes: la Convención para la Protección de los Derechos de todos

---

los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en donde se subraya el derecho a la no discriminación, el derecho a la identidad, el acceso a la justicia, el derecho a una vida libre de violencia, el debido proceso, etcétera; no obstante, y a pesar del extenso marco regulatorio de estos dos cuerpos normativos internacionales, circunscribirlo y acotarlo de esta manera deja sin visualizar un número significativo de aristas en la protección integral de la niñez.

BHABHA, Jaqueline, “Arendt’s Children: Do Today Migrant Children Have a Right to Have Rights?”, *Human Rights Quarterly*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, vol. 31, núm. 2, mayo 2009, pp. 411 y 412. Este artículo tiene un significado absoluto y contundente desde la exploración de la realidad de los menores migrantes no acompañados y su “apatridia funcional” a pesar de su nacionalidad de origen. Esta aseveración parte desde el título de la contribución con la expresión de “los niños de Arendt”, haciendo alusión a la filósofa Hannah Arendt y a su visión de la consideración de los derechos fundamentales como el gran reto contemporáneo con su carácter de inalienable y, contrario a este principio de inalienabilidad, se hace patente –y lamentable– su no exigibilidad tratándose de personas que carecen de un Estado que las reconozca formalmente como sus nacionales. Un asunto real y de extrema gravedad. Al respecto tenemos una reseña o recensión de TELLO MORENO, Luisa Fernanda, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, México, Nueva Época, Año 5, núm. 14, 2010, pp. 157-159.

<sup>140</sup>FARAH GEBARA, Mauricio, “Los derechos humanos ante la niñez migrante y víctima de trata y explotación” en *Niñez migrante. Trata y explotación infantil en México. Temas emergentes en la agenda nacional. Foro sobre niñez migrante y explotación infantil*,

## II. *MÉXICO Y MIGRACIÓN SUR-NORTE.*

A nivel mundial podemos considerar la migración de la infancia no acompañada como un fenómeno que cobra grandes dimensiones – aún como fenómeno antiguo y universal pero con una proyección que podríamos catalogar como relativamente nueva- y al que hay que darle la mayor de las atenciones posibles para tratar de desactivar, y en el peor de los casos tan sólo paliar, una situación cada vez más asidua y más contundente relacionada con estos movimientos migratorios, nos referimos al tráfico y la trata de niños, niñas y adolescentes<sup>141</sup>. En el contexto puntual que nos toca abordar, México cobra un relieve particular al ser el eslabón geográfico -y por tanto de conexión- entre América Latina y los Estados Unidos de América<sup>142</sup>; es decir, es la ruta natural para el cruce de frontera de todos aquellos migrantes indocumentados o irregulares, ilegales o clandestinos<sup>143</sup>,

---

<sup>141</sup>Por cuestiones de acotamiento no entraremos, en este momento, en el contexto normativo ni conceptual del tráfico y trata de menores, acentuando en el lector la idea de la necesidad de su estudio pormenorizado para poder hilar todas las connotaciones que derivan de la migración de los menores no acompañados. Para una referencia, La trata de personas. Aspectos básicos, México, INM, INMUJERES, OIM, 2006. Por otra parte, recomendamos, por su puntualidad, el comentario vertido de la ley para prevenir y sancionar la trata de personas en SÁNCHEZ CARREÑO, Sadot, “Ley para prevenir y sancionar la trata de personas” en MAQUEDA ABREU, Consuelo et MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M., Derechos humanos: temas y problemas, México, UNAM, 2010, pp. 165 y ss.

<sup>142</sup>La frontera México-Estados Unidos de América es la más transitada del mundo, con aproximadamente 30 millones de cruces al año, tanto legales como ilegales. TORRES FALCÓN, Marta, Con sus propias palabras ... op cit supra, p. 90.

<sup>143</sup>El nomen iuris, en este caso puntual, si es importante determinarlo por todas las connotaciones, jurídicas y no jurídicas, que contrae la referencia. En este momento solo anotamos esta cuestión de máximo interés pero no podemos, lamentablemente, detenernos en el estudio y/o análisis puntual del mismo.

que provienen de América central y del sur – otro es el tema de los propios connacionales mexicanos- y que tienen como destino final cruzar la frontera norteamericana<sup>144</sup>.

Visualizar a México como país receptor de migrantes indocumentados/ irregulares en éste tránsito del sur a la frontera norte estadounidense da más que una pauta justificativa para el estudio de su situación particular<sup>145</sup>.

Para el tema de la infancia migrante en México es importante destacar que hasta el 2001, las acciones de protección a los menores migrantes no acompañados se especializaba en la atención de la frontera norte mexicana, la frontera con los Estados Unidos de América, sin embargo, el aumento de la migración infantil, sus implicaciones y las problemáticas vinculadas a él, hicieron que se “redireccionaran” las políticas y proyectos también hacia el sur.

---

<sup>144</sup>SERRANO AVILÉS, Tomás et GARCÍA NÁJERA, Yesenia, Alma de migrante, México, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo-Promep-Miguel Ángel Porrúa, 2009, p. 8 expresan que en este libro “se muestra que el tráfico de latinoamericanos es igual al tráfico de esclavos africanos en el siglo XVI”; en el mismo sentido, véase a JIMÉNEZ ORNELAS, René Alejandro et MORENO ALVA, Lucia Mirell, “Trata de personas, esclavitud del siglo XXI” en Diario de Campo, México, suplemento núm. 40, noviembre/diciembre 2006, pp. 103 y ss.

<sup>145</sup>ARIZPE, Lourdes (Coord.), Los retos culturales de México, México, Miguel Ángel Porrúa, 2004, pp. 51 y 52 expresa que “El Soconusco es la zona fronteriza más importante del sur de México y, a la vez, la principal puerta de tránsito entre México y Centroamérica... Cada año, miles y miles de centroamericanos intentan ir a Estados Unidos pasando por el Soconusco. No todos lo logran. Al menos desde el último decenio, las autoridades migratorias realizan poco más de 100.000 detenciones de extranjeros indocumentados al año. Hombres, mujeres y niños se mezclan por tiempo indefinido en ese cálido y húmedo territorio de múltiples culturas... Poco se conoce del fenómeno migratorio en la zona sur de México, y la información es aún más escasa en el caso de los migrantes menores de edad. No se sabe con exactitud quiénes son, dónde residen, qué necesidades y situaciones enfrentan, cómo se insertan en los flujos migratorios

En la frontera sur, el Estado de Chiapas es la franja más amplia de tránsito migratorio en México<sup>146</sup>, es un estado receptor, expulsor y de tránsito de personas, representando esta Entidad Federativa la entrada más amplia y transitada respecto al resto de los estados fronterizos, con un flujo aproximado del 57.8%.

Por el Estado de Chiapas ingresan, anualmente, un millón de migrantes en 8 cruces fronterizos formales con autoridades federales y

---

o cuáles son sus códigos culturales... De acuerdo con la información proporcionada por el Instituto Nacional de Migración, en la Delegación Regional Tapachula fueron detenidos 1.609 menores migrantes de enero a julio de 2002 (1.036 guatemaltecos, 315 hondureños, 192 salvadoreños, 22 nicaragüenses y el resto de otros lugares)... Los menores son hombres y mujeres (sic) que se ubican en dos rangos de edades: de 6-11 años y de 12-17 años. Pertenecen a las clases media y baja y son de nacionalidades guatemalteca, salvadoreña, hondureña, nicaragüense, dominicana y mexicana. Trabajan como vendedores ambulantes, empleadas domésticas, empleados en talleres y tiendas, jornaleros en el campo, trabajadores sexuales, albañiles, limpiavidrios, cuidadores de autos, obreros de maquiladoras (fábricas), pepenadores (separan la basura), niñeras, boleros (limpizapatos), cargadores, tricicleros (bicicletas taxis) y paleteros (vendedores de paletas/helados), entre otras labores.”

<sup>146</sup> En la frontera sur, el Estado de Chiapas comparte la mayor parte de su territorio con Guatemala, colindando 16 municipios chiapanecos con ese país, mientras que el Estado de Tabasco y el Estado de Campeche tienen apenas dos municipios fronterizos y, por último, el Estado de Quintana Roo sólo tiene uno. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “La migración como derecho fundamental” en CIENFUEGOS SALGADO, David; MORALES SÁNCHEZ, Julieta et SANTOS BAUTISTA, Humberto (Coords.), La migración en perspectiva. Fronteras, educación y derecho, México, Secretaría de Asuntos Indígenas del Gobierno del Estado de Guerrero- Fundación Académica Guerrerense-El Colegio de Guerrero- Universidad Pedagógica Nacional, Unidad 12ª, 2008, p. 221

estatales definidas -43 informales y más de 1.000<sup>147</sup> peatonales -, procedentes de Guatemala (59.5%), Honduras (23.2%), El Salvador (16.7%), y Nicaragua (6%) principalmente.

De esta manera, Chiapas se visualiza como un “Estado de contención” de la migración indocumentada<sup>148</sup> y los migrantes consideran que atravesando Chiapas cuentan con más del 75% de probabilidades de un viaje “exitoso”.

El Instituto Nacional de Migración (INM)<sup>149</sup> en 2008 detectó un promedio de 7.064 niños, niñas y adolescentes migrantes, centroamericanos fundamentalmente, de los cuales 5.983 viajaban solos: 39% de nacionalidad salvadoreña<sup>150</sup>, 26% hondureños, 20% guatemaltecos y 10% cubanos, fundamentalmente, y con una edad promedio de entre 12 y 17 años.

---

<sup>147</sup> ZÚÑIGA, Rubén, “Complicado instalar garitas en toda la frontera: Hernández Fitzner”, Diario del Sur, 13 de abril 2009, <http://www.cem.com.mx/diariodelsur/notas/n1122126.htm>. TELLO OLVERA, Irma et CASTILLO LÓPEZ, Carlos, “Modernización para atender la nueva cara de la migración”, Revista La Nación, núm. 2327, año 67, septiembre 2009, p. 3. El Procurador de Justicia del Estado de Chiapas, Raciél López Salazar, en una entrevista de 29 de marzo de 2011 reconoció que hay 54 cruces sin vigilancia, los más recientes son los creados por el narcotráfico. ÁLVAREZ, Juan, “Falta de acuerdo permite la operación del crimen”. [noticiasnet.mx](http://www.noticiasnet.mx) del 29 de marzo de 2011. <http://www.noticiasnet.mx/portal/principal/falta-acuerdo-permite-operacion-del-crimen>. Los cruces peatonales son conocidos por todos y pueden ser por carretera o cruzando el río Suchiate, en donde por cinco soles pueden atravesarlos en “lanchitas”, cámaras de ruedas o llantas infladas, en donde el “lanchero” tira de la llanta de un lado del país al otro, o simplemente atravesándolos por donde el cauce no es profundo.

<sup>148</sup> Estas políticas de contención han puesto a los migrantes irregulares en situaciones de mayor riesgo y ello sin reducir las presiones y los incentivos que los motivan a cruzar fronteras.

<sup>149</sup> Informe de actividades del INM de diciembre de 2008.

<sup>150</sup> Podemos traer a colación una serie de datos con respecto a El Salvador, así el Consulado General de El Salvador en Tapachula, Chiapas, en atención a la cantidad de menores que fueron atendidos por las autoridades consulares, luego de ser asegurados por las autoridades mexicanas, reportaron que en Tuxtla Gutiérrez es donde se aseguraron al

La magnitud o cantidad de los menores migrantes no acompañados se puede estimar a partir del número de detenciones y retornos que realiza el INM; sin embargo, estas cifras no reflejan la migración de menores que transitan o deciden establecerse en situación irregular en la zona fronteriza de Chiapas, principalmente Tapachula, Huixtla y Tuxtla Chico. Se estima que, de acuerdo a la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), hay una población de cerca de 4.000 niños/as que se dedican a la venta callejera, la mendicidad, la carga y descarga, recolección de basura e hierro, lanzallamas, limpiavidrios, trabajos en bares y comercio sexual<sup>151</sup>.

Por lo que toca a la frontera norte, en términos absolutos, - y aún con la tendencia, muy incipiente y casi tenue, de los centroamericanos de

---

mayor número de menores salvadoreños indocumentados no acompañados con el 20%; seguido por Huixtla con el 19%. Igualmente, de los datos que se nos proporcionan, el 45% fueron encontrados a bordo de un autobús; el 19% viajaba en transporte colectivo (llamados “combi”) o taxi, y el 8% a bordo de la “bestia”, (ferrocarril de la empresa Chiapas-Mayab). Igualmente, de los datos proporcionados –consignados en 2008-, de los 276 menores salvadoreños asegurados, 38% eran niñas y 62% eran niños. El 66% de los menores con un rango de edad de 13 a 17 años, el resto es menor a 12 años. De ellos, un 51% manifestó que se reuniría con sus padres en Estados Unidos y un 6% manifestó que nadie los estaba esperando. De la ocupación de éstos menores, en El Salvador, el 43% ayudaban a su familia en labores agropecuarias; el 7.5% se desempeñaban en el comercio; el 4% tenía oficio de mecánico automotriz; y un 5% laboraba como trabajadores de la construcción (albañiles). Parte de los datos vertidos en esta nota a pie de página derivaron de la consulta realizada al Consulado General de El Salvador en Tapachula, Chiapas en abril de 2011.

<sup>151</sup> Aunque este dato ya lo habíamos traído a colación, destacamos, en esta ocasión, que entre 5.000 y 8.000 niñas y adolescentes se dedican al servicio doméstico aunque muchas de ellas tienen un movimiento circular entre la zona fronteriza y su lugar de origen. Las niñas entre 10 y 17 años son las principales víctimas de explotación sexual en los municipios fronterizos de Chiapas, las cuales son expuestas al consumo de alcohol y drogas

quedarse en México (6%)<sup>152</sup> - representa el destino real y último que es cruzar la frontera de los Estados Unidos de América (86%): 23% se dirigen a California; 21% a Texas; 16% a Nueva York; y el 8% a Virginia.

Esta tendencia, de los últimos años, de tránsito por el territorio mexicano contrasta con una inercia más tranquila de años anteriores en donde la postura migratoria norteamericana era más benévola y así podemos expresar que desde 1990 en Estados Unidos se aprobaron las visas de Estatus Especiales para Jóvenes Inmigrantes o “visa J”, es decir, un permiso para niños indocumentados que a futuro les permitía optar por una residencia permanente, quedando bajo el amparo de los servicios sociales ya sea porque fueron retirados de hogares donde eran abusados, porque fueron abandonados o no pueden regresar a su país de origen.

Del año 2006 a febrero 2010, más de 2.400 menores inmigrantes indocumentados obtuvieron su residencia o “Green Card” por parte de la Unidad Especial de Inmigrantes (Success Immigration Services, SIS, por sus siglas en inglés), una dependencia del Departamento de Servicios y Familias del Condado de Los Ángeles<sup>153</sup>.

Actualmente, la Unidad Especial de Inmigrantes es la única que da

---

<sup>152</sup>Un dato actual, de febrero de 2011, es el reporte de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en el cual se menciona que “se desconoce el número de menores migrantes originarios de Centroamérica que viven o transitan de manera irregular en el país (México), pues sólo se cuenta con los datos de los que son asegurados por el INM”, y es que hay que observar que, los menores migrantes no acompañados que se contabilizan, son lo que no llegaron, los que fueron interceptados, faltando los que llegaron a su meta o los que son víctimas de explotación sexual o laboral actualmente. SÁNCHEZ, Verónica, citando el informe de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). “Urgen a mejorar el trato para los niños migrantes”. Agencia Reforma, consultado el 6 de febrero de 2011. <http://www.elmanana.com.mx/notas.asp?id=219475>

<sup>153</sup>En 2010, el SIS procesó 88 solicitudes para visas, conocida como “visa J” de 1.100 que se autorizaron en todo el país.

seguimiento a los menores indocumentados, que llegaron solos al país y que sufrieron algún tipo de abuso, para incorporarlos a un censo e integrarlos en el sistema de hogares de crianza, con el fin de abrirles la oportunidad de tener un hogar y legalizar su permanencia en el país.

La bondad o novedad de este sistema tutelar es que no se cuestiona el estatus migratorio de los niños o jóvenes adolescentes, una vez que son detectados por la Unidad Especial de Inmigrantes, se busca e investiga en torno a los documentos legales para determinar la procedencia del menor, su edad y datos esenciales para iniciar el proceso de la “visa J”.

En Los Ángeles, California, el 70% de los archivos de la Unidad Especial de Inmigrantes son de niños mexicanos, un 20% es de menores centroamericanos y un 10% de diferentes nacionalidades de Sudamérica. En el estado de Georgia, representantes de Caridades Católicas, recibe mensualmente 200 casos, de los cuales procesan 120 y en promedio apenas 20 logran una “visa J”<sup>154</sup>. Todo ello, a pesar que en los Estados Unidos de América, y bajo la óptica de “seguridad nacional”, sin otras consideraciones sociales, sus actuales leyes migratorias criminalizan o discriminan a los migrantes sin importar la edad que tengan<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup>Inmigración y Visas. Visados para niños y jóvenes indocumentados. Publicado el 23 febrero 2011 por Editorial Delgado. <http://blog.inmigrantetv.com/?p=4336>

<sup>155</sup>El Sistema de Información Estadística sobre las Migraciones en Mesoamérica y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), reportan que la población latinoamericana representa alrededor del 52% de la población extranjera en Estados Unidos, de los cuales más de 30 millones de personas son de origen mexicano –dedicados fundamentalmente a la construcción, manufactura, sector servicios, comercio y agropecuario- y centroamericano, entre otras nacionalidades. UNICEF-México. “Niñez migrante en las fronteras” [http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion\\_6931.htm](http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion_6931.htm). Véase, asimismo, DELGADO WISE, Raúl; MÁRQUEZ COVARRUBIAS, Humberto et PÉREZ VEYNA, Óscar, “El abaratamiento de la fuerza de trabajo mexicana en la integración económica de México a Estados Unidos”, El Cotidiano. Revista de la Realidad Mexicana Actual, México, núm. 143, p. 68. La American Immigration Council, muestra

---

que desde 2008 en cada Estado de la Unión Americana se han propuesto leyes contra los inmigrantes, y tan sólo en los primeros 4 meses de 2010, en 45 Estados se presentaron 1.180 leyes o iniciativas de ley, comparadas con las 570 propuestas en 2006. En el caso particular de los connacionales mexicanos que radican en los Estados Unidos (20% del total de los inmigrantes en aquel país y el 56% de los inmigrantes indocumentados), estas leyes antiinmigrantes afectarán tanto a ellos como a sus descendientes. Sobre el tema, véase, ARIZA, Marina et PORTES, Alejandro, “La migración internacional de mexicanos: escenarios y desafíos de cara al nuevo siglo”, así como Durand, Jorge, “Origen y destino de una migración centenaria” en ARIZA, Marina et PORTES, Alejandro (Coords.), El país transnacional: migración mexicana y cambio social a través de la frontera, México, UNAM-INM-Miguel Ángel Porrúa, 2010, pp. 12 y ss en especial p. 27; pp. 55 y ss. En torno al derecho al voto del mexicano al extranjero y de ahí la no pérdida de la nacionalidad mexicana y todo lo que gira, supuestamente, en la integración del mexicano en los Estados Unidos de América a través del reconocimiento de sus derechos, véase GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Régimen jurídico de la nacionalidad en México, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 33. En 2010, el legislador Gary Miller promueve la Leave Act, creada como una orden para que los inmigrantes sean desalojados. Este proyecto de ley conlleva, además, el incremento de los recursos para la policía local y los agentes fronterizos en contra de los inmigrantes. El argumento estriba, según los promotores, que es la “mejor solución” a los problemas que acechan al país – 15 millones de estadounidenses están desempleados; mientras tanto, 7 millones de indocumentados sí tienen trabajo-. Estas medidas legales se han extendido a Estados como Arizona, en donde el 11 de junio de 2010 se presentó la petición de despojar de la ciudadanía a los niños nacidos de padres indocumentados, reforzando así la hostilidad contra los inmigrantes sin acreditación de residencia legal. Con anterioridad a esta ley, se implementó una ley anti-migratoria, realmente nefasta, en el mismo Estado de Arizona, la conocida como SB 1070, sin ninguna consideración hacia los derechos humanos de los inmigrantes, la citada disposición señala como delito la sola presencia de un inmigrante indocumentado en el Estado, así como autoriza a cualquier agente del orden a arrestar a una persona que “sospeche” se encuentra en el país de manera ilegal, sin mediar una orden de arresto. Sanciona el transporte de un indocumentado, brindarle albergue, solicitar empleo en las calles y contratar a los ilegales. Al igual que Arizona, otros Estados como California, Georgia y Nevada inician campañas para implantar leyes similares.

