

# El asilo en situaciones de especial vulnerabilidad: Marco jurídico para la acogida e integración de menores refugiados

XIV Premio de Investigación sobre Europa  
FRANCISCO JAVIER DE LANDABURU UNIVERSITAS 2016

Accésit

Itziar Gómez Fernández  
Profesora Titular de Derecho Constitucional UCIIM

María Carmen Pérez González  
Profesora Titular de Derecho Internacional Público UCIIM

*“We reaffirm our commitment to protect the human rights of migrant children, given their vulnerability, particularly unaccompanied migrant children, and to provide access to basic health, education and psychosocial services, ensuring that the best interests of the child is a primary consideration in all relevant policies”.*

*Declaración de Nueva York de 19 de septiembre de 2016*

## 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: ¿POR QUÉ HABLAR DE LOS MENORES BENEFICIARIOS DE LA CONDICIÓN DE ASILO O PROTECCIÓN INTERNACIONAL?

### a) Menores migrantes y vulnerabilidad: conceptos clave

El reciente, pero sostenido, éxodo provocado por el conflicto armado en Siria<sup>1</sup> ha puesto de manifiesto, en ocasiones de modo visualmente brutal, la realidad a la que se enfrentan

<sup>1</sup> ACNUR actualiza datos de llegadas en el siguiente enlace: <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/documents.php?page=1&view=grid>. Los datos globales sobre solicitantes de asilo y refugiados en la Unión Europea son sistematizados por EUROSTAT, y se encuentran disponibles en <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>. Para España, los datos oficiales son proporcionados por la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) del Ministerio del Interior. Los últimos datos proporcionados por la OAR corresponden al año 2014 y pueden consultarse en [http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo\\_en\\_cifras\\_2014\\_126150899.pdf/6e403416-82aa-482f-bcda-9a38e5a3a65c](http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2014_126150899.pdf/6e403416-82aa-482f-bcda-9a38e5a3a65c). Estos últimos, no obstante, constituyen una fuente poco dinámica, teniendo en cuenta el retraso con que se hacen públicas las cifras y la cadencia anual, que no da cuenta exacta de la evolución mensual de los movimientos forzados de personas. Por último la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), también presenta un informe anual con referencias estadísticas. El último, titulado “Las personas refugiadas en España y Europa. Informe 2016”, recoge cifras correspondientes a 2015 y está disponible en [http://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe\\_CEAR\\_2016.pdf](http://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/Informe_CEAR_2016.pdf). Todos los documentos electrónicos citados a lo largo del trabajo han sido consultados el 25 de noviembre de 2016.

aquellos menores de edad que deben huir de situaciones que ponen en riesgo sus derechos más elementales, empezando por el derecho a la vida o a no sufrir tratos inhumanos o degradantes.

En las situaciones de desplazamiento forzoso interno o internacional, los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), se identifican como sujetos particularmente vulnerables. Si asumimos, y aquí lo hacemos, que la vulnerabilidad<sup>2</sup> es una condición que se asocia a personas y grupos<sup>3</sup>, para cualificarles de algún modo en su relación con las estructuras de poder institucionalizado, en el caso de los NNA que se desplazan internacionalmente dicha situación de vulnerabilidad resulta evidente. No puede negarse que se encuentran en una situación de desventaja comparativa en razón de su minoridad, de su ausencia de conocimientos, de recursos económicos propios y de fuerza social, de su condición migrante y de las condiciones en que deben afrontar la opción migratoria<sup>4</sup>. Y se hallan además en una situación de desventaja no sólo respecto de las estructuras de poder representadas por los aparatos estatales, sino también respecto de los grupos, organizados o no, que se lucran con el tráfico y/o la trata de seres humanos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha asumido que esa condición de vulnerabilidad hace merecedoras de medidas reforzadas de protección a las personas y grupos respecto de los cuales se predica. Los informes del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de los inmigrantes<sup>5</sup> sitúan la especial vulnerabilidad en las eventuales lesiones de derechos que pueden sufrir las personas migrantes en razón de su situación migratoria. La Nota Conceptual elaborada por el Comité de Derechos del Niño y el Comité de Trabajadores Migrantes con motivo de su proyectada Observación General Conjunta sobre los derechos humanos de la niñez en el contexto de la migración enumera algunos de esos posibles abusos cuando afectan de forma específica a los menores<sup>6</sup>.