<http://redperuenutah.blogspot.com/2010/02/el-dilema-de-los-conservadores-y-la.html>;  
[http://www.lavozarizona.com/lavoz/noticias/articles/2010/01/22/20100122\\_propuesta-CR.html](http://www.lavozarizona.com/lavoz/noticias/articles/2010/01/22/20100122_propuesta-CR.html).

### **III. MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN MÉXICO: CICLO MIGRATORIO.**

Si separamos, tratando de acotar el tema que es objeto de nuestra contribución, la situación de los migrantes adultos<sup>156</sup> que transitan por territorio mexicano de aquellos menores migrantes no acompañados vemos, indubitadamente, correlaciones obvias relacionadas con situaciones extremas y espeluznantes como son los abusos o incompetencia de servidores públicos<sup>157</sup>, la extorsión, secuestros, tráfico, trata, narcotráfico<sup>158</sup>, matanzas todas afincadas

---

<sup>156</sup>Comisión Nacional de Derechos Humanos, “Informe especial sobre los casos de secuestro en contra de migrantes”, 2009, p. 5 en <http://www.cndh.org.mx/INFORMES/infEspSecMigra.pdf>. En agosto de 2010, una noticia se hizo eco en los medios de comunicación, 72 migrantes –de procedencia salvadoreña, hondureña, ecuatoriana y brasileña-, fueron asesinados –encontrados en el Rancho San Francisco- en el Estado de Tamaulipas, México, cerca de la frontera con los Estados Unidos de América. A tenor de esta noticia la Comisión Nacional de Derechos Humanos alertó del riesgo creciente para quienes pretendan cruzar el territorio nacional para trabajar en Estados Unidos y detalló que, apoyados en el Informe Especial sobre los casos de Secuestro en Contra de Migrantes”, entre septiembre del 2008 y febrero 2009, 9.758 migrantes fueron víctimas de secuestro. “Visitadores de la CNDH realizaron investigación”, *El Economista*, México, viernes 27 de agosto 2010, p. 29. En abril de 2011 la cifra de 72 migrantes ascendió a 145, encontrados en fosas comunes, y en donde se publica la recompensa de 15.000.000 millones de pesos mexicanos que otorga la Procuraduría General de la República (PGR) a quien informe sobre la procedencia de los autores de dicha matanza.

<sup>157</sup>Al respecto, destacamos las recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) en relación a niños migrantes: Recomendación 28-2008, Recomendación 25-2007, Recomendación 51-2008 y Recomendación 29-2007 en concreto en Nogales (Sonora), Tapachula (Chiapas), Iztapalapa (Estado de México) y Reynosa (Tamaulipas), respectivamente. <http://www.cndh.org.mx/recomen/recomend.htm>.

<sup>158</sup>El contexto mexicano es realmente particular, por las diversas razones que se exponen a lo largo de esta contribución, pero en donde destacamos, en este momento, la conexión entre el tráfico y trata de personas con el narcotráfico –relaciones entre

en la redes de delincuencia organizada<sup>159</sup>, pero también visualizamos otras situaciones paralelas y añadidas a la infancia, menos impactantes en cuanto a la virulencia de sus actos, que igualmente son detonantes de un menoscabo de los derechos humanos elementales<sup>160</sup>; estamos pensando “tan solo” en la alta vulnerabilidad en la que se ven expuestos los niños, niñas y adolescentes migrantes separados de sus familiares o no acompañados<sup>161</sup>. Este cúmulo de circunstancias, violentas en todas sus manifestaciones, y la situación específica de este grupo

---

desapariciones forzadas o involuntarias-; una situación que está en el orden del día cotidiano mexicano. Solo apuntamos esta realidad ante la imposibilidad de abarcarlo por el acotamiento debido al tema central de este libro. Véase al respecto la publicación en marzo de 2011 de Naciones Unidas, Observaciones preliminares, “El grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas e involuntarias concluye su visita a México” <http://www.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm>

<sup>159</sup>Hay tantas atrocidades en este terreno que incluso nos atrevemos a exponer los “casos de niños-polleros, quienes son utilizados por bandas de traficantes de personas, aprovechando su situación de menores que no pueden ser procesados jurídicamente en México o en Estados Unidos”. CALLEROS ALARCÓN, Juan Carlos, “Menores migrantes: un reto para la sociedad y el Estado”, INM, México, núm. 2, febrero 2008, p. 13.

<sup>160</sup>La doctrina manifiesta un recrudescimiento de los programas de atención migratoria (refiriéndose a la frontera norte de México con los Estados Unidos de América -3.000 kms de frontera-) y lo sintetiza en los siguientes puntos: desvío de migración a zonas menos vigiladas y más peligrosas; alta peligrosidad del punto de internamiento; muerte por extremas condiciones climatológicas y geográficas; contratación de traficantes de indocumentados; ganancias superiores a los 10.000 millones de dólares anuales; más de cien mafias nacionales e internacionales y la consideración del tráfico como el segundo negocio ilícito después del narcotráfico. Gallo, Karla, “Niños, niñas y adolescentes. Tráfico y Trata. Revisión legislativa y de gestión migratoria” en Comisión Nacional de Derechos Humanos, Seminario Internacional Tráfico Ilícito de Migrantes. Derechos Humanos e Instituciones Nacionales, México, CNDH, 2008, p. 79.

<sup>161</sup>En cuanto a los elementos que la doctrina, a su vez, manifiesta para el trasiego de la migración indocumentada infantil son: búsqueda de una mejor calidad de vida; esperanza de reunirse con sus familiares –fundamentalmente en los Estados Unidos de

minoritario<sup>162</sup>, la de los menores migrantes no acompañados, fundamentan la necesidad de su estudio y la necesidad de buscar estrategias y soluciones al mismo. Las cifras de niñas, niños y adolescentes repatriados, de acuerdo al INM, desde 2001 hasta 2007 son las siguientes: 63.756 (2001); 57.585 (2002); 52.535 (2003); 39.690 (2004); 39.910 (2005); 37.599 (2006); 35.744 (2007)<sup>163</sup>. En 2008, alrededor de 32.151 menores fueron repatriados<sup>164</sup> desde los Estados

---

América-. Estos niños, niñas y adolescentes migrantes indocumentados no acompañados por familiares adultos son los más susceptibles a la violación de sus derechos y de esta manera son discriminados, maltratados, segregados, perseguidos o tratados como criminales, involucrados en la explotación sexual infantil, involucrados en la comisión de delitos, sometidos a formas extremas de explotación laboral, incluyendo la remoción de órganos. De manera colateral, y con una gran importancia y significado, interrumpen sus estudios regulares y no tienen una buena alimentación, salud, educación y recreo. GALLO, Karla, “Niños, niñas y adolescentes... op cit supra, p. 79. Véase, asimismo, GLICK, Jennifer E., “Academic Performance of Young Children in Immigrant Families: The Significance of Race, Ethnicity, and National Origins”, *International Migration Review*, New York, vol. 41, núm. 2, summer 2007, pp. 371-402.

<sup>162</sup> En AASEN, Bernt, “Prólogo” en *La infancia vulnerable de México en un mundo globalizado*, México, UNICEF-UAM, 2001, p. 9 se expresa que la minoría más grande del mundo es la población infantil (2001, aproximadamente el 40%). Por otra parte, destacamos que la denominación de grupo minoritario no deviene por la cifra que lo compone sino por la ausencia de poder, en todos los sentidos.

<sup>163</sup> RAMÍREZ ROMERO, Silvia Jaquelina, GARCÍA HIDALGO, Jorge O.; MUÑOZ CASTELLANOS, Rocío Gabriela et ENCISO CRUZ, Perla Jazmín, *Más allá de la frontera, la niñez migrante: son las niñas y niños de todos. Estudio exploratorio sobre la protección de la niñez migrante repatriada en la frontera norte, México*, INDESOL-SEDESOL-Camino Posible S.C., 2009, p. 37, en donde los autores expresan que los datos son fruto de la elaboración propia a partir de cifras del INM. El INM aclara que se trata de eventos porque una persona puede ser repatriada más de una vez en un año.

<sup>164</sup> Por “migrantes repatriados” se entiende la población migratoria que es detectada en un Estado del cual no es nacional y es devuelta a su Estado de origen. OIM, 2006 en UNICEF, 2008. Los menores migrantes repatriados de los Estados Unidos de América requieren su detección en dicho territorio por autoridades migratorias norteamericanas y ante la ausencia de una autorización o estatus migratorio se inicia el procedimiento de repatriación a su Estado de origen.

Unidos de América<sup>165</sup>; mientras que en el transcurso de 2010, hasta el mes de octubre, fueron repatriados 15.600 niños mexicanos y 3.400 extranjeros fueron repatriados de México a Centro América<sup>166</sup>; más de 11.000 de ellos viajaban solos. Los datos institucionales obtenidos exponen que el número de niños migrantes no acompañados que ingresan a México, así como el número de niños repatriados a México, por parte de las autoridades norteamericanas, ha descendido en los últimos años, no obstante, las cifras indican que el número de niños transitando solos ya es un dato significativo como para abordar el tema con el máximo interés y desde la responsabilidad que implica manejarlo desde las distintas “trincheras” que a cada uno nos corresponde.

La vulnerabilidad manifiesta y la situación de riesgo de este colectivo infantil es un hecho. Los más expuestos a dicha vulnerabilidad son los niños, niñas y adolescentes de localidades distintas al punto de repatriación o internamiento que tienen que recorrer enormes distancias; igualmente aquellos que son originarios de las ciudades fronterizas o “transfronterizos” o de “circuito”. La repatriación de un niño migrante a su país de origen de manera segura y expedita se convierte en una “gestión” migratoria “incuestionable y fundamental” en donde manifestamos que habría que perfilar, con la misma contundencia y firmeza, la situación particular del menor atendiendo a un principio toral como es su interés superior<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup>GERARDO MEJÍA, José “Repatriados más de 57 mil menores desde enero de 2008. INM”, El Universal, miércoles 21 de octubre de 2009. [http://eluniversal.com.mx/notas/vi\\_634846.html](http://eluniversal.com.mx/notas/vi_634846.html).

<sup>166</sup>Instituto Nacional de Migración, “menores migrantes, prioridad: INM”, <http://www.inm.gob.mx/index.php/blog/show/Menores-migrantes,-prioridad%3A-INM.html>.

<sup>167</sup>Aún cuando en las páginas sucesivas tenemos destinados un apartado a este principio fundamental y rector de la protección de la infancia, el interés superior del menor, debemos expresar -ante la contundencia de la expresión de una repatriación expedita e incuestionable- que hay menores en los que la repatriación no es la vía idónea.

México prevé un procedimiento para atender a los menores objeto de repatriación y retorno; así, con algunas variaciones, el ciclo migratorio (repatriación y retorno) y el procedimiento administrativo por el que atraviesan los niños migrantes no acompañados es el siguiente<sup>168</sup>:

- 1) El niño sale del lugar de origen.
- 2) Llega a la frontera.
- 3) Cruza la frontera.
- 4) Es detenido por la autoridad migratoria del lugar de destino.
- 5) Es llevado a una estación migratoria.
- 6) El Consulado del país de origen coordina la repatriación.
- 7) Es trasladado al puerto de entrada de su país.
- 8) Se queda en un albergue de tránsito -si es que existe-.
- 9) Se localiza a los padres o familiares.
- 10) Es trasladado de regreso a su lugar de origen.

Como vemos, en el ciclo de la repatriación y retorno, hay la posibilidad de que el menor se quede en un albergue<sup>169</sup>. Los albergues forman parte de una Red que trabaja para garantizar los derechos de los niños migrantes no acompañados tanto en el momento de la repatriación como en el retorno a sus lugares de origen; el papel que tienen estas instituciones, estos albergues, son fundamentales. Entre las funciones generales, de los albergues en la frontera norte de México, relacionadas con los migrantes están las siguientes<sup>170</sup>:

---

<sup>168</sup>UNICEF-México. “Niñez migrante en las fronteras” [http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion\\_6931.htm](http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion_6931.htm)

<sup>169</sup>GALLO, Karla, “Niños, niñas y adolescentes ... op cit supra, p. 80. La Red de Albergues proporciona una serie de datos en torno a los niños que le han sido canalizados por los distintos cuerpos de seguridad que, en términos generales, circundan en un porcentaje alto de niños albergados (aprox. 70%) frente a las niñas albergadas (aprox. 30%); un porcentaje, igualmente alto, de adolescentes albergados entre los 13 y 17 años (aprox. 83%); niños y niñas albergadas de 6 a 12 años (aprox. 13%) y niños y niñas de 0 a 5 años albergados (aprox. 4%).

<sup>170</sup>[http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion\\_12170.htm](http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion_12170.htm)

- a) Reciben a los niños, niñas y adolescentes migrantes y repatriados.
- b) Les brindan alojamiento, alimentación, servicios de salud y vestido.
- c) Buscan y localizan a sus familiares.
- d) Entregan a los niños, niñas y adolescentes a los familiares que acrediten la filiación en el mismo albergue.
- e) En el caso de aquellas familias, de bajos recursos, que no puedan trasladarse a los estados del norte para recoger a los niños, los albergues buscan financiamiento para enviarlos a sus lugares de origen y reunificarlos con sus familias.
- f) Se canaliza a los niños a sus lugares de origen.

La red está compuesta por albergues públicos y privados, así, en la frontera norte de México se cuenta con 10 módulos, 13 Albergues del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y 9 Albergues de Organismos no Gubernamentales.

Por su parte, en la frontera sur mexicana está en funcionamiento un albergue en Tapachula, Chiapas, que atiende niños y niñas centroamericanos. Todos los Módulos de Atención han sido financiados por los Sistemas Estatales y Municipales con apoyo del DIF.

La cuestión es que si la frontera sur es el canal de llegada, por excelencia, de la niñez migrantes procedente de Centroamérica, hay un déficit importante de atención a través de los albergues, además de otras debilidades muy remarcadas en la frontera sur.

La atención que brinda el Sistema DIF Estatal y/o Municipal, a través de dichos Módulos y/o Albergues, son: valoración médica, valoración social, valoración psicológica, revisión de situación jurídica, alojamiento, alimentación, vestido, localización de familiares, enlace y coordinación institucional, traslado de la niña, niño y adolescente y entrega institucional y/o familiar.

De la misma manera, los niños extranjeros que son resguardados por el Instituto Nacional de Migración, son canalizados a los Sistemas Estatales del DIF para su protección, hasta ser repatriados a su país de origen, a través de los Módulos o Albergues.

Después de que los menores son trasladados hacia los lugares de origen en busca de su reintegración familiar, las actividades preventivas que se desarrollan en los lugares de origen se implementan desde los Centros Comunitarios de Protección a la Infancia, desde los cuales se pretende:

- Reintegrar a su familia y a su comunidad a los menores que han retornado a sus lugares de origen después de haber vivido un proceso migratorio.

- Prevenir que los menores vuelvan a intentar migrar sin acompañamiento de un familiar.

Con los datos obtenidos podemos visualizar un número considerable de menores migrantes no acompañados que tuvieron la atención y servicios de la Red de Módulos y Albergues de Tránsito, públicos y privados:

- 2009: 17.244 niñas, niños y adolescentes<sup>171</sup> migrantes y repatriados por estar solos y sin la compañía de un familiar adulto; de ellos 16.952 en la frontera norte y 272 en la frontera sur.

- 2010 (enero-julio): 11.130 niñas, niños y adolescentes<sup>172</sup> migrantes y repatriados; de ellos 9.166 en la frontera norte y 1.964 en la frontera sur.

---

<sup>171</sup> 14.281 niños y/o adolescentes y 2.963 niñas y/o adolescentes.

<sup>172</sup> 9.634 niños y/o adolescentes y 1.496 niñas y/o adolescentes.

## NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MEXICANOS REPATRIADOS<sup>173</sup>

<b>Principales lugares de origen 2009</b>		<b>Principales lugares de origen 2010</b>	
Oaxaca	1.417	Oaxaca	768
Michoacán	1.360	Michoacán	733
Guanajuato	1.286	Guanajuato	712
Guerrero	1.207	Sonora	709
Sonora	1.139	Guerrero	654
Puebla	1.063	Puebla	632
Tamaulipas	923	Tamaulipas	588
Estado de México	817	Chihuahua	482
Veracruz	799	Estado de México	479
Chiapas	770	Veracruz	372
Chihuahua	765	Chiapas	350
Jalisco	661	Jalisco	337
Baja California	630	Hidalgo	268
Sinaloa	575	Sinaloa	258
Resto de Estados	3.297	Resto de Estados	1.707

<sup>173</sup>[http://www.mexicomigrante.com.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5937:reconoce-oea-estrategia-mexicana-para-proteger-a-menores-migrantes&catid=37:nightlife&Itemid=94](http://www.mexicomigrante.com.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=5937:reconoce-oea-estrategia-mexicana-para-proteger-a-menores-migrantes&catid=37:nightlife&Itemid=94)

## **NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EXTRANJEROS REPATRIADOS<sup>174</sup>**

<b>Población extranjera atendida 2009</b>		<b>Población extranjera atendida 2010</b>	
Guatemala	187	Honduras	827
El Salvador	139	Guatemala	755
Honduras	110	El Salvador	364
Estados Unidos	48	Nicaragua	32
Nicaragua	14	Estados Unidos	27
Ecuador	9	India	21
Perú	4	Somalia	17
Costa Rica	2	Colombia	14
Cuba	1	Ecuador	13
Paraguay	1	Cuba	9
		Brasil	1
		China	1
<b>Total</b>	<b>515</b>		<b>2.081</b>

De manera paralela a los datos cuánticos, podemos sumar otra serie de datos derivados de la frontera sur mexicana<sup>175</sup> en donde se manifiesta que el 42% de los menores migrantes no acompañados entrevistados tuvieron un incidente de abuso desde la salida de su casa hasta el momento de su deportación: 29% durante el tránsito; 18% en la aprehensión; 14% en la detención y 3% en la repatriación. Igualmente, el colectivo entrevistado manifestó datos relacionados con el elemento subjetivo perpetrador del

<sup>174</sup> Idem.

<sup>175</sup> WIER, Betsy, "Niñez migrante: detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados", Catholic Relief Services, enero 2010, p. 5 y 34. <http://www.crsprogramquality.org/pubs/general/LACRO%20Migration-SPANICHE.pdf>.

abuso: 46% por parte del funcionario de migración; 22% por agentes de la policía y 6% por militares.

Llegados a este punto, estamos ante menores, migrantes, en principio “en tránsito”, no documentados, no acompañados –interceptados o no por autoridades migratorias para su repatriación y retorno- y por ende en la más alta de vulnerabilidades que podamos llegar a pensar, en donde el grado de dificultad para proporcionar seguridad y protección es igualmente alto; no obstante, ello no es justificación para que no tengamos que poner el mayor de los cuidados a la hora de detectar el peligro y promover las condiciones para canalizar dicha seguridad y protección incondicional.

La muestra proporcionada de la frontera sur mexicana deriva de las entrevistas de un colectivo aproximado de 790 niños, niñas y adolescentes de 12-17 años en centros de detención, albergues, puestos fronterizos y otros puntos de recepción en la frontera sur mexicana<sup>176</sup>, muestran que no hay tregua en el momento de los abusos detectados y menos aún tregua en los sujetos activos protagonistas directos de la ejecución de los abusos, una cuestión que expone, con más transparencia que nunca, la situación alarmante de México en este terreno.

Como contraparte o como posible canalización de atención para esta situación descrita, vemos como en México se regula, a partir de noviembre de 2007, la participación de los denominados Oficiales de Protección a la Infancia (OPI’s)<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Idem.

<sup>177</sup> El comisionado del Instituto Nacional de Migración, refiere que el modelo de capacitación de los OPI’s se ha replicado ya en El Salvador, Honduras, República Dominicana y Guatemala. “Avanza México en protección de derechos de niñez migrante no acompañada: SEGOB”. 14 de Marzo, 2011. <http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=161435>.

Los OPI's son funcionarios del Instituto Nacional de Migración que con el apoyo de UNICEF han sido capacitados de acuerdo al modelo de atención para garantizar la protección integral de los derechos de la niñez migrante no acompañada en las fronteras norte y sur de México<sup>178</sup>.

Conforme al Modelo para la protección de derechos de los menores migrantes y repatriados no acompañados, los OPI's deberán, principalmente, detectar y atender de manera especial las necesidades más urgentes de los niños migrantes; así como informarles a los niños, niñas y adolescentes, en un lenguaje adecuado, cuáles son sus derechos y responder a todas sus dudas sobre su procedimiento migratorio.

Los OPI's están capacitados en intervención psicológica y comunicación efectiva con niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados, principio de unidad familiar, protección consular, protección y asistencia social, trata y tráfico de personas, refugiados o condición de refugiado, acceso a la justicia o debido proceso, procedimiento migratorio, no discriminación y perspectiva de género.

---

<sup>178</sup>El INM cumple con las recomendaciones solicitadas por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), de esta manera: 1. en marzo de 2007 se establece la Mesa de Diálogo Interinstitucional sobre niños, niñas y adolescentes no acompañados y mujeres migrantes; 2. en julio de 2007, el INM presenta el Modelo de atención para la protección de niños, niñas y adolescentes migrantes y repatriados no acompañados; 3. en la misma fecha se firma convenio de colaboración entre la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), el INM, y el DIF Chiapas, para recibir a todos los menores migrantes extranjeros, asilados y refugiados; 4. en noviembre de 2007 se crea la figura de Oficiales de Protección a la Infancia (OPI's) del INM, de los que hay dos agentes en cada una de las 32 Delegaciones Regionales; y 5. por acotamiento, cronológico, en este momento, en abril de 2008 se pone en marcha en Tapachula, el flujograma o Modelo de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en la frontera sur. "Reconoce la ONU los avances de México en protección de niñas, niños y adolescentes migrantes", INM, México, núm. 7, octubre 2008, p. 8.

De igual forma, los OPI's, en relación con lo expuesto, deberán canalizar a los niños y jóvenes a los albergues del DIF y acompañarlos en los procesos de repatriación a sus países, garantizando su protección en todo momento.

Los OPI's atienden tanto a niños extranjeros en el proceso de aseguramiento, protección y en las estaciones migratorias, como a niños mexicanos en el momento de la recepción en México cuando son repatriados, principalmente, desde los Estados Unidos de América<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup>[http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion\\_12170.htm](http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion_12170.htm)

#### **IV. NORMAS DE DERECHO APLICABLE.**

En México, ante el panorama esbozado, visualizamos que el año 2010 representa un antes y un después en las políticas migratorias concernientes a menores migrantes no acompañados. Así, con anterioridad a dicha fecha, México no ha tenido una buena comunicación, ni cooperación, ni un mecanismo procedimental en materia migratoria y mucho menos para realizar la canalización de estos niños migrantes no acompañados, como decimos, desde su derivación a albergues públicos, albergues privados, delegaciones locales del INM y sus centros de detención, centros de integración juvenil, etcétera, hasta la reintegración familiar de estos niños cuando acuden personas por ellos a sus oficinas, niños que, en principio, van a ser repatriados<sup>180</sup>. En 2010, ante el contexto descrito, las autoridades

---

<sup>180</sup>Obvia decir que ha habido proyectos, por demás interesantes, pero que no han conseguido el fin último que es la protección integral de los menores migrantes no acompañados, por el tema que nos ocupa. Por traer a colación uno de ellos perfilamos el Programa Interinstitucional de Atención a Menores Fronterizos de 1995, a iniciativa del Sistema Nacional DIF y del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en donde se perfiló articular acciones focalizándolas en los menores repatriados y los menores migrantes hacia el norte del país, crucen o no hacia los Estados Unidos de América. Si el objetivo fue dar un diagnóstico de la problemática de los menores y de la realización de una serie de acciones concretas, integrales y complementarias en cuestiones como albergues temporales, respeto a sus derechos, información, repatriación ordenada y reintegración familiar, pasados quince años desde la puesta en marcha del Programa, la conclusión es negativa, de ahí la necesidad de buscar otros canales, jurídicos, en donde se ponga especial atención a la situación de este colectivo y desarrollar los canales necesarios para su protección real; nos referimos, por ejemplo, a la implementación de la Circular 001/2010 del INM. Su análisis lo vamos a desarrollar, su balance será otra cuestión

mexicanas, aleccionadas por distintas organizaciones gubernamentales<sup>181</sup> y no gubernamentales, reglamentan en la materia y se proporciona, al menos, herramientas legislativas para proteger al colectivo que representan los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados, destacando la Circular 001/2010 del INM que será objeto central del comentario en este apartado.

En esta inercia de avanzada o progreso, que no va – o no debiera ir– encaminada hacia el endurecimiento de las políticas migratorias <sup>182</sup>, el 8 de marzo de 2011, el Congreso de la Unión culminó el proceso federal de modificación de once artículos de la Constitución en materia de derechos humanos, lo cual constituye para México un paso significativo e implica un avance sustantivo en favor del respeto y garantía de los derechos

---

<sup>181</sup>Ejemplo de ello lo tenemos con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, en la Observación General núm. 6 del Comité de los Derechos del Niño sobre el Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, en sus párrafos 21 y 33, Recomendó al Estado mexicano establecer un marco jurídico apropiado para la protección de los niños refugiados y alternativas comunitarias a la detención, así como una organización independiente y acreditada formalmente para designar guardianas o tutores que cuidaran a los niños, niñas y adolescentes, una vez que fueran identificados como migrantes separados o no acompañados con necesidad de protección internacional. Véase esta cuestión en Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para México, Cuba y América Central, “La protección internacional de las niñas y niños no acompañados o separados en la frontera sur de México 2006-2008”, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6684.pdf>. También el ejemplo lo vemos derivado de la misión a México del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes al declarar que México carecía de una política, federal y estatal, de protección hacia la niñez migrante. Consejo de derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Dr. Jorge Bustamante, Misión a México (9 al 16 de marzo de 2008), Doc. A/HRC/11/7/Add.2, 24 de marzo de 2009, párrafo 41 y 43.

<sup>182</sup>La dureza de las normas migratorias sólo beneficiarían a las redes de tráfico al incrementarse los costos de los viajes clandestinos y serían perjudiciales, a todas luces, para el migrante ilegal o irregular “al aumentar la violencia de manera exponencial contra miles de personas que caminan en busca de pan”, TORRES FALCÓN, Marta, Con sus propias palabras ... op cit supra, pp. 96 y 97. Al referirse a la clandestinidad Lorenzo Copello opina, prácticamente, en el mismo sentido al expresar que “... la clandestinidad,

fundamentales<sup>183</sup>.

En la actualidad, el Estado mexicano queda obligado a reparar violaciones a los derechos humanos<sup>184</sup>, en donde la educación será parte de las directrices, y en donde el nuevo marco constitucional, en respuesta positiva a los compromisos internacionales asumidos por México, destaca por la elevación a rango constitucional de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, así como: la aplicación prevalente de la norma más favorable a la persona; la consagración de las obligaciones de las autoridades; la enunciación de los derechos humanos en el eje de la educación, el sistema penitenciario y la política exterior; el más estricto ámbito de la figura del estado de excepción; la modificación del artículo 33 para reconocer

---

por su propia naturaleza ajena al control y al reconocimiento de derechos, siempre trae consigo el riesgo de abusos... Cuando las personas de otras latitudes, obligadas por políticas de extranjería excluyentes y represivas, recurren de forma masiva a organizaciones ilegales para eludir los controles fronterizos, resulta inevitable que proliferen las mafias que extorsionan, engañan y abusan de la necesidad ajena”, LAURENZO COPELLO, Patricia, “Modelos de protección penal de los inmigrantes” en MAQUEDA ABREU, Consuelo et MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M., Derechos humanos: temas y problema ... op cit supra, pp. 158 y 159. Por otro lado, véase el Informe del Relator Espacial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/65/222, de 3 de agosto de 2010, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc>; en donde se destacan los efectos de la penalización de la migración sobre la protección y el disfrute de los derechos humanos. “En el informe se subrayan las consecuencias perjudiciales de esas políticas sobre grupos que no deben ser considerados de antemano migrantes irregulares, como las víctimas de la trata de seres humanos, los solicitantes de asilo y los niños. El informe proporciona también ejemplos de buenas prácticas en la incorporación de un enfoque basado en los derechos humanos a la migración y la gestión de la migración irregular sin recurrir a su penalización”

<sup>183</sup>“ONU congratula a México por aprobación de la reforma en materia de DDHH” del 8 de marzo de 2011. En <http://www.cadha.org/onu/la-onu-mexico-congratula-a-la-nacion-por-la-aprobacion-de-la-reforma-constitucional-que-fortalece-el-respeto-a-los-derechos-humanos/> Una vez que la reforma constitucional inicie su vigencia se tendrán que hacer los ajustes legislativos a nivel federal y estatal correspondientes para garantizar su eficacia plena.

<sup>184</sup>Esto se da con una reforma previa constitucional que estableció, expresamente, que las violaciones a los derechos humanos reconocidos internacionalmente pueden ser objeto del juicio de amparo.

el derecho de audiencia de las personas extranjeras a quienes se pretenda expulsar del territorio nacional; el fortalecimiento de los organismos públicos de derechos humanos; y el mejoramiento del sistema de control abstracto de la constitucionalidad. Por añadidura, se espera que la reforma al artículo 11, referido al derecho de asilo, pueda cuanto antes acomodarse a los estándares internacionales y a la propia legislación mexicana sobre personas refugiadas que han sido aprobadas recientemente<sup>185</sup>.

México, como vemos, tomando en cuenta la normativa convencional firmada y ratificada por su Estado<sup>186</sup> y haciendo honor al orden jerárquico

---

<sup>185</sup>[http://www3.diputados.gob.mx/camara/005\\_comunicacion/a\\_boletines/2011\\_2011/03\\_marzo/23\\_23/3085\\_diputados\\_aprueban-minuta\\_del\\_senado\\_en\\_materia\\_de\\_derechos\\_humanos\\_la\\_remite\\_a\\_congresos\\_locales](http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2011_2011/03_marzo/23_23/3085_diputados_aprueban-minuta_del_senado_en_materia_de_derechos_humanos_la_remite_a_congresos_locales)

<sup>186</sup>Desde la citada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y sus dos Protocolos Facultativos –Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía y el Protocolo Facultativo relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados- hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención de Belém do Pará, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil (núm. 182), Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Viena de Relaciones Consulares, Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México sólo la tiene firmada y no ratificada), Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores, Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños, Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. Algunos documentos y arreglos binacionales en materia migratoria son: la Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, el Memorándum de Entendimiento

de las fuentes que establece el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)<sup>187</sup>, tiene en la cúspide de los derechos de la niñez a su Carta Magna, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>188</sup>, haciéndose eco de la necesidad de la protección internacional de la minoridad.

Esta reivindicación plasmada en las reformas constitucionales no surge por generación espontánea, ni es gratuita desde el momento en que ha sido una tónica general la proliferación de innumerables transgresiones en materia migratoria desde la perspectiva de los derechos humanos y entre las que citamos, a modo de ejemplo, las dos siguientes:

1. incumplimiento del Principio de la unidad familiar estipulada en los artículos 9 y 10 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, al ser separados los niños, niñas y adolescentes de sus padres, por parte de las autoridades –Estados Unidos de América, como un ejemplo muy puntual-, y repatriarlos en localidades distintas y lejanas de aquella donde

---

sobre Protección Consular de Nacionales de México en Estados Unidos de América; el Memorándum de Entendimiento sobre Mecanismos de Consulta sobre Funciones del Servicio de Inmigración y Naturalización y Protección Consular y el Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación en contra de la Violencia Fronteriza. Finalmente, se han suscrito desde 1997, varios arreglos bilaterales entre Estados Unidos de América y México, cuya finalidad es que las repatriaciones de nacionales se realicen de manera segura y ordenada por lo que se disponen procedimientos especiales para repatriaciones de niñas, niños y adolescentes no acompañados por familiares.

<sup>187</sup>Y, de manera paralela, las tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1999 “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución (Amparo en Revisión 1475/98)” y 2007 “Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema e la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 Constitucional (Amparo en Revisión 120/2002)”.

<sup>188</sup>Ratificada por el Estado mexicano el 21 de septiembre de 1990, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de octubre de 1990.

se le detectó con la única finalidad de dificultar la reunificación familiar y desalentar un nuevo intento <sup>189</sup>;

2. Incumplimiento del Principio de legalidad y del debido proceso estipulada en los artículos 37 y 40 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el título cuarto de la Ley mexicana para la Protección de los Derechos de Niñas y Niños, con una consecuencia irremediable -por la situación actual y planteada- en donde niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar, además de ser víctimas del tráfico de indocumentados<sup>190</sup>, pueden ser vendidos, explotados sexual o laboralmente, remoción de órganos, etcétera.

Si bien, por lo que toca a la tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no acompañados, México tiene una extensa normatividad al respecto, la cuestión pendiente es su observación. Sin ánimo de realizar una numeración exhaustiva de la legislación mexicana sobre la materia, destacamos: artículo 16, párrafo séptimo Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Título Cuarto de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; Ley Federal para prevenir y sancionar la trata de personas <sup>191</sup>; artículos 16, 17, 138 y 143 de la Ley General de Población y

---

<sup>189</sup>Véase los Arreglos para la Repatriación segura y ordenada de nacionales mexicanos, en donde se estipula el principio de preservación de la unidad familiar realizando el mejor esfuerzo para la consecución de tal fin.

<sup>190</sup>Para un análisis más exhaustivo, recomendamos altamente la lectura de ORTÍZ AHLE, Loretta, El derecho al acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular, México, UNAM, 2011 (en prensa).

<sup>191</sup>En seguimiento a esta Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de noviembre de 2007, apuntamos para su estudio, asimismo, el Decreto por el que se aprueba el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (2010-2012), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 2011. De manera general queremos resaltar los objetivos perseguidos por este Programa (objetivo 1: conocer el contexto actual en materia de trata

su Reglamento; Ley de Nacionalidad; Ley del Servicio Exterior Mexicano y su reglamento; Reglamento interno de la Secretaría de Gobernación; artículo 194, fracción V, del Código Federal de Procedimientos penales; artículos 4 y 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; el Instituto Nacional de Migración, Acuerdos por los que delegan facultades y atribuciones a los delegados y subdelegados del INM; Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social; Estatuto Orgánico del Sistema Nacional DIF; Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, además de una serie de normas de alcance local relacionadas con los Estados y ciudades transfronterizas <sup>192</sup>; artículo 2, fracción III, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada así como los instrumentos internacionales relacionados entre otras <sup>193</sup>. Como expresamos, el parteaguas, ante el cúmulo de situaciones transgresoras de los derechos más fundamentales, lo podemos tener a través de los diálogos interinstitucionales sobre la materia –y ante

---

de personas así como sus causas y consecuencias en el país; objetivo 2: prevenir el delito de trata de personas y transformar el contexto de los patrones culturales de tolerancia hacia la explotación sexual, laboral y demás conductas vinculadas al mismo; objetivo 3: coadyuvar en el mejoramiento de la procuración de justicia en materia de trata de personas; objetivo 4: proporcionar una atención integral y de calidad a las personas en situación de trata, así como a familiares y testigos). VV.AA., Coloquio: Prevención y erradicación de la trata de personas en México, México, UNAM- Centro de Estudios e Investigación en Desarrollo y Asistencia Social, 2007.

<sup>192</sup>Nos referimos, a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños y Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. GALLO CAMPOS, Karla Iréndira. “Niñez migrante en la frontera norte: Legislación y procesos.” México, UNICEF. 2004 .

<sup>193</sup>Véase, por otra parte, ALCARAZ MONDRAGÓN, Eduardo, “El tráfico ilícito de migrantes. El caso Estados Unidos y México” en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.), Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo II. Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho Comparado. Temas diversos, México, UNAM, 2006, pp. 7-12.

éste cúmulo de leyes- siempre armonizando la normativa existente. De esta manera, la expedición, por parte del INM, de la *Circular Núm. 001/2010, por la que se instruye el procedimiento para la atención de los niños, las niñas y adolescentes migrantes no acompañados*<sup>194</sup> constituye un nuevo punto de partida en donde se colocan las mayores esperanzas para que se crean los canales necesarios para terminar con una situación inconcebible en detrimento de nuestro sector poblacional más vulnerable. Por el interés que tiene esta contribución, destacamos de dicha circular el considerando que establece que el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), con apoyo en otras instancias gubernamentales y organizaciones internacionales –INM, Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES) y los Centros de Integración Juvenil (CIJ), ACNUR, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)- es el encargado de brindar protección a estos menores, a través de la Estrategia de Prevención y Atención a Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes y Repatriados No acompañados<sup>195</sup> con el objeto de “prevenir y atender las necesidades de los niños, niñas y adolescentes migrantes y repatriados que viajan solos y las problemáticas colaterales a que están expuestos, así como promover acciones coordinadas de protección y contención comunitaria”<sup>196</sup> . Precisamente en el análisis de la normativa que México comienza a implementar es en donde nos detendremos y nos abocaremos para visualizar sus luces y/o sus sombras, quizás derivadas de la celebración/congratulación de estas iniciativas, o de

---

<sup>194</sup> Diario Oficial de la Federación de 12 de febrero de 2010.

<sup>195</sup><http://www.dif.sip.gob.mx/?programas=estrategia-de-prevención-y-atencion-a-niñas-niños-y-adolescentes-migrantes-no-acompañados>.

<sup>196</sup> Idem.

esta iniciativa concretada en la Circular 001/2010 <sup>197</sup>, que aunque tardía no por ello no bienvenida, y quizás derivadas por el camino que aún queda por recorrer <sup>198</sup>. El INM, a través de la mencionada Circular Núm. 001/2010, proyecta un fundamento directo en el artículo 27 de las Normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias, que establece que en atención al interés superior de la infancia, los niños que lleguen a ser alojados en una estación tendrán el derecho de permanecer junto a su familia; participar en actividades recreativas, educativas, culturales, deportivas y de esparcimiento acordes con sus necesidades, así como aquéllas que propicien la convivencia y estancia con otros niños, niñas y adolescentes y que se privilegie su estancia en instituciones adecuadas para su sano desarrollo físico y emocional, aparte de los derechos reconocidos a toda persona que ingrese en una estación, establecidos en el artículo 26, como el conocer su ubicación, el motivo de su ingreso, el procedimiento migratorio; el derecho a solicitar la calidad de refugiado; cómo ponerse en contacto con su consulado para recibir asistencia

---

<sup>197</sup> Sobre el tema, véase los comentarios que exponemos a lo largo de esta contribución derivados de TELLO MORENO, Luisa Fernanda, “La protección a los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados”, Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, México, 2011 (en prensa).