Buena parte de estos abusos aquejan de modo particular a los menores migrantes que quedan separados de su familia. Dicho en otros términos, dentro del colectivo de los menores

<sup>2</sup> A este respecto se convierte en obra de referencia obligada la obra colectiva coordinada porb PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2013).

<sup>3</sup> Realiza una reflexión detallada sobre la conveniencia de hablar de personas y no tanto de grupos vulnerables, desde la perspectiva del Derecho Constitucional español, ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (2011:69).

<sup>4</sup> El Preámbulo de la Resolución de la AGNU 60/169, relativa a la protección de los migrantes, reconoce esa especial vulnerabilidad (sin distinguir entre el carácter voluntario o forzoso del desplazamiento) y enumera muchas de las causas subyacentes de la misma: “*las dificultades que enfrentan a causa de su discriminación en la sociedad, las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen, especialmente en el caso de los migrantes indocumentados o en situación irregular*”. La Resolución (A/60/509/Add.2 (Part II) fue aprobada por la AG el 16/12/ 2005, véase [http://www.unum.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/60/169&Lang](http://www.unum.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/169&Lang).

<sup>5</sup> El mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes fue aprobado en 1999 por la extinta Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 1999/44. Se pueden consultar sus informes en [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?m=97](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=97).

<sup>6</sup> “Trata de personas; las peores formas de trabajo; millones de separaciones familiares, decenas de miles de NNA [niños, niñas y adolescentes] detenidos y deportados arbitrariamente; obstáculos en el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo salud y educación; diferentes formas de violencia; discriminación sobre la base de su nacionalidad, origen étnico o condición migratoria; obstáculos en el derecho al registro de su nacimiento, a un nombre y una nacionalidad”. La Nota Conceptual está disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CMW/Pages/Joint-GeneralCommentonChildren.aspx>.

solicitantes de asilo o de cualquier otra forma de protección internacional<sup>7</sup>, experimentan una propensión mayor a ser objeto de agresiones, formas extremas de violencia y vulneración de sus derechos, los menores de edad no acompañados (MENAs). En este punto inicial de la reflexión resulta fundamental definir qué se entiende por MENA. Y para ello vamos a seguir la definición que proporcionó en 2006 el Comité de Derechos del Niño<sup>8</sup>, y que determina que son “*menores extranjeros no acompañados*” los/las menores de 18 años que no tienen la nacionalidad del país en el que se encuentran, que están separados/as de ambos padres u otros parientes y que no están “al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”<sup>9</sup>. Estaríamos ante menores que, o bien se ven obligados a comenzar el viaje sin la compañía de sus padres o de cualquier otro adulto que se haga cargo de ellos, o bien quedan sin esa compañía durante el trayecto. Si a esta definición le añadimos como elemento de análisis transversal el género, y ponemos el foco en las niñas y en las adolescentes, nos encontramos con una situación de vulnerabilidad compleja y multidimensional que no podemos perder de vista en cualquier análisis sobre esta cuestión, y que hace actualmente de las menores víctimas potenciales de trata casi en cualquier proceso migratorio e independientemente de viajen acompañadas o no.

Y, siempre en el marco de las precisiones conceptuales, también vale la pena aclarar que entre la expresión “migrante” y la expresión “refugiado” no existe una sinonimia absoluta. ACNUR<sup>10</sup> establece la distinción de forma clara, con el objetivo de que la utilización indistinta de ambos términos no redunde en la menor protección del estatuto de los solicitantes del reconocimiento del estatuto de refugiado o de otra forma de protección internacional. Así, una persona migrante puede ser definida como aquella que, de forma “voluntaria”, traslada su residencia habitual de un lugar a otro, con la intención de instalarse en el país de destino,

<sup>7</sup> Tal y como ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto, sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, “(p)or protección internacional se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional -y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario-, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección (...) Sólo es posible asegurar la protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo a un potencial solicitante de asilo en un país seguro, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto”: *Id.* los apartados 37 y 38 de la Opinión Consultiva, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf).

<sup>8</sup> En concreto, en su Observación General número 6 (2005) sobre trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen (CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005). La Observación está disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTyp eID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTyp eID=11). Se trata de un concepto que se ha trasladado al Derecho de la UE: Cfr. el art. 2.e) de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (Diario Oficial, Serie L, núm. 180, de 29 de junio de 2013).

<sup>9</sup> El Comité distingue así a los menores no acompañados de los menores separados: aquellos separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes y que, por tanto, podrían estar acompañados por otros miembros adultos de la familia: Cfr. los apartados 7 y 8 de la Observación General.