<sup>198</sup> En este sentido, véase cómo en el Senado de la República mexicana se discute en estos días, febrero de 2011, una nueva ley de migración, ampliamente cuestionada, desde que da facultades y atribuciones a la policía federal. La propuesta para su artículo 26 expresa: “La Secretaría de Seguridad Pública, a través de la Policía Federal, tendrá las siguientes atribuciones en materia migratoria: I. Colaborar con el Instituto, cuando así lo solicite, para vigilar la entrada y salida de personas al territorio nacional en cualquier forma o medio de transporte en que lo hagan; II. Llevar a cabo revisiones migratorias en lugares distintos a los destinados al tránsito internacional de personas, en coordinación con el Instituto; ...” Distintas plataformas de derechos humanos manifiestan que es una propuesta que trata de “criminalizar la migración, particularmente la que cruza por México rumbo a EE.UU”, extienden manifestaciones concretas en el que se expresa que “La nueva ley de migración que actualmente se discute en el Senado de la República, dará

y representación legal, entre otras <sup>199</sup>. A todas luces esta enumeración de buenas intenciones son las que, por defecto o por sentido común, tenemos en mente todos aquellos que visualizamos una protección integral de los menores, no obstante, pareciera una quimera verlas realizadas de manera práctica y sobre todo verlas con la inmediatez que demanda la niñez migrante ante las situaciones aberrantes que hemos venido describiendo a lo largo de éste trabajo. El itinerario acaba de comenzar, apenas en el siglo XXI, la valoración seguramente no la podremos dar en esta contribución pero si expondremos la situación del arte y por dónde se deberá transitar. Entre las cuestiones que merecen la pena destacar es el establecimiento de un ámbito de aplicación personal, al determinarse en los artículos 1, 2 y 4 una serie de conceptos y atribuciones, en donde se determina la minoría de edad a los dieciocho años o la actuación de Oficiales de Protección de dicha Infancia (OPI´s), no obstante, no perdamos de vista la referencia realizada cuando se

---

facultades y atribuciones a la policía federal no sólo para perseguir a los migrantes, sino que también legaliza su persecución en todo el país, autorizando acciones inconstitucionales tales como operativos y redadas en las vías férreas y rutas de tránsito...”. Albergue “Hermanos en el Camino”, Movimiento Migrante Mesoamericano, La Familia Latina Unida, Nuestros Lazos de Sangre, <http://www.tupuedessalvartuvida.org.vida/>; <http://niunoniunamas.blogspot.com/>

<sup>199</sup>Normativa derivada de las múltiples y reiteradas violaciones a estos derechos. Véase las recomendaciones realizadas a México – en cuanto a niños y venta de niños, prostitución y pornografía infantil, concretamente- de los mecanismos internacionales y comités de derechos humanos de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. Secretaría de Relaciones Exteriores, Compilación de recomendaciones a México de los mecanismos internacionales y comités de derechos humanos de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, México, SRE, 2003, pp. 80-89. Así como las recomendaciones, puntuales por este tema, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y a las cuales ya hicimos referencia, Recomendación 28-2008, Recomendación 25-2007, Recomendación 51-2008 y Recomendación 29-2007 <http://www.cndh.org.mx/recomen/recomend.htm>

establece que a través de dichos OPI´s serán asignados los menores en función de la edad y el sexo. Destacar que la distinción del sexo es fundamental para crear las condiciones necesarias, durante su aseguramiento, que uno y otro género demandan, y ello es fácil de averiguar; la cuestión que nos preocupa es cómo

determinarán la edad de los infantes que llegan sin ningún documento que acredite la misma y sin la más mínima disposición, por los temores que le circundan, a decir su edad; las pruebas de determinación de la edad tienen un margen de error dependiendo, asimismo, del tramo que estemos tratando de dilucidar; no es lo mismo determinar la edad de un infante de entre 5-8 años que el de un infante de 15-18 años, por ejemplo. La Circular no contempla el procedimiento a seguir en caso de que no se pueda determinar la edad de los niños, niñas y adolescentes<sup>200</sup>; siguiendo las recomendaciones emitidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos se expresa que debe otorgárseles el beneficio de la duda<sup>201</sup>. Por otra parte, la Circular omite, sin justificación alguna, verificar los deseos del menor, el nombramiento de un tutor que los representen en todo trámite, la confidencialidad sobre sus datos y, una vez más, contemplar alternativas específicas para casos que entrañen un grado aún más de complejidad. Ante estos supuestos en donde el infante teme decir la verdad sobre su edad, o sobre su nacionalidad, por ejemplo, la Circular dispone, con respecto al programa de protección a menores extranjeros que el OPI deberá “apoyar al niño, niña o adolescente migrante

---

<sup>200</sup>Al respecto, y ante la omisión de pruebas para la determinación de la edad, remitimos, desde la perspectiva del derecho comparado, lo expuesto en la primera parte de esta obra. Igualmente, remitimos a CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, “Los menores extranjeros no acompañados” en RODRÍGUEZ BENOT, Andrés et HORNERO MÉNDEZ, César (Coords.) El nuevo derecho de extranjería, Granada, Comares, 2001, pp. 254 y ss.

<sup>201</sup>Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para México, Cuba y América Central ... op cit supra, párrafo 47.

no acompañado, convenciéndolo, en un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad, de la importancia que tiene proporcionar información sobre hechos verdaderos” (el subrayado es nuestro). Nótese que no es lo mismo proteger que convencer, con lo cual el uso del vocablo “convenciéndolo” deja alguna duda al respecto sobre cuál puede ser el método a emplear para “convencer” al menor que diga la verdad.

En conexión con lo anterior, en la multimencionada Circular hay un enfoque hacia la proyección de dos programas principales. De una parte, a través del artículo 6, la protección de niños de nacionalidad mexicana repatriados por otros países (por lógica pensamos en los Estados Unidos de América) y, por otra parte, a través del artículo 7, la protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes extranjeros en territorio nacional.

Como vemos no sólo hay que averiguar el sexo y la edad del sector infantil asegurado sino la nacionalidad de los mismos para poder repatriarlos a su país<sup>202</sup>. Informarlos de sus derechos y hacerles llegar la seguridad de su protección por parte de las autoridades que están en ese momento a su cargo, son cuestiones cruciales o básicas que, por regla general, hasta el momento les ha sido negado y, por ello, la desconfianza es realmente profunda.

La cuestión de la atención médica inmediata, por supuesto, no queda en un segundo plano y el OPI debe comunicarlo al encargado de

---

<sup>202</sup> En México, véase la Recomendación 28/2008 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Caso del menor Eduberto López Pérez, de nacionalidad guatemalteca. En su recomendación segunda, se expresa que “ A efecto de que no se repitan violaciones a derechos humanos como las descritas en la presente recomendación, se sirva girar sus instrucciones a quien corresponda, a fin de que se establezca el procedimiento que deberán seguir los servidores públicos del INM desde el momento de la recepción por parte de alguna autoridad extranjera, de menores que viajan solos, a fin de garantizar que su rechazo sea de manera fundada, motivada y de certeza jurídica, observando en todo momento el respeto a sus derechos humanos”.

la estación migratoria y de ahí el aviso correspondiente al DIF. Si, por el contrario, el menor no requiere atención médica inmediata, se le dirigirá a la estación migratoria más cercana, donde se deberán adoptar las medidas necesarias para proteger su integridad física e igualmente se dará aviso al DIF correspondiente para que se le brinde la atención que requiera, así como servicios de representación, asistencia jurídica y orientación social.

Si estas pesquisas, con todas sus dificultades, se realizan con el cuidado debido estaremos en la posición de canalizar, a los niños, niñas y adolescentes mexicanos repatriados por otros países, al DIF nacional, estatal o municipal que corresponda y, en el caso de los niños, niñas y adolescentes extranjeros se les podrá hacer saber su derecho a solicitar su condición de refugiado y de manera paralela averiguar si entró en el país con algún familiar consanguíneo en cualquier grado para poder calificarlos como menores migrantes extranjeros no acompañados. El interés de este último dato es significativo ya que en caso de que el menor sea alojado con algún familiar consanguíneo –sin especificarse de qué grado o hasta qué grado es permisible- sólo su representación consular o diplomática podrá verificar el vínculo familiar, pero si el menor es solicitante de refugio o se detecta que posiblemente lo es<sup>203</sup>, no se contactará a la representación<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup>A modo de ejemplo, podemos destacar, el interés que cobran algunos convenios internacionales, que aún no han sido firmados ni ratificados por el estado mexicano –pero con visos de hacerse en breve- nos referimos, por la materia referida, al artículo 11 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, conocido como el Convenio de La Haya de 1996, el cual tiene como fin primordial “favorecer la protección de los niños sin cuidado parental en situaciones transfronterizas, cuestiones, una vez más, que no aparecen en la actualidad como situaciones aisladas. Las medidas de cooperación contenidas en el Convenio pueden ser útiles dado el incremento de situaciones en las cuales niños no acompañados atraviesan fronteras, tratando de encontrar un mejor medio de vida,

Hay supuestos en los que por cuestiones de edad o condición física del menor, la determinación de la nacionalidad se hace poco menos que imposible, en este caso, el OPI debe poner en conocimiento del responsable de la estación migratoria esta situación y éste la deriva al INM para que realice las investigaciones necesarias para determinar vínculos de nacionalidad o, tal y como acabamos de exponer, si es solicitante de refugio o asilo, y si todo ello falla se iniciarán los procedimientos de apatridia, una situación nada recomendable a estas alturas del siglo<sup>205</sup>, pero que se hace patente ante estos supuestos apabullantes de cruce de fronteras que contrae buscar mejores condiciones de vida, ante situaciones lamentables de pobreza y marginación.

---

buscando trabajos o tratando de reagruparse con sus padres o con su familia que, por regla general, cruzaron, en principio, las mismas fronteras de manera ilegal o como indocumentados. Estos niños, niñas y adolescentes se encuentran en situaciones de verdadera vulnerabilidad en las que las posibilidades de ser sujetos de explotación, venta o tráfico no están distantes. Si el niño no acompañado es un refugiado, solicitante de asilo, desplazado o simplemente un adolescente fugitivo, el Convenio de La Haya de 1996 lo asiste permitiendo la cooperación para localizarlo, determinando las autoridades de qué país son competentes para tomar las medidas de protección necesarias, y permitiendo la cooperación entre las autoridades nacionales del país de recepción y del país de origen para el intercambio de información necesaria y el inicio de las medidas de protección necesarias” (el subrayado es nuestro). GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, México, Porrúa-UNAM, 2009, passim.

<sup>204</sup> Quedan lagunas desde la propia redacción de la Circular al no desprenderse del caso citado, si tratándose de un solicitante de refugio, se le permitirá alojarse con un supuesto familiar independientemente de que dicho vínculo no haya sido verificado, en cuyo caso el menor puede verse expuesto a ciertos riesgos.

<sup>205</sup> El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha recomendado a los Estados sostener el principio de evitar la apatridia. Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. Jorge Bustamante, de conformidad con la resolución 64/166 de la Asamblea General y la Resolución 8/10 del Consejo de Derechos Humanos, Doc. A/65/222, 3 de agosto de 2010, párrafo 104.

En cualquiera de las circunstancias planteadas, el OPI deberá acompañar al menor, ya sea en la práctica del examen médico, en las llamadas telefónicas, informándole de los derechos que tiene como posible víctima del delito de trata de personas –y si fuera un caso de trata, comunicarle al responsable de la estación y que éste dé aviso al Ministerio Público y al representante diplomático o consular, en su caso-, o si no fuera solicitante de refugio, etcétera, salvaguardando cualquiera de los derechos que le asiste.

Sin lugar a dudas, el listado de artículos que encuadran la Circular del INM adolecen de lagunas, una de ellas y que viene a colación con lo que venimos enunciando es que no se precisa, en caso de ser víctima de trata de personas, el otorgamiento de alguna atención o cuidado especializado ante la demora que puede tener la atención del Ministerio Público.

En relación a éste tema, el artículo 6 y 7 prevén que el OPI solicite de manera “inmediata” que se canalice al menor a una “institución especializada” pero se deja como una incógnita cuestiones como la “inmediatez de qué” y tampoco se especifica qué se entenderá por una institución especializada que bien puede ser el DIF, módulos o albergues de tránsito para estos niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados<sup>206</sup>. Para darle continuidad a éste tema, el artículo 8 especifica que en caso de que no sea posible el traslado de los niños, niñas y adolescentes a una institución especializada, deberán ser albergados en la estación migratoria, pero no se establecen las razones por las

---

<sup>206</sup>Para traer a colación alguna disposición del INM que trata esta cuestión particular, tenemos el artículo 45 del Acuerdo por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias del INM y ahí se establece que cuando se trate de niños, niñas y adolescentes alojados en una estación migratoria, así como adultos mayores, personas con necesidades especiales o víctimas de delitos, el responsable de la estación, de manera conjunta con el coordinador de control y verificación migratoria, tomará las medidas pertinentes a fin de privilegiar su estancia en instituciones públicas o privadas que puedan brindarles el tipo de atención que requieren.

que se pueda justificar la permanencia de menores en la estación<sup>207</sup>.

Como no podría ser de otra manera, la Circular se funda en una serie de principios torales relacionados directamente con la protección del menor, a saber, todos los procedimientos de aquellos menores migrantes no acompañados se realizaran de acuerdo con el interés superior del niño –según la particularidad de cada caso–, contemplándose las distintas opciones o posibilidades como son la repatriación, solicitud de refugio o la solicitud legal de la estancia de extranjeros en el territorio nacional cuando las autoridades no han reconocido la solicitud de refugio o asilo, en donde el análisis o estudio del caso particular, en interés superior del menor, debe de ser la razón principal hacia su protección integral, una cuestión que retomaremos en el apartado correspondiente al mismo. Por otra parte, destacamos en este momento que aún con las mejores intenciones que proyecta el reiterado interés superior de la minoridad, en la Circular no hay un desarrollo sobre el procedimiento a seguir en estos casos puntuales y de gran consideración.

Otra de las lagunas que emergen de dicha Circular, a colación con lo expresado con la repatriación, es que no se contempla la investigación sobre si la misma le puede provocar al menor un riesgo, sino que simplemente es una de las opciones, de las primeras opciones, sin más dilación en una investigación en el sentido propuesto y que buscaría, en congruencia, la protección real del menor migrante no acompañado, ello deja un margen importante para la duda.

<sup>207</sup>Esto es más que cuestionable atendiendo que el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha establecido que los niños no deben ser detenidos en instalaciones que no sean adecuadas para ellos o sus familias, ya sea sobre la base de su situación migratorio o la de sus padres, pues ello no atiende a su interés superior. Asamblea General de las Naciones Unidas ... op cit supra párrafo 48, párrafo 101 <http://daccess-dds.ny.un.org/doc A/65/222>, de 3 de agosto de 2010, y en relación con lo anterior Comité de los Derechos del Niño, “Observación General Núm. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, Doc. CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párrafos 38, 61, 62 y 63.

## V. *CONFRONTACIÓN TERMINOLÓGICA: MENOR versus NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.*

Ya en la primera parte de este libro se hace una clara y precisa puntualización en torno a que el tema central es la minoridad –sin hacer distinción expresa entre el menor nacional o extranjero- y después ésta ligada a la migración no acompañada; al respecto nos remitimos y avanzamos en otros puntos de reflexión.

En un trabajo reciente hemos manifestado una posición en torno a la necesidad de la delimitación del elemento subjetivo que entraña el tema de la niñez<sup>208</sup>. Si ésta, la niñez o infancia, es la piedra angular de la que debemos partir para poder contextualizar el tema de la situación de los menores migrantes no acompañados, debemos comenzar por descifrar las connotaciones jurídicas del término y las connotaciones semánticas del mismo.

Desde el prisma del Derecho Internacional Privado<sup>209</sup>, nuestra área de conocimiento, partimos de la idea de que el concepto adecuado para referirnos a este sector poblacional es el de “menor”, no obstante, hay una tendencia generalizada que recurre a otros términos, de reciente acuñación y creciente aceptación, como es el de “niños, niñas o adolescentes”.

---

<sup>208</sup>GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria et RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano, México, UNAM, 2011.

<sup>209</sup>Advertimos al lector que el análisis que planteamos se realiza, con una clara tendencia al DIPr, por la razón expuesta en torno a nuestra área de adscripción, pero ello no significa que no tengamos en cuenta que existen conexiones necesarias y complementarias con otras ramas del Derecho, por ejemplo, con el Derecho Civil, el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional Público, el Derecho Administrativo, o, incluso, con el Derecho Procesal. Una vez determinado este enfoque disciplinar del propio término podemos acotar que el término “menor” equivale a “menor de edad”, uniéndonos, de esta manera, con el concepto que mantiene y ofrece el Derecho Civil.

Desde el título que le hemos dado a este apartado ya estamos planteando que es un tema polémico con muchas aristas, desde que pudiera ser discusión del simple nomen iuris o si, por el contrario, encierra otros problemas que van más allá del aspecto meramente semántico <sup>210</sup>.

## 1. ÓPTICA JURÍDICA

Empecemos por delimitar el término “menor” desde el punto de vista jurídico. Como bien señala la doctrina el término menor expresa un “concepto jurídico”<sup>211</sup> el cual siempre es delimitado, en términos numéricos, por un Derecho positivo, a fin de otorgar a las personas que lo cumplen, determinados derechos y obligaciones, tanto para él como para su entorno social y familiar.

En esta esfera jurídica es necesario tener y reiterar como consigna la salvaguarda de sus derechos fundamentales; es decir, reconocer que el menor es sujeto de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, los cuales están enfocados a proteger su ser o esencia de persona; en definitiva, a proteger los derechos de su propia personalidad, así como el derecho al respeto de su dignidad. Lo anterior comprende, una lista extensa de derechos inviolables, personales e irrenunciables que deben ser proclamados indubitadamente de todo menor; incluso, yendo más allá al mezclar la esfera jurídica con la social, afirmamos que el menor tiene *derecho a la felicidad*<sup>212</sup> y al bienestar; en definitiva, el derecho a una infancia feliz sin problemas

---

<sup>210</sup>Al respecto el mismo señalamiento lo tenemos en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Familia internacional en México: Adopción, Alimentos, Sustracción, Tráfico y Trata, México, UNAM-Porrúa, 2009.

<sup>211</sup>Moya Escudero, M. Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores, Granada, Comares, 1998, p. 44.

<sup>212</sup>Rivero Hernández, F. El interés del menor, España, Dykinson, 2007, pp. 163-164.

ajenos a su etapa de crecimiento. Sólo si contemplamos al menor como el ser humano que es, desde la perspectiva jurídica y humana (o social), podemos darle una protección en todos los extremos que resultan necesarios y que el tema que estamos tratando demanda a todas luces.

Por otra parte, es importante, en este punto, subrayar y no olvidar que el “menor” no es un “incapaz”; al contrario, es una persona cuya capacidad de obrar y/o actuar está limitada, lo cual justifica en este punto la función que debe representar la patria potestad<sup>213</sup>.

Así, una cosa es afirmar que el menor tiene per se determinadas limitaciones y otra muy diferente, admitir que es un incapaz. En este contexto la Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que “para los fines que persigue esta Opinión Consultiva es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de esta en gran medida los niños”<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> En este orden de ideas la doctrina ha señalado que “el poder sobre el menor ni es ilimitado ni puede ser igual en todo el curso de la minoría. Está relativizado por su finalidad primaria: el provecho y guarda de la persona y bienes del menor, en tanto éste sea incapaz de gobernarse por sí mismo. En ningún caso, la personalidad del menor puede quedar absorbida, sustituida y desplazada por la de su representante legal”. DURÁN AYAGO, Antonia. La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico, España, Colex, 2004, p. 30. La minoría de edad “es un estado civil que lleva implícita la protección, pero que en ningún caso debemos identificar con el estado civil de incapacitado, ni con la situación de hecho de la incapacidad”, p. 32.

<sup>214</sup> Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre condición jurídica y derechos Humanos del niño. Véase [www.iin.oea.org](http://www.iin.oea.org)

Con todas estas premisas, si abordamos “menor” en términos numéricos, el concepto “menor” encuentra una clara delimitación, ubicándolos en el DIPr., en los instrumentos que en su contenido lo estudian, bien de manera directa o bien por influencia o remisión a otros instrumentos convencionales. En este sentido son dos las modalidades que se encuentran en estos instrumentos y que a continuación presentamos; por un lado, en el número que se ha considerado como punto de referencia para determinar la minoridad (la cual puede oscilar ente los 16 y los 21 años) y, por otro lado, la técnica normativa, directa o indirecta (de calificación autónoma o no), utilizada para abordar dicha minoría.

En relación al aspecto numérico, señalamos que no existe unanimidad convencional<sup>215</sup>. Así, no todos los instrumentos convencionales coinciden en insertar la misma “norma material sobre calificación de menor”<sup>216</sup>. Lo anterior da una idea de que los ámbitos de aplicación personal de los Convenios cuyo contenido se destinan al cuidado de un menor, de manera global, por ejemplo, el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, o sectorialmente, por ejemplo, el Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores, no son iguales al presentar relevantes

---

<sup>215</sup>Respecto a esta falta de unanimidad convencional a la hora de establecer una edad para el término de “menor” se pronuncia Berraz quien afirma: “estas diferencias de calificación, y, si se quiere, la carencia de un criterio uniforme respecto del tema, plantean una situación contradictoria y marcan una suerte de desprolijidad en la labor de las CIDIP. (...). Más allá de tener presente lo arduo que resulta desarrollar una labor como la desempeñada, entendemos que el proceso de codificación encarado por las CIDIP deberían guardar uniformidad en cuanto a las calificaciones adoptadas. Ello, a pesar de entender que se trata de cuestiones distintas y de que, a nuestro criterio, la edad de dieciocho años resultaría la más apropiada”. BERRAZ, C., *La protección Internacional del Menor en el Derecho Internacional Privado*, UNL, Argentina, 2000, p. 56.

<sup>216</sup> GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, “Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores”, en *Derechos de la Niñez*, México, IJ-UNAM, 1990, p. 259.

particularidades; por lo anterior tendremos que prestar especial cuidado al caso concreto para determinar los ámbitos de protección personal, en definitiva, para delimitar la minoría de edad. Ante esta realidad convencional “¿es justificable la diferencia de trato entre niños dependiendo de la norma convencional que resulte aplicable o de la ley conforme a la cuál deba ser examinada la minoridad?”<sup>217</sup>. La respuesta es rápida al estimar la doctrina, que “en realidad, no parece justificable, sino criticable, pues con relación a este concreto concepto, los Convenios que inciden en la protección del menor no deben ser examinados, ni aplicados aisladamente sino insertos en el esquema internacional de la protección del menor que, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ha sido construido por los sucesivos Convenios que afectan a su protección”<sup>218</sup>. Como consecuencia directa de lo anterior sólo nos resta criticar la variedad numérica que existe en los Convenios internacionales que de una u otra manera inciden en la protección de los menores y que a continuación ponemos de manifiesto.