<sup>10</sup> Esto es la Agencia de la ONU para los refugiados. Su reflexión a este respecto se contiene en <http://www.acnur.org/noticias/noticia/refugiado-o-migrante-acnur-insta-a-usar-el-termino-correcto/>.

por un período de tiempo más o menos largo buscando mejorar sus condiciones de vida. En cambio el migrante forzoso es quien “*se ha visto obligado a escapar o huir de su país de origen o lugar de residencia habitual*” para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada o de violaciones de los derechos humanos o catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que pueden haber cruzado o no una frontera estatal internacionalmente reconocida<sup>11</sup>. Los refugiados, los asilados, los demandantes de asilo, y los desplazados internos son sujetos, todos ellos, de migraciones forzosas<sup>12</sup>.

Cuando el migrante forzoso cruza una frontera se convierte, además, en persona susceptible de ser considerada refugiada en virtud de la Convención de Ginebra sobre el estatuto del refugiado<sup>13</sup>. En términos estrictos<sup>14</sup>, por tanto, será considerado refugiado aquel individuo que, de acuerdo con el procedimiento previsto al respecto por la legislación interna del Estado en el que se solicita la protección, cumpla con la definición contenida en el art. 1.A.2) de la citada Convención: aquella persona que “*debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él*”<sup>15</sup>. El refugiado podrá solicitar asilo u otra forma de protección internacional. Esta última podrá ser solicitada también por aquellas personas que no pueden ser consideradas refugiadas en virtud de la Convención y, a pesar de ello, no pueden ser devueltas a sus países de origen cuando dicha devolución suponga un peligro para su vida, libertad o integridad física<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Definición de desplazado extrapolada de los “*principios rectores de los desplazamientos internos*”, contenidos en la Adición al Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng. Documento E/CNÚM.4/1998/53/Add.2, de 11 de febrero de 1998, del 54º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social (ECOSOC), Organización de las Naciones Unidas (ONU).

<sup>12</sup> MORGADES GIL, Silvia (2016:233).

<sup>13</sup> Adoptada el 28 de julio de 1951. El texto de la Convención está disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005>. España se adhirió a la Convención y al Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1957 el 22 de julio de 1978 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978).

<sup>14</sup> En términos ordinarios, “refugiado” tiene también un sentido más amplio que se refiere a la huida para escapar de condiciones vitales o personales que se consideran intolerables: GOODWIN- GILL, Guy y McADAM, Jane (2007:15).

<sup>15</sup> Es esta, como se ha dicho, la noción actualmente más extendida de “refugiado”. La misma ha sido adaptada por algunos sistemas regionales que, en general, han ampliado el alcance de la definición: MORGADES GIL, Silvia (2016:232).

<sup>16</sup> En el ámbito de la UE, hablamos en ese caso de personas beneficiarias de la protección subsidiaria, definidas como aquellos nacionales de un tercer país o apátridas no reúnen los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresan a su país de origen o residencia habitual, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el art. 15 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección concedida (Diario Oficial, Serie L, núm. 337, de 20 de diciembre de 2011). Constituirán daños graves, de acuerdo con el mencionado art. 15, Constituirán daños graves: la condena a la pena de muerte o su ejecución, la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, y las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.

Esta distinción es determinante, porque tanto el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), en lo que hace a la garantía del derecho a no ser devuelto al país de origen o residencia<sup>17</sup>, somete la actuación estatal a una serie de condiciones mucho más estrictas cuando se trata de la devolución de solicitantes de asilo o protección subsidiaria y de conferirles un estatuto jurídico garantista, que cuando se trata de desarrollar una política de control de fronteras dirigida a los “migrantes económicos”.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la correcta garantía del principio de no devolución en el contexto de los denominados “flujos mixtos” impediría al Estado no sólo llevar a cabo expulsiones colectivas<sup>18</sup>, sino también adoptar medidas que impidan colectivamente el acceso individual a la protección<sup>19</sup> como el único modo de determinar de modo adecuado las distintas necesidades en presencia.

He aquí el sujeto material de nuestro estudio, el más vulnerable en los procesos migratorios que se producen en contextos de graves violaciones de derechos humanos: el y la menor. Y si bien nuestra pretensión es abordar la situación de los menores solicitantes de asilo o de protección subsidiaria en términos generales, prestaremos una atención singular a los MENA susceptibles de ser beneficiarios de dicha protección internacional, por tratarse de sujetos particularmente sensibles a las disfunciones del ordenamiento jurídico a las que nos referiremos, y porque su estatuto jurídico permite identificarlos como individuos “aislados”, y no como elementos integrantes de una unidad familiar, lo que singulariza la problemática que les afecta.