Para contextualizar estas ideas partimos del Convenio marco de protección al menor, es decir, el Convenio de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, el cual entiende por niño, en su artículo primero, todo ser humano menor de 18 años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad<sup>219</sup>. De lo anterior se desprende que la edad de dieciocho años no es absoluta

---

<sup>217</sup>GARCÍA CANO, Sandra. Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades, España, Colex, 2003, pp. 62-63.

<sup>218</sup>Idem.

<sup>219</sup>Siguiendo los parámetros del Convenio sobre los Derechos del Niño encontramos de nuevo la Opinión Consultiva mencionada en la cual se determina, por seis votos contra uno, que “para los efectos de esta opinión consultiva, “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42”. Véase [www.iin.oea.org](http://www.iin.oea.org)

para determinar la minoría de edad, aunque sí lo es como límite máximo a la protección de una persona de conformidad con este instrumento. La justificación de esta redacción se remonta a la elaboración de este Convenio en la cual se da cuenta de la gran diversidad de opiniones existente en ese momento sobre lo que debía entenderse por “niño” y que llevaron en última instancia a permitir la regulación autónoma por cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte. La doctrina ha querido ver en este margen estatal de actuación “la búsqueda del trato más favorable a la persona en cuestión, y esto no sólo en aplicación de un principio general de Derecho, sino por expreso imperativo convencional” <sup>220</sup>.

En definitiva, son dos las ideas que podemos extraer, a saber, la primera es que la edad para fijar la minoridad es de dieciocho años, y la segunda es que se utiliza la mezcla de dos técnicas, una directa (al marcar los dieciocho años como regla general) y la indirecta (al hacer una excepción en función de la “ley que le sea aplicable”, conforme a la cual se puede reducir la señalada cifra de dieciocho años). Si este es el marco al que hay que atender nos damos cuenta enseguida de que no todos los convenios tienen como referente este instrumento internacional a la hora de establecer y fijar su cobertura personal; los motivos de esta variación pueden ser múltiples: por la temática que abordan y por la conjugación de las distintas ideas que convergen en la negociación de un convenio.

De esta manera encontramos tres categorías de tratados:

a) La primera sitúa la minoría de edad en los dieciséis años, representando así el límite más bajo de todos los instrumentos convencionales<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup>MOYA ESCUDERO, Mercedes, op cit supra pp. 38-39.

<sup>221</sup>En el ámbito laboral tenemos la prohibición del trabajo a los menores de 14 años pero al no ser éste ámbito regulado en los convenios internacionales de contenido de

En este rubro encontramos en primer lugar dos instrumentos unidos por un par de rasgos comunes: el primero, *ratione materiae* desde que están regulando el Legal Kidnapping, o sustracción internacional de menores; el segundo, por la técnica directa utilizada en el señalamiento de la edad; nos referimos concretamente, a la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores (artículo 2) y el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (artículo 4)<sup>222</sup>. Si bien la doctrina intenta justificar este límite reconociendo el derecho a la autonomía del menor a partir de dicha edad y el peso específico que debe tener su opinión en función de una presumida madurez<sup>223</sup>, una voluntad propia que podrá difícilmente ser ignorada, sea por uno u otro de sus padres, sea por una autoridad judicial o administrativa<sup>224</sup>, termina reconociendo que dicha edad no resulta acertada a la luz del artículo 11 de la Convención de los Derechos del Niño, debiendo defenderse la ampliación de la protección convencional al niño hasta alcanzar los dieciocho años<sup>225</sup>. En segundo lugar, encontramos el Convenio europeo relativo al

---

DIPr, hemos decidido no abordarlo en este momento. Son dos las cuestiones que tratan de justificar esta cuestión:, la primera, porque hay otra rama del derecho que la estudia de manera más específica, a modo de *lex specialis*, y, por otra parte, a pesar de ser relaciones entre particulares que pudieran tener conexión con más de un Estado, esa relación laboral siempre se regiría por las normas laborales del lugar del establecimiento de la persona jurídica.

<sup>222</sup>En este sentido señala la doctrina argentina que “la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (no vigente), adopta la solución de La Haya, fijando el límite de los dieciséis años; por entender que la uniformidad asegura la efectividad de los instrumentos internacionales, sin que esto importe inmiscuirse en los asuntos de jurisdicción doméstica”. Blumkin, S.B. “La sustracción internacional de menores”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, tomo 55, núm. 1, 1995, p. 32.

<sup>223</sup>GARCÍA CANO, S. *op cit supra* pp. 64-65.

<sup>224</sup>MOYA ESCUDERO, M. *op cit supra* pp. 41-42.

<sup>225</sup>GARCÍA CANO, S. *op cit supra* pp. 64-65.

reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de la custodia, hecho en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980, que considera “menor” a una persona de menos de dieciséis años y sin derecho a fijar residencia propia”<sup>226</sup>.

Por último, entre los ejemplos, encontramos el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997, fija la minoría de edad en el artículo 2 de la siguiente manera: “El Convenio se aplicará a todo menor de dieciséis años, no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados”<sup>227</sup>. De este instrumento debemos señalar la utilización de una técnica directa de reglamentación de la edad, a la cual se le suman dos condicionamientos: el primero es que no esté emancipado y, el segundo es que debe ser nacional bien español o bien marroquí para que le de cobertura este instrumento.

**b)** En segundo lugar, encontramos un grupo de instrumentos que elevan la minoría de edad, y así sitúan explícitamente el límite en los dieciocho años. En este sentido podemos mencionar la propia Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>228</sup>, la Convención Interamericana sobre

---

<sup>226</sup>RIVERO HERNÁNDEZ, F. op cit supra p. 42.

<sup>227</sup>Respecto a este instrumento convencional en concreto la doctrina ha realizado una dura pero cierta crítica al señalar que olvida “que su marco material no sólo afecta a la devolución de menores, sino también al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita sin que se haya producido ningún tipo de traslado ilícito”. MOYA ESCUDERO, M. op cit supra p. 42.

<sup>228</sup>Encontramos entre los instrumentos que señalan de forma implícita, a través de una técnica de reglamentación indirecta, la edad de dieciocho años; deducción que se realiza de forma sencilla al remitirnos al Instrumento convencional al que complementa y acompaña; en este rubro encontramos el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización

tráfico internacional de menores (artículo 2)<sup>229</sup>, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada (artículo 3)<sup>230</sup>; el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el cual en su artículo 2 dispone que “el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años”<sup>231</sup>; la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias

---

de los niños en la pornografía. Así, la Convención que da sentido a este Protocolo, a saber, la Convención de los Derechos del Niño de 1989, define, en su artículo 1, que “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

<sup>229</sup>Estamos así ante una norma material que “consagra un principio de uniformidad a los efectos exclusivos de la aplicación de la Convención, con la finalidad de asegurar, con ventajas, la efectividad del instrumento internacional”. URIONDO DE MARTINOLI, A. “Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores-CIDIP V, México, 1994”, Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Argentina, vol. 3, núm. 1, 1995, p. 179; mismas afirmaciones que podemos encontrar en DREYZIN DE KLOR, A. (coord.) La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias, Argentina, Advocatus, 1996, p. 124.

<sup>230</sup>Estamos así ante una norma material que “consagra un principio de uniformidad a los efectos exclusivos de la aplicación de la Convención, con la finalidad de asegurar, con ventajas, la efectividad del instrumento internacional”. URIONDO DE MARTINOLI, A. “Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores-CIDIP V, México, 1994”, Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Argentina, vol. 3, núm. 1, 1995, p. 179; mismas afirmaciones que podemos encontrar en DREYZIN DE KLOR, A. (coord.) La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias, Argentina, Advocatus, 1996, p. 124.

<sup>231</sup>MOYA ESCUDERO, M. op. Cit. pp. 40-41.

en su artículo 2; el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, entre otras.

c) En tercer lugar, encontramos otro reducto de Convenios donde la edad para fijar la minoría es la de veintiún años; en este rubro encontramos el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimentarias respecto a menores, hecho en La Haya el 24 de octubre de 1956, en cuyo artículo 1o menciona que “a los fines del presente Convenio, la palabra menor significa todo hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo que no esté casado y tenga menos de veintiún años cumplidos”<sup>232</sup>; el Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a las obligaciones alimentarias, de 2 de octubre de 1973; el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973 y en el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia. Otro Convenio que establece la edad de veintiún años es el convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños (artículo 5).

---

<sup>232</sup>Respecto a este Convenio véase GONZÁLEZ CAMPOS, J., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., CALVO CARAVACA, A.L., VIRGÓS SORIANO, M., AMORES CONTRADO, M. y DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: Derecho Internacional Privado, parte especial, 6ª ed., España, Eurolex, 1995, p. 381.

## 2. ÓPTICA SEMÁNTICA

El segundo punto que queremos abordar en este concepto es lo adecuado o no del uso del término “menor”, desde un punto de vista puramente semántico. Esta cuestión representa una discusión que no ha pasado desapercibida para la doctrina<sup>233</sup>. En este contexto se ha señalado que “el incremento de la normativa convencional en este sector ha disparado la pluralidad de términos para referirse a los mismos. Niño, joven, menor, el genérico de infancia..., son conceptos que se utilizan indistintamente, llegando a emplearse varios de ellos incluso en un mismo documento. Sin embargo, no es bueno introducir la sinonimia entre conceptos que no tienen por qué gozar de esta concepción. Además, es importante conservar distintas expresiones precisamente porque no se pueden equiparar las cualidades de esas personas durante la larga etapa de su minoría de edad”<sup>234</sup>. Tomando como base estas afirmaciones nuestra inquietud es saber si, desde el DIPr., el término adecuado es “menor” o si éste debe ser desplazado a favor de otros conceptos puestos recientemente de moda como el de “niño, niña o adolescente”. Adelantándonos a nuestra conclusión creemos que esta es una cuestión simplemente del nomen iuris, una cuestión puramente semántica<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup>“Dos datos llaman la atención en cuanto a la definición del sujeto destinatario de la protección otorgada por los Convenios internacionales que afectan a la protección del menor: 1) Algunos Convenios prefieren la denominación de “menor”, y otros optan por el término “niño”; 2) no existe una definición unánime del concepto, ni por el método empleado para su determinación ni por los límites de edad establecidos”. GARCÍA CANO, S. op. cit. pp. 62-63.

<sup>234</sup>DURÁN AYAGO, A. op. cit. p. 33.

<sup>235</sup>En este sentido García Ramírez señala que estamos hablando del mismo fenómeno aun cuando utilicemos distintos términos, y así afirma que: “utilizaré diversas expresiones que corresponden a una misma realidad y atiende a un solo designio jurídico: niños, adolescentes, menores”. GARCÍA RAMÍREZ, S. “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional” en Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 51-52.

Así las cosas, estimamos que a pesar de que se ha afirmado que el término “menor” está desfasado, obsoleto, y que es un término despectivo para referirse a este sector de la población -incluso, en los mismos términos hay la manifestación en la primer parte de este libro-, estimamos que deben ser respetados los títulos que, en los diversos foros de codificación (La Haya/CIDIP) se han otorgado en el seno del DIPr.<sup>236</sup> Lo anterior no impide que seamos conscientes de que puede existir algunas diferencias esenciales, las cuales son puestas de manifiesto y de forma reiterada en la Opinión Consultiva que mencionábamos líneas arriba. En este contexto el Instituto Interamericano del niño señaló que “la llamada doctrina de la situación irregular considera que son “niños” quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y “menores”, quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas”. En esta línea argumentativa Costa Rica señala que “con la Convención sobre los Derechos del Niño se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular...esa doctrina creaba una distinción entre “niños”, que tenían cubiertas sus necesidades básicas y “menores” que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban por lo tanto, en una “situación irregular”<sup>237</sup>. Por su parte, el Instituto Universitario de Derechos Humanos y otras Organizaciones en la Materia, AC de México, señaló que “el término “joven” debe ser rechazado, pues abarca tanto a mayores como a menores de 18 años. El término “menor” es jurídico; y contempla la asistencia y la tutela que se debe dar a la persona que, en razón de su edad no posee la capacidad

---

<sup>236</sup>En este sentido García Ramírez señala, en el contexto del Derecho penal y refiriéndose al término de menor”, que “obviamente, el empleo de esta última expresión, tan cuestionada hoy en día, no responde a una visión devaluada de las personas a las que se aplica, integrantes de un conjunto numeroso: se trata, en la especie, de “menores de edad”, esto es, individuos -con amplios y seguros derechos- que aún no han llegado a la edad prevista para la plena aplicación de las normas penales ordinarias”. Véase la Opinión vertida por distintos agentes en la OC-17/2002.

<sup>237</sup>Véase [www.iin.oea.org](http://www.iin.oea.org)

de ejercicio de sus derechos”<sup>238</sup>. En este mismo razonamiento la Federación coordinada de ONG’s que trabajan con la niñez y la adolescencia, CODENI, de Nicaragua señaló que “resulta conveniente emplear la terminología “niñas, niños y adolescentes”, para rescatar su condición de sujetos sociales y de derecho, producto de su personalidad jurídica, y dejar atrás la política de la situación irregular, que emplea el vocablo “menores” en forma peyorativa”.

De las líneas anteriores resta destacar que si bien desde el punto de vista penal o de los Derechos humanos la utilización del término “menor” pueden llevar implicaciones de situaciones ya superadas (como la denominada “situación irregular”), podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos que, en el DIPr. la utilización de dicho término no conllevan en lo más mínimo connotaciones despectivas y, que no podemos ignorar este término desde que lo anterior supondría ir en contra de los títulos otorgados a los Convenios internacionales en vigor; en este orden de ideas encontramos Convenios de Derechos humanos que utilizan específicamente el término “menor”; este es el caso de la Convención internacional para la represión de la trata de mujeres y menores (artículo 2 que habla de “menores de uno y otro sexo” y los artículos 6 y 7). Ahora bien, debemos reconocer que esta no es la nota dominante en los Convenios de Derechos humanos desde que otros instrumentos utilizan el término “niño”; en este rubro encontramos el Protocolo que enmienda la Convención para la supresión del tráfico de mujeres y niños concluida en Ginebra el 30 de septiembre de 1921 y la Convención para la supresión del tráfico de mujeres mayores de edad concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933; igualmente encontramos el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Otro instrumento que se añade a la tendencia de hablar de “niños”, abandonando así el término menor,

---

<sup>238</sup> Idem.

clasificado como Delincuencia Organizada y Delitos conexos, es el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. En un plano indefinido encontramos los Convenios cuya temática versa en las publicaciones obscenas, bien en su represión o bien en supresión, así como en los instrumentos relativos a la trata de blancas, donde no se menciona el término “menor” quedando el ámbito de aplicación personal de estos instrumentos ciertamente amplio.

Para apoyar la idea de que el concepto de menor no siempre ha tenido una carga negativa en la regulación mexicana, haciendo un rápido recuento, se observa que con carácter general el artículo 18 de la Constitución mexicana, antes de su reforma del año 2005, señalaba que “la Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”. Otro ejemplo lo encontramos en las Reglas de Beijing de 1985 la cual igualmente utilizan casi con carácter exclusivo el término “menor” aunque a veces aparece en su texto entremezclado el de “joven” (artículos 1.4 y 9.1)<sup>239</sup>.

Ahora bien, por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, se refiere al término “niños” de manera exclusiva, no sólo en su título sino también a lo largo del texto, inserto este concepto en prácticamente en todos los artículos y fracciones que conforman el mismo. De este corte encontramos nuevamente la Opinión Consultiva, que hace referencia al término “niño”. Por último, y por poner algún otro ejemplo encontramos las

---

<sup>239</sup>El artículo 2.2 de estas Reglas señala que “para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos: a) menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto; c) menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito”.

Directrices de Riad que maneja los términos “joven” y “niños” de manera alterna, y principalmente, es el caso del artículo I (Principios Fundamentales) en sus cinco fracciones. La variedad convencional en la utilización de los conceptos “niños” o “menor” está servida y nuestra única intención en este apartado es poner de manifiesto que en el DIPr. el término que se maneja es el de “menor” y es por inercia, apego o tradición, que estas líneas se referirán a este “concepto” sin que ello suponga e implique carga despectiva alguna. De las líneas anteriores resta determinar que con absoluta independencia del concepto que cada rama jurídica utilice para referirse a estas personas podemos concluir señalando que “no hay tanto menor sino menores, pues en poco se parecen los problemas... de un niño de unos meses y los de un joven de quince años<sup>240</sup>” y éste es, realmente y bajo nuestra óptica, el rumbo que debiera cobrar el análisis de la temática, no tanto por la particularidad de la nomenclatura sino por la protección integral de la minoridad tomando en cuenta la edad, y de ahí su grado de madurez, y su interés superior.

---

<sup>240</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. op. cit. nota 6, p. 21.

## **VI. MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS: DEFINICIÓN**

Definir o conceptualizar el término de menores migrantes no acompañados cobra en la actualidad una gran relevancia, un reto desde que se le anexa la búsqueda de una teoría que describa los movimientos migratorios, las partes involucradas y la afectación de los derechos humanos.

Trayendo a colación, una vez más, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 en donde define al niño como: “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad<sup>241</sup>” subrayamos que la Convención no atiende específicamente el tema de la niñez migrante; no obstante, emplea el concepto de niño separado para mostrar la vulnerabilidad que viven, en su artículo 9, al señalar que: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General Núm.6, sobre el Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, define a los niños no acompañados, o menores no acompañados, como aquellos “menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad<sup>242</sup>”.

---

<sup>241</sup>En donde destacamos que no se distingue en relación al sexo.

<sup>242</sup>Observación General No.6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Comité de los Derechos del Niño, 39 periodo de sesiones, 17 de mayo a 3 de junio de 2005, CRC/GC/2005/6, numeral 7.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) define al menor no acompañado como “niños y adolescentes menores de 18 años que se encuentran fuera de su país de origen y están separados de ambos padres o de la persona que por ley les tuviera a su cargo”<sup>243</sup>.

Save the Children y ACNUR, en la Declaración de buenas prácticas, introducen el término de “menor separado” en lugar de “no acompañado”, en atención a que “los niños y adolescentes están separados... no sólo de sus familias sino de su hogar, su cultura, de sus orígenes por situaciones diversas como la pobreza extrema, persecuciones, guerras o desastres; además del daño psicológico y emocional que sufren por no crecer con sus familias<sup>244</sup>”, esta definición abarca “tanto a los menores que viajan completamente solos como a aquellos que conviven con familiares porque han tenido que abandonar a los padres biológicos, tutores legales o cuidadores biológicos... y muchas de las veces los familiares que acompañan a estos menores no son capaces o no pueden asumir la responsabilidad de hacerse cargo de ellos<sup>245</sup>”.

Junto con estas definiciones tenemos el indubitado reconocimiento, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, de que los niños son titulares de una serie de derechos y el Estado tiene la obligación de promoverlos, protegerlos y hacerlos exigibles; así el artículo 3 de la Convención establece que: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (el subrayado es nuestro).

---

<sup>243</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) 1997, Guía de políticas y procesos en la atención a niños sin acompañantes solicitantes de asilo, p. 25.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 26

<sup>245</sup>Ibidem, p. 27

Es una visión del niño que permite ubicarlo como un sujeto en desarrollo pero, sujeto de derechos no sólo pasivos, sino de derechos activos como la libertad de expresión e información, de asociación o reunión, de participación, de conciencia, de pensamiento, entre otros.

Todo ello proviene de los instrumentos más mediatos referidos a la niñez, así el primer instrumento enunciativo de los derechos humanos de los niños fue la Declaración de Ginebra, promulgada por la Asociación Internacional de Protección a la Infancia y que fue aprobada por la Sociedad de Naciones en su quinta asamblea el 26 de diciembre de 1924, revisada en 1946.

La Declaración contiene siete principios básicos referidos a los niños y que son parte esencial para la proyección e instauración, al menos teórica, de parte de sus derechos fundamentales:

- 1) deber de protección
- 2) respeto a la integralidad de su familia
- 3) deber de ser puesto en condiciones de desarrollo
- 4) deber de asistirlo
- 5) deber de socorrerlo en caso de calamidad
- 6) disfrute de la seguridad social y
- 7) derecho a recibir una educación

A pesar de lo anterior, estos principios continúan refiriéndose a los niños a partir de la visión de que la familia tiene que garantizar la satisfacción de los mismos, una cuestión que estimamos más que oportuna pero en donde debemos avanzar, ante la disgregación de la misma, y ante situaciones nuevas que nos invitan a la reflexión en clave de migración.

Posterior a la Declaración de Ginebra, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>246</sup>, instrumento internacional no vinculatorio

---

<sup>246</sup>Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

que reconoce que los niños son sujetos de derechos y así se proclama:

- 1) disfrute de todos los derechos sin discriminación
- 2) protección y consideración del interés superior del niño
- 3) derecho a un nombre y una nacionalidad
- 4) el derecho a la salud, alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos
- 5) el derecho del niño física o mentalmente impedido a recibir atención especial
- 6) el derecho a la vinculación afectiva y a no separarse de sus padres
- 7) el derecho a la educación y al juego
- 8) el derecho a la prioridad en protección y socorro
- 9) el derecho a la protección contra el abandono, la crueldad y la explotación
- 10) el derecho a la protección en contra de la discriminación

Posteriormente, y apegados al orden cronológico, la multimencionada Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 con un preámbulo y 54 artículos incluye los derechos del niño y crea un órgano de vigilancia –el Comité de los Derechos del Niño- para el cumplimiento de estos postulados en los Estados Partes y para la presentación de informes periódicos<sup>247</sup>. Este convenio destaca, entre otras cuestiones, por la clasificación de los derechos enmarcados en dicha normativa convencional<sup>248</sup>:

---

<sup>247</sup>HIERRO, Liborio L., El niño y los derechos humanos, Derechos de los Niños: Una contribución teórica. Biblioteca de ética filosofía del derecho y política, México, 2004.

<sup>248</sup>GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Adopción internacional. A propósito del entorno familiar y otros tipos de tutela” en González Contró, Mónica (Coord.), Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los derechos del niño, México, Save the Children- IJJ-UNAM, 2011, (en prensa).

1. derecho a la protección y el cuidado (arts. 3, 18 y 27);
2. al derecho a un ambiente familiar (arts. 5, 9, 10, 18 y 20);
3. derecho a una identidad, nombre, nacionalidad y a un status familiar (art. 7 y 8);
4. derecho a ser cuidado y guiado por sus padres (art. 7 y 14);
5. derecho a las relaciones y contactos familiares (art. 9);
6. protección contra los traslados y retención ilícitos (art. 11);
7. derecho a la integridad física (art. 19);
8. adopción (art. 21);
9. derecho a examen del tratamiento e internación (art. 25);
10. responsabilidad de proporcionar condiciones para el desarrollo (art. 27);
11. medidas para asegurar el pago de la pensión alimenticia (art. 27) y
12. promoción de la recuperación y reintegración de las víctimas (art. 39).

La Convención de Naciones Unidas de 1989 aportó dos elementos de interés y que concretamos, para redundar en su importancia: 1. no se trata de un texto declarativo de derechos o principios generales como la Declaración de Ginebra o la Declaración del Niño de 1959, sino que se trata de un instrumento jurídico vinculante y 2. conceptúa al niño más como objeto que como sujeto de derechos, que afirma que el niño es sujeto de derechos en los ámbitos de la igualdad, la libertad y la seguridad; de ahí que el niño sea considerado como un ciudadano en desarrollo con derechos, donde participa activamente<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup>HIERRO, Liborio L op. Cit. p.188. Para no dejar de perfilar este panorama, aún con la reiteración marcada a lo largo de este texto, la Convención tiene dos protocolos

Como vemos, los cuerpos normativos internacionales más trascendentes en la materia en pocas –pero acertadas- ocasiones se centran en definir la minoridad migrantes no acompañada o separada y exponer los canales más adecuados para la protección de los mismos; no obstante, las referencias y la identificación del problema está patente y así, por lo que se refiere al contexto mexicano, en este apartado dedicado al marco y ámbito definitorio en torno a menores migrantes no acompañados, debemos marcar, a tenor de la citada Circular 001/2010 del INM, que los artículos 1, 2 y 4 de dicho cuerpo normativo considera como un niño, niña o adolescente – no acompañado- a todo menor de 18 años de edad no acompañado por un familiar consanguíneo en primer grado, alojado en una estación migratoria o puesto a disposición de las autoridades de migración para cuya protección se prevé la actuación de oficiales de protección de la infancia (OPI’s), adscritos al INM y capacitados en la atención especializada de niños, con el fin de orientarlos y protegerlos<sup>250</sup>. En este sentido, con la restricción emitida al primer grado consanguíneo y que, como veremos, se distancia de otras definiciones emitidas por organismos internacionales también al referirse a la entrevista realizada por los OPI’s, establece que ésta también tendrá como objeto determinar si entraron al territorio nacional acompañados de

---

facultativos: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Ambos instrumentos fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU en la resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

<sup>250</sup>Hacemos hincapié que derivada de la normatividad internacional, en materia de derechos humanos, se prevé que los guardianes y tutores de la infancia pertenezcan a una institución independiente, distinta de la autoridad migratoria. Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para México, Cuba y América Central, “La protección internacional de las niñas y niños no acompañados ... “ op cit supra.

algún familiar consanguíneo en cualquier grado. De esta manera, merece la pena destacar, en este rubro definitorio, que la Circular no diferencia entre menores separados y no acompañados.

Como acabamos de expresar, la normativa internacional, en términos generales, entiende por menores separados a aquellos que se encuentran separados de ambos padres o de sus tutores pero no de otros familiares; por menores no acompañados entiende como aquéllos que se encuentran solos, sin compañía de ningún familiar, guardián o tutor legal<sup>251</sup>, la idoneidad o no de ceñirse a uno u otro concepto dependerá del grado o amplitud que le queramos, o debamos, dar a un tema de suprema trascendencia donde la protección es la premisa esencial y en donde su interés superior es el principio fundamental.

---

<sup>251</sup>Comité Internacional de la Cruz Roja, “Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children”, Ginebra, 2004.

## VII. *INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR*

Hay una serie de nociones elementales y de gran trascendencia cuando hablamos de menores migrantes no acompañados como por ejemplo el principio, siempre complejo, en torno al Interés Superior del Menor.

México, a partir de la firma y ratificación del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>252</sup>, dada su trascendencia e impacto, ha realizado una serie de reformas de gran relevancia entre la que destacamos, por el tema que nos ocupa, la reforma al artículo 4 de su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que eleva a rango constitucional, desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Federación de 7 de abril de 2000, el derecho de “los niños, niñas y adolescentes a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”, es decir, incorpora, por primera vez en el ordenamiento jurídico mexicano, una descripción amplia, y sobre todo puntual, de los derechos de niños y niñas. La aprobación de la ley reglamentaria de dicho artículo 4 constitucional, es decir, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>253</sup>, complementó el proceso iniciado desde la ratificación de la Convención de 1989.

---

<sup>252</sup>Derivamos a los comentarios expuestos por el profesor Vestri, en la primera parte de este libro, en torno al Comité de los Derechos del Niño.

<sup>253</sup>La Ley de protección de Niñas, Niños y Adolescentes de 20 de mayo de 2000, es reglamentaria del artículo 4, fracción sexta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello queda plasmado entre otros en la siguiente jurisprudencia, APELACIÓN. LOS AGRAVIOS EXPUESTOS EN ELLA DEBEN EXAMINARSE CONFORME AL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA. Conforme al artículo 423 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, la materia de la apelación debe constreñirse a lo expuesto en los agravios planteados ante la Sala responsable. Sin embargo, tratándose de juicios en los que se controviertan derechos de niñas, niños y adolescentes, debe atenderse a la regla especial de vigilar y tutelar su beneficio directo, por

Pero no es suficiente, cualquier Carta Magna, cualquier instrumento internacional o cualquier norma interna que se precie no actúa como una especie de alquimia que desactiva todas aquellas situaciones anómalas por el solo hecho de estar establecida en su Constitución o a través de normas jurídicas que cumplen con un orden de prelación jerárquico determinado. Si bien es cierto que los avances logrados, en el contexto mexicano, son de consideración y dignos de elogios, éstos no son suficientes. La idea por la que transitamos nos permite visualizar que hay que ir más allá y transformar, en un todo coherente: el discurso político, legislativo, jurisprudencial, académico, etcétera, a favor de la niñez, es decir, que se transite en una sola dirección que

---

lo que los tribunales ordinarios deben examinar oficiosamente las constancias puestas a su consideración para poder determinar si se cumplió con ese alto principio de protección y no sólo ceñirse al análisis literal de los agravios, porque de hacerlo no se atendería al interés superior de la infancia, que constituye el principio fundamental establecido por el artículo 4o. de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria del párrafo 6o. del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de mayo de dos mil, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Clave: II.3o.C. , Núm.: J/6 Amparo directo 935/2000. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano. Amparo directo 619/2002. 6 de noviembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Elizabeth Serrato Guiza. Amparo en revisión 281/2002. 28 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretario: José Fernando García Quiroz. Amparo directo 695/2002. 18 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Benilda Cordero Román. Amparo directo 184/2003. 1o. de abril de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretario: José Fernando García Quiroz.

culmina en la protección integral de la infancia universal<sup>254</sup>.

Llegados a este punto, tenemos que el Interés Superior del Menor debe tener como primer eslabón normativo de referencia el mencionado artículo 4, párrafo sexto, CPEUM, aún sin que se mencione expresamente, y de manera textual, que el objetivo de dicha reforma fue, precisamente, el multimencionado Interés Superior del Menor o del Niño, Niña y Adolescente. De manera paralela, dicho cuerpo normativo autónomo o interno mexicano viene acompañado de una serie de tesis jurisprudenciales, entre la que destacamos por su concreción, la siguiente:

---

<sup>254</sup>Los niños no son el futuro; los niños, primero, son el presente y para dar cobertura a este tiempo, que no es solo verbal, necesitamos un espacio para: 1. la reflexión en donde se valore el punto en el que nos encontramos en relación con la efectividad de las garantías de los derechos de los niños y las niñas; 2. se valore la revisión de los cambios efectuados y los cambios que quedan por efectuar; 3. proponer cuestiones puntuales en torno a la aplicación de la Convención de 1989 y su desarrollo posterior y, por último 4. dar el espaldarazo necesario hacia la sensibilización de la sociedad, en su totalidad.

MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA. De la interpretación del artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de aquel precepto y con la Convención sobre los Derechos del Niño, se advierte que el principio del interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores. De ahí que para el análisis de la constitucionalidad de una regulación respecto de menores de 18 años, sea prioritario, en un ejercicio de ponderación, el reconocimiento de dichos principios<sup>255</sup>.

---

<sup>255</sup>XLV/2008. Acción de inconstitucionalidad 11/2005. Procurador General de la República. 8 de noviembre de 2007. Mayoría de seis votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y José Ramón Cossío Díaz. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el doce de mayo en curso, aprobó, con el número XLV/2008, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a doce de mayo de dos mil ocho. Nota: La ejecutoria relativa a la acción de inconstitucionalidad 11/2005, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, febrero de 2008, página 1292.

Para completar el marco normativo genérico mexicano debemos tener también en cuenta, como ya hemos mencionado, la Ley para la protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de 29 de mayo de 2000, en cuyos artículos 3, 4, 24 y 45 se deja constancia expresa de la importancia del Interés Superior del Menor. Teniendo como referencia estos dos cuerpos normativos generales, se vuelve a concebir que el “interés superior del menor” es y será un concepto jurídico indeterminado marcado por dos notas características<sup>256</sup>:

a) La relatividad<sup>257</sup>

b) La movilidad y su consiguiente necesidad de adaptación a las nuevas realidades<sup>258</sup>. Así, sostenemos que esta indeterminación la justificamos por la necesidad que tiene de adecuarse a las nuevas necesidades fruto de una creciente internacionalización de las relaciones familiares en las que se encuentra implicado un menor. En este punto es necesario señalar que este concepto no sólo tiene implicaciones jurídicas, en cuanto titular de derechos, sino también implicaciones humanas-sociológicas en cuanto persona que siente, piensa y a la que debe respetarse dichas dimensiones<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria et RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, El interés superior del menor ... op cit supra.

<sup>257</sup> Así, se ha llegado a afirmar que “es muy difícil, sin embargo, definir (intentarlo siquiera) con cierta pretensión de generalidad qué es o en qué consiste el interés del menor, o apuntar ideas apriorísticas en ese sentido y con alguna validez como concepto o categoría general, dado el relativismo que enseguida se adivina al abordarlo”. RIVERO HERNÁNDEZ, F. op. cit. p. 62.

<sup>258</sup> El elevado número de estudios referentes al menor y, en concreto, al “Interés Superior del Menor”, aunado al importante número de instrumentos normativos, autónomos, convenciones o declaraciones, reflejan, de una u otra manera, que es imprescindible ocuparse de los menores, de sus necesidades, de sus preocupaciones, de todo su mundo; estos estudios muestran la importancia de este tema a la par que la necesaria toma de conciencia por los ciudadanos. Es evidente la necesidad actual de hacer frente a todos los aspectos que rodean al menor debido a su creciente importancia jurídica y social, dos aristas que deben ser estudiadas conjuntamente en aras de dar una protección integral al menor.

<sup>259</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. op cit p. 58

## 1. RELATIVIDAD

Respecto a la característica de la relatividad se ha señalado que “al interpretar el interés del menor hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. La formación de la decisión en la que se establece dónde se sitúa el interés del menor ha de hacerse siempre con la consideración de todos los datos que conforman la situación del menor y donde es imprescindible tener en cuenta las circunstancias concretas de los protagonistas que le rodean”<sup>260</sup>. Así, la concreción de este término dará lugar a una “relatividad de soluciones” la cual en los supuestos de la minoridad migrante no acompañada es por demás necesario.

Una relatividad estatal de soluciones desde que cada sociedad, puede tener un concepto distinto de lo que al menor le interesa<sup>261</sup>. En este sentido, la doctrina ha mencionado que “el propio significado y contenido del concepto depende de múltiples otros parámetros: axiológicos, intelectuales, jurídicos y sociales, referidos al propio menor, pero también desde la perspectiva de quien deba apreciar su interés. Por un lado, está la complejidad de la persona, y más la de un niño, en su dimensión humana, con su mundo de sentimientos, no menos importantes que el de lo racional; por otra parte, detrás de la idea del interés del menor hay toda una concepción de su papel en la familia y la sociedad, y de cómo entender y abordar la cuestión de su educación (en el sentido más lato: convertir al niño en adulto)”<sup>262</sup>.

Atender y valorar el interés superior del menor en atención a cada situación

---

<sup>260</sup>HERRANZ BALLESTEROS, M., El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Lex Nova, España, 2004, p. 53.

<sup>261</sup>MOYA ESCUDERO, M. op. cit. p. 7.

<sup>262</sup>RIVERO HERNÁNDEZ, F. op. cit. p. 147.

particular o personal parte de la misma característica del relativismo, dependiente de la personalidad de quien lo aprecie y quien lo determine *in concreto*<sup>263</sup>.

Así las cosas, debemos señalar que a la relatividad y dificultad de dar una definición de este concepto en el contexto de los Derechos internos se suma con especial intensidad la dificultad de hacerlo en el contexto de los instrumentos internacionales, donde debe alcanzarse un consenso con las concurrencia de importantes diferencias culturales. En este sentido, por ejemplo, se ha señalado que “las diferencias entre las concepciones occidentales y otras culturas (fundamentalmente de tradición islámica) sobre la familia y la sociedad conllevan inevitablemente que la misma noción de interés del menor cubra valores diferentes en unas y otras”<sup>264</sup>. Si hablamos de sociedades globalizadoras o integradoras, cómo podemos hacer para proteger al menor que transita cruzando fronteras y a quienes les son vulnerados, sistemáticamente, sus derechos y que siempre se deriven en su interés superior sin que medie otros intereses. Derivado de esta divergencia de opiniones y concepciones del menor y de su interés, derivadas del contexto social, cultural, religioso o incluso político, cómo se puede decidir cuál es el interés –final- superior del menor. La situación actual de no contar con una definición convencional del término nace de las diferentes culturas jurídicas que existen. La presencia de este concepto jurídico indeterminado exige a todos y cada uno de los operadores jurídicos una mayor responsabilidad y esfuerzo en el diseño de los parámetros, máximos y mínimos, en los que debe moverse el diseño del interés superior del menor. Estos parámetros deben tener en cuenta como criterio rector para elaborar normas que afecten a

---

<sup>263</sup>Ibidem, pp. 152-153.

<sup>264</sup>GARCÍA CANO, S. “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”, Revista de la facultad de derecho de la Universidad de Granada, España, 3 época, núm. 7, 2004, p. 537.

todos los ámbitos del menor, el desarrollo y ejercicio pleno de los derechos del menor. En este sentido, en México encontramos la siguiente jurisprudencia:

*INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño" <sup>265</sup>*

Consideramos, según lo expresado en torno a la relatividad, que un buen punto de partida para fijar este concepto jurídico indeterminado parte de la promoción de la autonomía de los menores, dándoles las herramientas necesarias para incentivar su independencia y crecimiento; además de promover la ubicación del mismo según el caso concreto y según el lugar específico en el que se pretende implementar.

---

<sup>265</sup>Clave: 1a., Núm.: CXLI/2007. Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

## 2. MOVILIDAD

Por lo que respecta a la segunda característica, la movilidad, señalamos que este concepto debe “ir ceñido en el mismo menor a su evolución personal y cambios vitales con el paso del tiempo u otros avatares que afectan a su “circunstancia”<sup>266</sup>. Así, las nuevas necesidades que surjan alrededor de los menores, motivadas principalmente por los cambios, son las que irán marcando los parámetros en los que ha de moverse este concepto.

La falta de definición se justifica por la necesidad de aceptar el innato dinamismo de este concepto y evita encapsularlo en una concreta realidad social, cultural, política y jurídica que pueda ser superada rápidamente, no respondiendo a las necesidades de reciente aparición relacionadas con los menores. Así, cualquier situación no prevista o superada por la definición dejaría de ser solucionada. Estamos ante un término que, por su volatilidad, no se ha conseguido definir ni doctrinal ni normativamente hablando; una ausencia conceptual que alabamos en todo punto.

Si bien esta ausencia conlleva ciertas debilidades marcadas por las incertidumbres y los amplios márgenes de actuación judicial que pueden derivar en una relación de prueba-error, no cabe desconocer que también tienen aparejadas serias fortalezas las cuales se traducen en su adaptación personalizada a las necesidades que puedan aparecer en la vida de un menor<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. op. cit. p. 70.

<sup>267</sup>La ausencia de definición no ha pasado desapercibida por la doctrina “Mucho se ha discutido al tiempo de elaborar la Convención de los Derechos del Niño sobre la conveniencia o no de arribar al concepto de “interés superior del menor”. ETEL RAPALLINI, L.: Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año XLIV, Núm. 65, Argentina, 2004, p. 101; GARCÍA CANO, S. op. cit. p. 535 quien señala que

Con los elementos expuestos podemos encontrar una situación disyuntiva, es decir, desde un punto de vista cualitativo estimamos que las ventajas superan a las desventajas en esta ausencia de conceptualización teórica. Ventajas que son más destacadas si contamos, en contrapartida, con elementos y parámetros mínimos que ayuden a delimitar este concepto jurídico. En este orden de ideas consideramos que la falta de definición hace que los operadores jurídicos agudicen su imaginación y busquen una protección integral de los menores de forma casuística<sup>268</sup>, siempre con la vista puesta “en una permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares”<sup>269</sup>.

Ante esta variedad de posturas debemos señalar que coincidimos con Durán Ayago al expresar que “el concepto del interés del menor estriba, en fin, en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número

---

“El interés del menor, en cuanto concepto jurídico indeterminado, se revela a priori como una noción intrínsecamente amplia, genérica, vaga, movediza e indefinible”; Pérez Vera en el Informe explicativo relativo al Convenio de sustracción de menores señala que “a este respecto, se ha puesto de manifiesto con razón que “la norma jurídica que descansa sobre “el interés superior del menor” es, a primera vista, de tal imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta”, <http://hchh.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf> párrafos 20, 21, 23 y 24.

<sup>268</sup>De esta opinión encontramos a MARTÍNEZ GALLEGO, E.M. “La Ley 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en España”, en Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 242-245 al señalar que “no se nos escapa lo abstracto que en ocasiones es dicho concepto, y la necesidad de adaptar el mismo al caso concreto”.

<sup>269</sup>Como señala la doctrina “No es posible dar una definición acabada de “protección integral de los derechos de los niños”. Sin embargo, sí es posible afirmar que en América Latina, cuando hoy se habla de protección integral se habla de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes... Se advierte entonces que protección integral como protección de derechos es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares”, BELLOF, M.: “Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular” en Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006, pp. 109-110.

de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en protección de futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal”<sup>270</sup>.