## **b) Poner en cifras el problema de los menores solicitantes de asilo**

Esta problemática puede traducirse en cifras, pero sin duda va mucho más allá de los números y, desde luego en España, si nos guiásemos exclusivamente de la cuantificación estadística, pocos incentivos habría para ocuparse de la cuestión porque el número de solicitantes de asilo es muy bajo, en términos relativos, como lo es -en correlación- el número de menores solicitantes de protección internacional. Si, además, identificamos el número de MENAs en demandas de asilo o protección subsidiaria las cifras son, simplemente, poco o nada creíbles.

Acudiendo a las estadísticas de EUROSTAT, que ofrecen los datos más recientes, observamos lo siguiente:

<sup>17</sup> El principio de no devolución se configura en la actualidad como una obligación de Derecho internacional imperativo que no admite, por tanto, ninguna excepción: ALLAIN, Jean (2001).

<sup>18</sup> Prohibidas por lo demás, expresamente, tanto en el art. 4 del Protocolo número 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), adoptado el 16 de noviembre de 1963 (un Protocolo que España ratificaría el 16 de septiembre de 2009, BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2009), como en el art. 19.1 CDFUE, Diario Oficial, Serie C, núm. 326, de 26 de octubre de 2002).

<sup>19</sup> Una cuestión que zanjó definitivamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su sentencia de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamáa y otros c. Italia*, demanda núm. 27765/09. Sobre la sentencia puede leerse el trabajo de MORENO-LAX, Violeta (2012). Todas las sentencias del TEDH citadas a lo largo del trabajo están disponibles en <http://hudoc.echr.coe.int/>.

Solicitantes de protección internacional menores de edad								
Año	Cifras en la UE				Cifras para España			
	Menores con familia		MENAs		Menores con familia		MENAs	
	Menores de 14	Entre 14-17	Menores de 14	Entre 14-17	Menores de 14	Entre 14-17	Menores de 14	Entre 14-17
2008	34,245 (1) <sup>20</sup>	12,785 (1)	-	11,695 (d)	430 (1,2% de la UE) <sup>21</sup>	130 (0,3%)	-	10 (0,08%)
2009	44,930 (1)	18,835 (1)	-	12,190 (d)	255 (0,5%)	80 (0,4%)	-	20 (0,16%)
2010	53,225 (1)	18,695 (1)	-	10,610 (d)	315 (0,5%)	65 (0,3%)	-	15 (0,14%)
2011	55,825 (1)	20,370 (1)	-	11,690 (d)	375 (0,6%)	80 (0,39%)	-	10 (0,08%)
2012	69,955 (1)	22,770 (1)	-	12,540	340 (0,4%)	110 (0,48%)	-	15 (0,11%)
2013	91,350	25,740	-	12,725	410 (0,4%)	120 (0,46%)	-	10 (0,07%)
2014	118,510	41,885	-	23,150	945 (0,79%)	200 (0,47%)	-	15 (0,06%)
2015	256,915	128,175	-	96,465	3,095 (1,2%)	630 (0,49%)	-	25 (0,02%)

Elaboración propia a partir de datos tomados de EUROSTAT- <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum--and-managed-migration/data/database> <sup>20 21</sup>

De la lectura de esta tabla se puede deducir tres rasgos ilustrativos, que han de partir de una afirmación previa: en España las cifras generales de solicitantes de asilo, a pesar de poseer frontera terrestre directa con África en Ceuta y Melilla<sup>22</sup>, y de ser frontera marítima

<sup>20</sup> Una cuestión que zanjó definitivamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su sentencia de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamáa y otros c. Italia*, demanda núm. 27765/09. Sobre la sentencia puede leerse el trabajo de MORENO-LAX, Violeta (2012). Todas las sentencias del TEDH citadas a lo largo del trabajo están disponibles en <http://hudoc.echr.coe.int/>.