Por todo lo anterior y haciendo un balance personal, ante los caracteres de relatividad y movilidad, consideramos y reiteramos que lejos de criticar esta ausencia de definición, la alabamos, al dejar en manos de los distintos operadores jurídicos una labor de adecuación de este concepto de manera casuística<sup>271</sup>. Alabanza que descansa, en último término, en la confianza que debemos depositar en que los distintos operadores jurídicos delimiten y fijen dicho término de la manera más correcta. Es por ello que nos sumamos a la postura de García Cano cuando expresa que “no hay más que concluir que el interés del menor no es un concepto abstracto, sino que posee nombre y apellidos, y una nacionalidad y un lugar de residencia, y unas circunstancias que moldean al menor. Cada caso exigirá una respuesta concreta, personalizada, en el que la autoridad competente ha de ser, con carácter general, la más cercana al menor, que será la que mejor preparada esté para conocer su situación, y cuya respuesta debe ser valorada, medida y justificada en las circunstancias que lo rodeen”<sup>272</sup>.

El interés del menor –concepto y standard de difícil definición-, es uno de los principios y valores emergentes del moderno Derecho de la persona y de la familia.

---

<sup>270</sup>DURÁN AYAGO, A. op. cit. p. 92.

<sup>271</sup>En este sentido se ha llegado a señalar que “la concreción de cuál sea el interés del menor debe ser realizada in casu tanto por el legislador en el momento de regular una situación concreta que afecte a los menores, como principalmente por las autoridades judiciales y administrativas que, en cada caso concreto, deban aplicar la norma de Derecho interno o Derecho convencional/institucional específica”, GARCÍA CANO, S. op. cit. p. 536.

<sup>272</sup>DURÁN AYAGO, A. op. cit. p. 169.

Las directrices mínimas, que no máximas, que en esta labor de concreción deben presentarse para la conceptualización del interés superior del menor son:

1. la dignidad humana, la cual debe adaptarse a las características y necesidades propias de la infancia; debe partirse de una protección al menor que repercuta y potencie sus habilidades teniendo como referente sus necesidades y cuidados especiales derivados de su edad y éste es, como se puede apreciar, es parte del segundo criterio;

2. así, en atención a la edad y por ello madurez, experiencia, inocencia y espontaneidad se debe ubicar, asimismo, su interés superior;

3. en orden a delimitar los contornos de este concepto entendemos que no cabe desconocer que el interés superior del menor tiene una relación estrecha con los principios de igualdad y no discriminación entre menores en un mismo contexto familiar así como con el principio de seguridad jurídica;

4. por último, para la delimitación del interés superior del menor y los parámetros necesarios hay que tener en cuenta, para así concretarlo, que el menor sea escuchado; ahora bien, su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada dependiendo de su grado de madurez <sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup>En este sentido, la jurisprudencia mexicana ha sido constante y así queremos destacar: MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. Clave: VII.2o.C. , Núm.: J/15. Amparo directo 1020/2002. 26 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Omar Liévanos Ruiz. Amparo directo 1088/2002. 24 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente:

Si todo ello lo aterrizamos en el retorno o repatriación de menores migrantes no acompañados y la solicitud, como generalidad de la normativa más reciente, de una repatriación expedita e incuestionable, tenemos situaciones en los que hay menores en los que la repatriación no es la vía idónea porque ya no tienen a familiares en su país de origen o cuando sus padres ya están en los Estados Unidos de América o en otro país distinto al suyo, ¿qué les espera a estos menores, vivir albergados bajo la tutela de la asistencia social de su país hasta cumplir su mayoría de edad? ¿qué ocurre con aquellos menores que huyeron de su país de origen víctimas de la explotación sexual, laboral, etcétera? o incluso, yendo más allá, ante situaciones reflejadas en la prensa ¿qué ocurre con aquellos menores nacidos en los Estados Unidos de América y a quien repatrian es a su mamá al no tener su situación migratoria resuelta? El tema es amplio, pareciera inagotable, pero precisamente en el cuidado debido y en la búsqueda de soluciones casi personalizadas, estará el éxito de una buena política migratoria en clave del interés superior del menor, de acuerdo al caso concreto.

---

Isidro Pedro Alcántara Valdés. Secretaria: María Concepción Morán Herrera. Amparo directo 992/2002. 31 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Lucio Huesca Ballesteros. Amparo directo 1502/2002. 27 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 422/2003. 22 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Omar Liévanos Ruiz. MENORES, TESTIMONIO DE LOS, EN LOS JUICIOS DE CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR. SU RECEPCIÓN Y DESAHOGO NO ESTÁN SUJETOS A LAS FORMALIDADES QUE RIGEN LA PRUEBA TESTIMONIAL, PORQUE SE TRATA DE UN ELEMENTO DE CONVICCIÓN QUE DEBE SER APRECIADO LIBREMENTE PARA DECIDIR CON BASE EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Clave: II.3o.C. , Núm.: 55 C Amparo directo 765/2002. 4 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuatla; entre otras.

No siempre la reintegración familiar, en los términos expuestos, es la vía atendiendo al interés superior del menor e incluso la prevención de que los menores no reincidan en el cruce de fronteras no es el medio lógico de su protección, sino visualizar circunstancias, casuística, particulares y derivada de ella buscar los canales, nacionales e internacionales, para que el menor esté donde le corresponde, llevando una vía plena con la máxima felicidad. El peligro se manifiesta en torno a la minoridad migrante no acompaña de múltiples y diversas maneras, y creemos que lo hemos dejado patente en estas líneas, a través de abusos de muy diferente naturaleza –antes, durante y al final de su tránsito transmigratorio-, pero el peligro también se hace patente en la repatriación y retorno del menor migrante no acompañado. Si consideramos que en la frontera norte cada hora es deportado, al menos, un niño sin acompañante<sup>274</sup> y que el procedimiento tiene claros visos de arbitrariedad, ¿cómo podemos hablar que actuamos en interés superior de dicha minoridad cuando, de manera acrítica, estamos ante una solicitud de repatriación y retorno?

---

<sup>274</sup>GUTIÉRREZ RUELAS, U., “Sonora, cada hora: un niño solo es deportado”, La Jornada Migración, 8 de octubre de 2008, <http://migracion.jornada.com.mx/migración/noticias/menores-deportados-el-hilo-delgado-de-la-migración.html>.

### **VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.**

En México, el marco legal de extranjería está inscrito en dos cuerpos normativos: la Ley General de Población y la Ley de Nacionalidad, lo cual implica una dualidad de visiones, una dualidad de tratamientos a los extranjeros, una dualidad de autoridades, etcétera. La doctrina actual expresa la idoneidad de consolidar esta normativa relativa a los extranjeros en una única ley de extranjería en donde los temas migratorios sean tratados de manera independiente a la materia demográfica. La globalización implica, preponderantemente, una puesta en común de intereses económicos –y no sociales- en donde la frontera toma un matiz tenue pero éstas, las fronteras, siguen existiendo y más para aquella población vulnerable, por antonomasia. El reconocimiento de un *ius migrandi* sería un gran logro y su respeto, hasta las últimas consecuencias, sería el mayor de los retos, en donde escapar de sociedades represoras –a cualquier nivel- o de sociedades generadoras de pobreza debiera ser un derecho inalienable, donde el derecho a buscar una mejor forma de vida debiera ir ligada a las máximas garantías para hacer realidad ese derecho evitando, de esta manera, una migración indocumentada o irregular y facilitando las internaciones. Y no es una panacea, aunque sí un obstáculo de grandes proporciones, que un Estado, con todo lo que ello conlleva en sus relaciones internacionales –integradoras o globalizadoras- sea congruente con la realidad y permita legislar en este sentido, es decir, que promulgue leyes que vayan en una inequívoca dirección de protección a una ciudadanía universal que busca opciones de vida en cualquier Estado; incluir la posibilidad de trabajo no calificado –para la migración económica- y así dar legalidad y entrada ordenada; debería eliminarse la imposición de no dar un trabajo a un extranjero o migrante irregular pero no sólo hasta que cubran las vacantes de un sector servicio en una época de bonanza sino que se legisle no sólo para beneficio de los de dentro sino para beneficio de todos,

los de dentro y los de fuera, porque con ello estaremos en la procuración de una sociedad más integradora y más consciente del apoyo mutuo; con menos rencores, con menos reticencia hacia lo extraño, hacia lo extranjero y así, “como el que no quiere la cosa”, le quitemos parcelas de poder y lucro a las redes de delincuencia organizada. La crisis pareciera ser civilizatoria, es decir, crisis de la civilización desde que incumbe al área financiera, económica, alimentaria, social, energética, ambiental, militar, moral, humanitaria... donde en el marco de referencia de los procesos globales tiene un lugar destacado la migración con una consecuencia directa que es la desintegración familiar ante una disminución de la capacidad económica, la reubicación en otras actividades... es decir, los fenómenos globales tiene una relación directa en el funcionamiento de las instancias sociales y las condiciones de vida.

Como hemos expuesto, en México hay una extensa normatividad que, en principio, pretende regular los movimientos migratorios pero el balance, hasta la fecha, deja mucho que desear. Si con optimismo vemos que hay una inercia, digamos a partir de 2010, hacia la consecución de un cambio que vaya en la dirección de proteger a los sectores más vulnerables de las sociedades y en concreto a la infancia migrante no acompañada, vemos con júbilo la implementación de leyes como la estipulada a través de la Circular 001/2010 del INM. Vemos que a pesar de ser más que plausible la configuración en México de una normativa relacionada con los menores migrantes no acompañados, tenemos algunos resquicios que no han quedado bien determinados o solventados. Por un lado, se visualiza que no hay un ajuste completo, o armónico, con la normativa o directrices internacionales de protección a derechos humanos como por ejemplo, un marco conceptual inequívoco que determine diferencias entre menores separados y menores no acompañados, o un procedimiento cuidado para la determinación de la edad del menor o, en su defecto, respetar las cánones establecidos en el

ámbito internacional, como puede ser otorgar el beneficio de la duda sin utilizar ningún mecanismo que pueda conllevar algún tipo de práctica de convencimiento para que exprese los datos solicitados. Por otro lado, no se visualiza una profundización sobre la atención brindada a los menores durante su estancia en territorio nacional, se dejan lagunas importantes en este terreno sobre cuestiones de “inmediatez” o de “instituciones especializadas”, etcétera. En definitiva, ese principio toral que debe permear toda cuestión jurídica relacionado con los menores y que no se debe de salir, ni un ápice, del principio del interés superior del menor; ésta es la medida insoslayable para un buen e intachable manejo de la protección internacional de los menores cuando hablamos de menores migrantes no acompañados.

La tendencia deriva hacia una nueva concepción de la figura que representa el menor, la cual debe englobar y armonizar tanto su ámbito jurídico como social; lo anterior implica el reto de admitir la existencia de deficiencias y como consecuencia de ello la superación de una concepción de la protección del menor ampliamente desfasada.

Aunque no ha sido un tema explotado en esta contribución, a nadie se le escapa tampoco que la simbiosis entre legislación, nacional e internacional, con su debido respeto y la construcción de políticas públicas con perspectivas de niñez, para la protección integral de la minoridad migrante no acompañada es un eslabón principal. Tan sólo seguimos hablando de las mejores intenciones pero no podemos proyectar nada si no hay, previamente, un presupuesto con perspectiva de niñez. Esta es la verdadera asignatura pendiente para la proyección de metas como las que son objeto de este libro.

## IX. FUENTES.

AASEN, Bernt, “Prólogo” en *La infancia vulnerable de México en un mundo globalizado*, México, UNICEF-UAM, 2001.

ALCARAZ MONDRAGÓN, Eduardo, “El tráfico ilícito de migrantes. El caso Estados Unidos y México” en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.), Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo II. Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho Comparado. Temas diversos, México, UNAM, 2006.

ÁLVAREZ, Juan, “Falta de acuerdo permite la operación del crimen”. *noticiasnet.mx* del 29 de marzo de 2011. <http://www.noticiasnet.mx/portal/principal/falta-acuerdo-permite-operacion-del-crimen> .

ARIZA, Marina et PORTES, Alejandro (Coords.), *El país transnacional: migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, México, UNAM-INM-Miguel Ángel Porrúa, 2010.

ARIZPE, Lourdes (Coord.), *Los retos culturales de México*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2004.

BELLOF, M.: “Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular” en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006..

BERRAZ, C., *La protección Internacional del Menor en el Derecho Internacional Privado*, Argentina, UNL, 2000.

BHABHA, Jaqueline, “*Arendt’s Children: Do Today Migrant Children Have a Right to Have Rights?*”, Human Rights Quarterly, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, vol, 31, núm. 2, mayo 2009, pp. 410-451.

BUSTAMANTE, Jorge Resolución 64/166 de la Asamblea General y la Resolución 8/10 del Consejo de Derechos Humanos, Doc. A/65/222, 3 de agosto de 2010, párrafo 104.

BUSTAMANTE, Jorge, Misión a México (9 al 16 de marzo de 2008), Doc. A/HRC/11/7/Add.2, 24 de marzo de 2009, párrafo 41 y 43.

CALLEROS ALARCÓN, Juan Carlos, “*Menores migrantes: un reto para la sociedad y el Estado*”, INM, México, núm. 2, febrero 2008, p. 13.

CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, “*Los menores extranjeros no acompañados*” en RODRÍGUEZ BENOT, Andrés et HORNERO MÉNDEZ, César (Coords.) El nuevo derecho de extranjería, Granada, Comares, 2001.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “*Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children*”, Ginebra, 2004.

DELGADO WISE, Raúl; MÁRQUEZ COVARRUBIAS, Humberto et PÉREZ VEYNA, Óscar, “*El abaratamiento de la fuerza de trabajo mexicana en la integración económica de México a Estados Unidos*”, El Cotidiano. Revista de la Realidad Mexicana Actual, México, núm. 143.

DREYZIN DE KLOR, A. (coord.) *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Argentina, Advocatus, 1996.

DURÁN AYAGO, Antonia. *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico*, España, Colex, 2004.

EDEL RAPALLINI, L.: *Los tratados sobre cooperación internacional entre autoridades aplicados a los derechos de la niñez*”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año XLIV, Núm. 65, Argentina, 2004.

FARAH GEBARA, Mauricio, “*Los derechos humanos ante la niñez migrante y víctima de trata y explotación*” en *Niñez migrante. Trata y explotación infantil en México. Temas emergentes en la agenda nacional. Foro sobre niñez migrante y explotación infantil*, México, CNDH-UNICEF, 2009.

GALLO CAMPOS, Karla Irendira, “*Niñez migrante: blanco fácil para la discriminación*” en *Derechos humanos de los migrantes*, México, SRE, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005.

GALLO CAMPOS, Karla Iréndira. “*Niñez migrante en la frontera norte: Legislación y procesos.*” México, UNICEF. 2004 .

GALLO CAMPOS, Karla Iréndira, “*Niños, niñas y adolescentes. Tráfico y Trata. Revisión legislativa y de gestión migratoria*” en *Comisión Nacional de Derechos Humanos, Seminario Internacional Tráfico Ilícito de Migrantes. Derechos Humanos e Instituciones Nacionales*, México, CNDH, 2008.

GARCÍA CANO, S. “*La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor*”, Revista de la facultad de derecho de la Universidad de Granada, España, 3 época, núm. 7, 2004.

GARCÍA CANO, Sandra. *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, España, Colex, 2003.

GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, “Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores”, en *Derechos de la Niñez*, México, IIJ-UNAM, 1990.

GERARDO MEJÍA, José “Repatriados más de 57 mil menores desde enero de 2008. INM”, *El Universal*, miércoles 21 de octubre de 2009. [http://eluniversal.com.mx/notas/vi\\_634846.html](http://eluniversal.com.mx/notas/vi_634846.html).

GLICK, Jennifer E., “Academic Performance of Young Children in Immigrant Families: The Significance of Race, Ethnicity, and National Origins”, *International Migration Review*, New York, vol. 41, núm. 2, summer 2007.

GONZÁLEZ CAMPOS, J., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., CALVO CARAVACA, A.L., VIRGÓS

SORIANO, M., AMORES CONRADO, M. y DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: *Derecho Internacional Privado*, parte especial, 6ª ed., España, Eurolex, 1995.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria et RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, 2011.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Adopción internacional. A propósito del entorno familiar y otros tipos de tutela” en González Contró, Mónica (Coord.), *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los derechos del niño*, México, Save the Children- IIJ-UNAM, 2011, (en prensa).

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Régimen jurídico de la nacionalidad en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 33.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “*La migración como derecho fundamental*” en CIENFUEGOS SALGADO, David; MORALES SÁNCHEZ, Julieta et SANTOS BAUTISTA, Humberto (Coords.), *La migración en perspectiva. Fronteras, educación y derecho*, México, Secretaría de Asuntos Indígenas del Gobierno del Estado de Guerrero- Fundación Académica Guerrerense-El Colegio de Guerrero- Universidad Pedagógica Nacional, Unidad 12, 2008.

GUTIÉRREZ RUELAS, U., “*Sonora, cada hora: un niño solo es deportado*”, *La Jornada Migración*, 8 de octubre de 2008, [http://migracion.jornada.com.mx/migración/noticias/menores\\_deportados-el-hilo-delgado-de-la-migración.html](http://migracion.jornada.com.mx/migración/noticias/menores_deportados-el-hilo-delgado-de-la-migración.html).

HERNÁNDEZ CASTRO, Rocío, *Menores infractores en la frontera México-Estados Unidos. Cultura e identidad frente al papel de las instituciones. Estudios de casos, 1996-2008*, México, Cámara de Diputados-UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 2009.

HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, España, 2004.

HIERRO, Liborio L., *El niño y los derechos humanos, Derechos de los Niños: Una contribución teórica. Biblioteca de ética filosofía del derecho y política*, México, 2004.

JIMÉNEZ ORNELAS, René Alejandro et MORENO ALVA, Lucia Mirell, “*Trata de personas, esclavitud del siglo XXI*” en *Diario de Campo*, México, suplemento núm. 40, noviembre/diciembre 2006.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “*Modelos de protección penal de los inmigrantes*” en MAQUEDA ABREU, Consuelo et MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M., *Derechos humanos: temas y problemas*, México, UNAM, 2010.

MARTÍNEZ GALLEGO, E.M. “*La Ley 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en España*”, en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006.

MOYA ESCUDERO, M. *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998.

NACIONES UNIDAS, Observaciones preliminares, “*El grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas e involuntarias concluye su visita a México*” <http://www.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm>. Observación General No.6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Comité de los Derechos del Niño, 39 periodo de sesiones, 17 de mayo a 3 de junio de 2005, CRC/GC/2005/6, numeral 7.

OFICINA REGIONAL DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA MÉXICO, CUBA Y AMÉRICA CENTRAL, “*La protección internacional de las niñas y niños no acompañados o separados en la frontera sur de México 2006-2008*”,

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6684.pdf>.

ORTÍZ AHLF, Loretta, *El derecho al acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, México, UNAM, 2011 (en prensa).

RAMÍREZ ROMERO, Silvia Jaquelina, GARCÍA HIDALGO, Jorge O.; MUÑOZ

CASTELLANOS, Rocío Gabriela et ENCISO CRUZ, Perla Jazmín, *Más allá de la frontera, la niñez migrante: son las niñas y niños de todos. Estudio exploratorio sobre la protección de la niñez migrante repatriada en la frontera norte*, México, INDESOL-SEDESOL-Camino Posible S.C., 2009.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, España, Dykinson, 2007.

ROCCATTI VELÁZQUEZ, Mireille, “*Derechos humanos de las mujeres y los niños migrantes*”, Gaceta. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, núm. 106, mayo 1999.

RONQUILLO, Víctor, *Los niños de nadie. Trata de personas a rás de asfalto*, México, Ediciones B, 2007.

SÁNCHEZ CARREÑO, Sadot, “*Ley para prevenir y sancionar la trata de personas*” en MAQUEDA ABREU, Consuelo et MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M., *Derechos humanos: temas y problemas*, México, UNAM, 2010.

SÁNCHEZ, Verónica, “*Urgen a mejorar el trato para los niños migrantes*”. Agencia Reforma, consultado el 6 de febrero de 2011. <http://www.elmanana.com.mx/notas.asp?id=219475>

SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *Compilación de recomendaciones a México de los mecanismos internacionales y comités de derechos humanos de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos*, México, SRE, 2003.

SERRANO AVILÉS, Tomás et GARCÍA NÁJERA, Yesenia, *Alma de migrante*, México, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo-Promep-Miguel Ángel Porrúa, 2009.

TELLO MORENO, Luisa Fernanda, “*La protección a los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados*”, Revista del CENADEH, México, 2011 (en prensa).

TELLO OLVERA, Irma et CASTILLO LÓPEZ, Carlos, “*Modernización para atender la nueva cara de la migración*”, Revista La Nación, núm. 2327, año 67, septiembre 2009.

TORRES FALCÓN, Marta, *Con sus propias palabras. Relatos fragmentarios de víctimas de trata*, México, CEAMEG, 2010.

UNICEF-México. “*Niñez migrante en las fronteras*”  
[http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion\\_6931.htm](http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion_6931.htm).

UNICEF-México. “*Niñez migrante en las fronteras*”  
[http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion\\_6931.htm](http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion_6931.htm)

URIONDO DE MARTINOLI, A. “*Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores-CIDIP V, México, 1994*”, Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Argentina, vol. 3, núm. 1, 1995.

VV.AA., *Coloquio: Prevención y erradicación de la trata de personas en México*, México, UNAM- Centro de Estudios e Investigación en Desarrollo y Asistencia Social, 2007.

VV.AA., *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea, 2006.

VV.AA., *La trata de personas. Aspectos básicos*, México, INM, INMUJERES, OIM, 2006.

WIER, Betsy, “*Niñez migrante: detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados*”, Catholic Relief Services, enero 2010, p. 5 y 34.

<http://www.crsprogramquality.org/pubs/general/LACRO%20Migration-SPANICHE.pdf>.

ZÚÑIGA, Rubén, “*Complicado instalar garitas en toda la frontera: Hernández Fitzner*”, Diario del Sur, 13 de abril 2009, <http://www.cem.com.mx/diariodelsur/notas/n1122126.htm>.

ZÚÑIGA, Rubén, “*Complicado instalar garitas en toda la frontera: Hernández Fitzner*”, Diario del Sur, 13 de abril 2009.

## ***PÁGINAS WEB***

- [http:// www.iin.oea.org](http://www.iin.oea.org)
- <http://www.cem.com.mx/diariodelsur/notas/n1122126.htm>.
- <http://daccess-dds-ny.un.org/doc>
- <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf> párrafos 20, 21, 23 y 24.
- <http://redperuenutah.blogspot.com/2010/02/el-dilema-de-los-conservadores-y-la.html>; -[http://www.lavozarizona.com/lavoz/noticias/articles/2010/01/22/20100122\\_propuesta-CR.html](http://www.lavozarizona.com/lavoz/noticias/articles/2010/01/22/20100122_propuesta-CR.html).
- <http://www.cndh.org.mx/INFORMES/infEspSecMigra.pdf>.
- <http://www.dif.sip.gob.mx/?programas=estrategia-de-prevención-y-atención-a-niñas-niños-y-adolescentes-migrantes-no-acompañados>.
- <http://www.inm.gob.mx/index.php/blog/show/Menores-migrantes,-prioridad%3A-INM.html>.
- <http://www.iss-ssi.org/2009>.
- [http://www.mexicomigrante.com.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5937:reconoce-oea-estrategia-mexicana-para-proteger-a-menores-migrantes&catid=37:nightlife&Itemid=94](http://www.mexicomigrante.com.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=5937:reconoce-oea-estrategia-mexicana-para-proteger-a-menores-migrantes&catid=37:nightlife&Itemid=94)
- <http://www.tupuedessalvartuvida.org.vida/>;
- <http://niunoniunamas.blogspot.com/>
- [http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion\\_12170.htm](http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion_12170.htm)

## ***BIBLIOGRAFIA TEMATICA ON-LINE por Sara Musotti***

Este artículo presenta un mapeo de la información disponible en la web sobre menores migrantes no acompañados (MENA) que migran desde Marruecos a España y desde Centroamérica a México para luego desplazarse hacia Estados Unidos. Se basa en una revisión de las publicaciones, los proyectos y los informes que documentan dichas migraciones desde el punto de vista de España como país de llegada e integración y desde el punto de vista de México como país de tránsito de los menores centroamericanos, de iniciación de los menores mexicanos y de recepción de los MENA repatriados desde EEUU. Evidente por la naturaliza jurídica de los estados en cuestión y por la diferente característica del proceso migratorio no se quiere hacer ninguna comparación ni evaluación sobre dichos fenómenos, al contrario el objetivo de esta bibliografía esencial ha sido sumergirse en el mar de las fuentes electrónicas, revisados los estudios y los informes a lo que podemos recurrir como pauta para quien quiera acercarse al tema de los menores no acompañados desde un punto de vista holístico y complementaria a los dos artículos del libro.

Por lo dicho a muchos lectores dicha bibliografía aparecerá como incompleta y poco exhaustiva, todavía queremos explicar que por necesidades prácticas hemos tenido que seleccionar dichas fuentes en relación a los temas tratados y sobre todo al espacio disponible.

Por lo tanto, podemos definir esta recopilación de fuentes electrónicas, como la base imprescindible para tratar el tema de los menores no acompañado en España y en México y de los sistemas de gobierno que moldean este proceso migratorio, los criterios de selección han sido en primera estancia una elección territorial, eligiendo todas las fuentes institucionales desde a nivel internacional con especial atención al marco europeo y luego afinar la marida a los dos ámbitos nacionales y locales.

En segunda estancia una separación por las dos grandes aéreas de interés, la primera legislativa y la segunda social por social intentando incluir en dicho sector todas las entidades, centros y ONG que trabajan a nivel nacional y internacional con los menores extranjeros a diario desde varios puntos de vista como son la educación, la defensa de derechos humanos y la salud para lograr una completa inclusión del menor extranjero en nuestra sociedad.

En tercer lugar otro punto que hemos querido citar pero no enumerar es la actualidad entendido como medio de comunicación masivos como son la prensa, la televisión y la radio. Creemos que para tratar el tema de los menores acompañando y de los inmigrantes en general es de fundamental importancia tener en cuenta como son fotografiado en los principales medios de comunicación los menores.

En cuarta estancia, los datos estadísticos relativo a los MENA, en los dos países tratados, de dicho fenómeno hemos citado las fuentes institucionales porque creemos que de momento son las más atendibles, en fin consideramos de fundamental importancia tener en cuenta el fenómeno desde un punto de vista cuantístico para entender porque se adoptan o no ciertas medidas legislativas e sociales.

En fin considerando que lo que estamos tratando son temas de debate y actualidad creemos que los blog y las páginas de debate son muy importantes para tener en cuenta las distintas opiniones que se están teniendo con respecta a un tema tan delicado como es la defensa de los derecho a la infancia de todos los niños y niñas.

Esperamos que esta bibliografía comentada pueda representar una devolución adecuada y un instrumento útil a los que trabajan en instituciones publicadas o entidades privadas, trabajando en directo contacto con los menores así como a los investigadores, periodistas y a todas las personas que quieran profundizar las reflexiones sobre un fenómeno que, esperamos,

pueda pasar a ser enfocado desde una óptica típicamente de emergencia, que hoy se sigue adoptando.

### ***LEGISLACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL Y EUROPEO***

- Observatorio Internacional de Justicia Juvenil(OIJJ)<http://www.oijj.org/plantilla.php?pag=100500&idioma=es>
  
- Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa [http://www.coe.int/t/commissioner/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/commissioner/default_en.asp)
  
- OACHD, Oficina del Alto Comisariado de naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>, a nivel mexicano se encuentra también la pagina sobre la oficina con sede en Mexico en <http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/mexico/otr/acnur.htm>
  
- Dirección General de Educación y Cultura de la Comisión Europea, es interesante para estudios específicos sobre la situación de los menores extranjeros en Europa y es posible consultar también el último estudio sobre la situación en España: [http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/thematic\\_reports/101ES.pdf](http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/thematic_reports/101ES.pdf)
  
- En el portal de la Unión Europea disponible en castellano se puede encontrar todos los documentos oficiales.[http://europa.eu/index\\_es.htm](http://europa.eu/index_es.htm)
  
- Conferencia Regional sobre la Migración (CRM)

## ***A NIVEL ESPAÑOL***

-Web Extranjería- Colegio de Abogados de Zaragoza, Información Jurídica sobre extranjería.

<http://www.intermigra.info/extranjeria/>

-Defensor del Pueblo España, Informes sobre menores y sobre inmigrantes

<http://www.defensordelpueblo.es/>

-Ministerio de Trabajo e inmigración, temáticas e informes relacionados con el mercado laboral e inmigración <http://extranjeros.mtin.es/es/index.html>

-Boletín Oficial de las Cortes Generales, donde se puede encontrar el acuerdo entre el reino de España y el reino de Marrueco en materia de emigración de ilegal de menores de 2007 <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/acmenasCGA429.pdf>

-Noticias Jurídicas.com, marco jurídico de los ciudadanos extranjeros en España, <http://noticias.juridicas.com./>

-Ministerio del Interior, en dicha pagina se pueden encontrar todas las informaciones relativas al protocolo que se sigue en el territorio español con los menores no acompañados y otras normas en materia de extranjería. [http://www.mir.es/SGACAVT/extranje/regimen\\_general/menores.html](http://www.mir.es/SGACAVT/extranje/regimen_general/menores.html)

## ***A NIVEL DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS***

-Gobierno de Cantabria: Menores extranjeros no acompañados en Cantabria

-Defensor del menor en Andalucía: Informe sobre menores inmigrantes

-Consejería de Bienestar social de Andalucía

-Gobierno de Canarias, de fundamental importancia es el protocolo de atención a la salud de los menores inmigrantes: <http://www2.gobiernodecanarias.org/sanidad/scs/content/25881c81-0eff-11de-9de1-998efb13096d/ProtocoloMenoresInmigrantes.pdf>

### ***A NIVEL MEXICANO***

-Red Consular de México en Frontera

-Casa del migrante

-Red Regional de Organizaciones Civiles de Migración (RROCM)

### ***A NIVEL SOCIAL***

- Migrar.org, es un espacio de Fundación Migrar y Cruz Roja Española, <http://www.migrar.org>

- Save the children, es una ONG sin ánimo de lucro de alcance mundial cuyo objetivo fundamental es la defensa activa de los intereses de los niños y niñas tanto a nivel nacional como internacional. Para España se pueden encontrar las informaciones en <http://www.savethechildren.es/homeA.php> mientras que para Mexico en <http://www.savethechildrenmexico.org.mx/website2008/index.php>.

- UNICEF: en la página <http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/index.html>, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, se puede encontrar informes y estudios llevados al cabo en los 190 países donde trabaja Unicef

y sobre el estado mundial de la infancia. Para Unicef España, es uno de los 36 Comités Nacionales que contribuyen al trabajo del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia que representa a la infancia dispone de los informes de referencia a nivel nacional [ww.unicef.es](http://ww.unicef.es).

- Amnistía Internacional, asociación de defensa de los derechos humanos, tiene una parte dedicada a la situación de los menores en el territorio. <http://www.es.amnesty.org/temas/menores>

- MUGAK, Centro de Estudios y Documentación sobre racismo y xenofobia de SOS Racismo/SOS Arrazakeria, su consulta resulta muy interesante por los estudios y documentos publicados en materia de menores y discriminación. Resulta también muy interesante el análisis que se hace de los medios de comunicación. <http://www.mugak.eu/gunea/men/>

- Federación Andalucía Acoge, está formada por 9 asociaciones que trabajan en 41 centros en el territorio andaluz y melillense entre sus objetivos se encuentra también una parte específica dedicada al tema de la infancia y los menores extranjeros <http://www.acoge.org/>

- Elin, es un ONGD que trabaja para la integración de los inmigrantes y de los menores con los que tiene dos proyectos de con menores uno de los cuales específico para menores procedente de Marruecos [http://www.asociacionelin.com/que\\_hacemos\\_menores.asp](http://www.asociacionelin.com/que_hacemos_menores.asp)

- Coordinadora Barrios, es una red de asociaciones del territorio madrileño que tiene el objetivo principal de trabajar con colectivo y grupo a riesgo de exclusión social entre los cuales caben también los menores no acompañados, <http://www.coordinadoradebarrios.org/>

- CEAR, es la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) es una organización no gubernamental fundada en 1979, de acción voluntaria, humanitaria, independiente y plural. El objetivo es el de trabajar junto a los ciudadanos por la defensa del derecho de asilo. El web de la ONG aparece un apartado dedicado a los menores: <http://www.fundacioncear.org/menores/detalle.php>

- APDHA – asociación pro derechos humanos Andalucía, es una asociación privada sin ánimo de lucro que trabaja para el desarrollo de los derechos humanos y que trabaja con los MENA: [http://www.apdha.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=336&Itemid=65](http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=336&Itemid=65). Para Unicef Mexico todas las informaciones se pueden encontrar en <http://www.infoninez.mx/>.

- Médicos del mundo, es una asociación que trabaja para garantizar el acceso a la salud a todas las personas incluidos los menores, se pueden encontrar artículos relacionados con el tema de los menores y la salud a nivel nacional y mundial <http://www.medicosdelmundo.org/index.php>

- ACCEM, es una ONG que trabaja para la inclusión de los refugiados y migrantes desde la óptica de la interculturalidad, <http://www.accem.es/refugiados/inmigrantes/>

- PICU, Platform for international cooperation on undocumented migrants, es una ONG europea que lucha contra la discriminación de las personas indocumentadas, es muy interesante el reporte publicado y descargable en la misma página web, sobre los menores extranjeros indocumentados en Europa [http://picum.org/picum.org/uploads/file\\_/PICUM%20Undocumented%20Children%20in%20Europe%20%20%20ES\\_1.pdf](http://picum.org/picum.org/uploads/file_/PICUM%20Undocumented%20Children%20in%20Europe%20%20%20ES_1.pdf)

- Centro Europeo de estudios sobre flujos migratorios CEMIGRAS, con sede en la Comunidad Canaria, pero con estudios y informe sobre los flujos migratorios en toda Europa, <http://www.flujosmigratorios.org/enportada.php>

- Fundación Pere Tarrés : es una entidad con una amplia trayectoria de actividades sociales y investiga y desarrolla en el tema, en la web están disponibles muchos documentos e informes relacionados con el tema, [http://www.peretarres.org/wps/wcm/connect/peretarres\\_ca/peretarres/home](http://www.peretarres.org/wps/wcm/connect/peretarres_ca/peretarres/home)

- Child rights information network, CRIN, dispone de una página web completa sobre los avances en relación a la aplicación de los Derechos del Niño en todos los países. <http://www.crin.org/>

### ***DATOS ESTADISTICOS***

- Human Rights Watch: Informe sobre los derechos humanos en España <http://www.hrw.org>

- Ministerio de Trabajo e inmigración: anuarios y datos estadísticos <http://extranjeros.mtin.es/es/index.html>

- Observatorio de la infancia en Andalucía OIA

- Aulaintercultural.org: El Portal de la educación intercultural <http://www.aulaintercultural.org/>

- Observatorio Internacional de la Justicia Juvenil
  
- Secretaria de Relaciones Exteriores del Gobierno de México dispone de report anuales sobre los menores no acompañados en Mexico y sobre su repatriación: [http://portal2.sre.gob.mx/dgpme/images/reporte\\_anual\\_menores2009.pdf](http://portal2.sre.gob.mx/dgpme/images/reporte_anual_menores2009.pdf)
  
- Instituto Nacional de Migración (INM) [www.inm.gob.mx/](http://www.inm.gob.mx/)
  
- Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) [www.dif.gob.mx/cenddif/](http://www.dif.gob.mx/cenddif/)
  
- Sin Fronteras en México
  
- IDH . Instituto de Desarrollo Humano, México
  
- Instituto interamericano de niños, niñas y adolescentes bajo el perfil de derechos: [http://www.iin.oea.org/iin/cad/actualizacion/pdf/3\\_1/Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf](http://www.iin.oea.org/iin/cad/actualizacion/pdf/3_1/Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf)
  
- Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Migrantes (PICUM), la realidad de los menores indocumentados y su acceso a los derechos sociales en Europa es todavía muy desconocida, tanto si los menores están con sus familias como si están solos.

## ***ACTUALIDAD***

Sin hacer ninguna valuación política creemos muy importante la inclusión de todos los periódicos nacionales y locales, las radios y los programas de actualidad televisiva para evaluar la presencia o ausencia en la crónica nacional e internacional de los menores. Teniendo en cuenta el lenguaje que se utiliza en dichos medios de comunicación.

## ***BLOGS Y LUGARES DE DEBATE***

<http://menoressolos.blogspot.com/2011/03/conferencia-ciudadania-e-inmigracion.html>

<http://menoressolos.blogspot.com/2011/02/los-menores-extranjeros-no-acompanados.html>

<http://melillafronterasur.blogspot.com/>

<http://socialijusticia.blogspot.com/>

<http://www.drari-col-lectiu-iap-drets-infant.blogspot.com/>

<http://madrepatria.blogspot.com/2011/04/espana-da-el-portazo-los-inmigrantes.html>

<http://mediosenmexico.blogspot.com/2011/05/eu-deporto-14-mil-menres-migrantes.html>

<http://inmigracionunaoportunidad.blogspot.com/2011/04/mas-de-80-entidades-se-unen-contra-el.html>

<http://www.centrosdemenores.com/>

<http://conlosninosnosejuega.wordpress.com/>

<http://www.infanciaconfuturo.org/blog/>

## **SOBRE LOS AUTORES**

## **GABRIELE VESTRI**

Se licencia en Derecho en la Universidad de Florencia (Italia), en el año 2005 con tesis investigadora sobre “Los aspectos medico-legales de la eutanasia”. Empieza su formación complementaria frecuentando cursos de formaciones profesionales dedicados a los derechos sociales. A lo largo de dos años, desarrolla la profesión de Abogado tratando temas principalmente de extranjería. Mientras tanto sigue su formación dedicándose a participar a un plan de formación en materia penal que se desarrolla en la Camara Penal de Prato-Italia. Adquirida una más cociente formación jurídica publica artículos dedicados principalmente al derecho civil. Trasladado en Sevilla, homologa su título al título español de licenciado en derecho y se incorpora en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Abogado inscripto al Ilustre Colegio de los Abogados de Sevilla, sigue formándose en ámbito jurídico: Máster en Derecho privado patrimonial con trabajo sobre la “Protección constitucional de los menores de edad en el mercado global”. Sus principales proyectos de investigación abordan los Derechos Sociales. Es Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, miembro de Proyectos de investigaciones, Investigador del Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados (CEAEJA), coordinador de relaciones internacionales y movilidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla y secretario ejecutivo de la Revista Lex Social ([www.lexsocial.es](http://www.lexsocial.es))

## NURIA GONZALÉZ MARTÍN

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México y Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, ambas con la máxima distinción. Investigadora Titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II. Consultora Jurídica Externa de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México. Mediadora Privada Certificada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México. Directora del Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias (AMC); Miembro y Coordinadora de la Comisión sobre Derechos de la Protección Internacional de Menores en el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México (INCAM); Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP); Miembro y Vocal de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Profesora de Licenciatura y Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), así como de una diversidad de universidades –públicas y privadas- a lo largo de la República Mexicana destacando, asimismo, la cátedra como profesora del curso de verano de derecho internacional de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su sede de Río de Janeiro (Brasil); ponente invitada de distintas universidades de la República Mexicana y del extranjero entre las que destaca España, Estados Unidos de América, Holanda, Paraguay, Uruguay, Perú, Brasil, Guatemala y Venezuela. Ha publicado, en torno al área del Derecho Internacional Privado y Comparado, más de 160 contribuciones en el que

se destaca 12 libros de propia autoría y/o coautoría y 15 coordinaciones publicadas en el ámbito nacional e internacional. Destaca la colección coordinada bajo el título genérico Lecciones de derecho internacional privado mexicano –Parte general, Parte especial y Varia- editada por Porrúa-UNAM. Entre sus más destacados galardones subrayamos el Premio Altamirano 2000 y la Distinción Universidad Nacional Jóvenes Académicos, Investigación en Ciencias Sociales 2008.



La inmigración es y será el fenómeno más importante del siglo XXI que se convierte en una cuestión controversia que en la actualidad nos afecta a todos. Hay que tener claro que el principal factor que impulsa las emigraciones de un país a otro son las diferencias económicas que existen entre el uno y el otro. España está situada en el límite de la frontera mediterránea que es la que más diferencias económicas presenta con respecto a las demás realidades. Por otro lado, si España se ha transformado de país exportador de inmigración a país receptor de inmigración, México se coloca al centro del debate vista la cercanía geográfica con Estados Unidos. “Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencia jurídicas. Un diálogo ENTRE ESPAÑA Y MÉXICO”, es una obra que además de tratar un fenómeno específico como lo de los menores de edad migrantes, representa el punto de coyuntura entre dos realidades que, aparentemente diferentes, comparten elementos que vale la pena debatir.

ISBN 10: 84-615-7280-7

ISBN 13: 978-84-615-7280-9