<sup>21</sup> Las cifras relativas hacen referencia todas ellas al porcentaje que representan las cifras relativas a España respecto de las cifras globales de la UE

<sup>22</sup> La ruta terrestre hasta Europa, que supondría entrar por Ceuta o por Melilla, no es ni mucho menos la más utilizada por las personas que huyen de Siria, y no todos los que la utilizan llegan a nuestras fronteras. Tampoco es la española la opción de entrada prioritaria para quienes se desplazan desde otras zonas de conflicto en África, como Mali, Sudán, Somalia, Eritrea, Nigeria, Ghana, etc. En todos esos casos, atravesar el Mediterráneo en barco hasta Italia y desde Libia es la opción preferida, tal y como describe las rutas migratorias la Comisión Europea a través del Centro

sur de Europa, son muy bajas en relación con las cifras que se contemplan en la UE. Por ejemplificar esta afirmación: solo en el año 2014, la UE recibió 137.798 solicitudes de asilo procedentes de ciudadanos sirios, y apenas el 1,2% fueron presentadas en España. Si bien las cifras absolutas se incrementarán a partir del año 2015, las cifras relativas siguen siendo muy bajas. A partir de esta constatación podemos decir que:

- El número de menores solicitantes de asilo se incrementa exponencialmente a partir del año 2014, coincidiendo con la crisis humanitaria de los refugiados Sirios, y ese incremento también se percibe en España<sup>23</sup>, donde casi casi 15.000 personas (14.780 concretamente) formalizaron su solicitud de protección internacional. De ellas, una cuarta parte (3750 solicitantes) son NNA.

- La mayoría de los menores solicitantes de asilo o de protección internacional se integran en unidades familiares de modo que sus solicitudes, por las razones que veremos más adelante, suelen ser tratadas de forma unitaria y se acostumbra a otorgar un reconocimiento de estatuto idéntico a todos los miembros de la unidad familiar<sup>24</sup>.

- No se identifican menores de 14 años solos solicitantes de asilo y, entre los mayores de 14 años el número de solicitudes es sorprendentemente bajo<sup>25</sup>, lo que puede indicar un bajo número de demandas, un mal sistema de registro o una pésima identificación de los menores susceptibles de encontrarse en situación de riesgo, bien porque no se les identifica como me-

---

de coordinación de respuesta a emergencias (Humanitarian Aid and Civil Protection). Tanto Argelia como Marruecos, los dos países más cercanos geográficamente a las fronteras terrestres españolas con África, han ratificado la Convención de Ginebra, así como el Protocolo de Nueva York. Podría, por tanto solicitarse el asilo en ambos, además de ser posible, de acuerdo con lo previsto en el art. 38 de la Ley de Asilo, que, siempre que corra peligro la integridad física del solicitante, los Embajadores de España promuevan su traslado del a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en la Ley. No obstante, los informes internacionales en la materia hablan de la existencia de organizaciones criminales que controlan los viajes de los refugiados a través de estos dos países y con destino a España, y que controlan también el tránsito por la frontera en dirección a España. En este contexto, resulta evidente que Marruecos supone una frontera física, política y de seguridad en el sur de Europa que guarda muchas similitudes con la posición que ocupa Turquía en la frontera este. Marruecos, como Turquía son considerados terceros Estados seguros por ACNUR. En el caso de Marruecos, porque en el mismo está implantado un sistema de asilo validado por la Agencia y en la que esta interviene de forma directa. Parte de los desplazados originarios de Siria hacen llamamiento al sistema marroquí y permanecen en este país. Véase a este respecto EUROPOL (2016), *Migrant smuggling in the EU*, disponible en <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/migrant-smuggling-in-eu>.

<sup>23</sup> Los países de origen de los menores solicitantes de asilo en España son diversos, y se ubican en cuatro de los cinco continentes. Según los datos que facilita la OAR, en el año 2014 hubo 207 solicitudes procedentes de África, el mayor número de Somalia, 84 solicitudes de América (la mayoría de Venezuela), 680 demandas de Asia, siendo la mayoría (558) de ciudadanos procedentes de Siria, 244 de Europa Central y del Este, fundamentalmente Ucrania, y 61 de Palestina. Por lo que hace a los MENAs solicitantes de protección internacional en el año 2014, los mismos llegaron de Mali (7), Siria (3), Congo (2), y Costa de Marfil, Marruecos, Nigeria, Sahara y Bangladesh (1)

<sup>24</sup> Véase en este sentido el Informe del DEFENSOR DEL PUEBLO (2012), *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, Madrid. p. 249

<sup>25</sup> Para realizar esta valoración partimos de la constatación del número de MENAS existentes en España. Según datos contenidos en la memoria anual de la Fiscalía General del Estado, en el apartado correspondiente a la Fiscalía de Extranjería –competente en materia de menores extranjeros- la cifra de MENAs, en 2015, se elevaba a 3.341 NNA (452 niñas, y 2889 niños). Más de la mitad se reparten entre Andalucía (973) y Melilla (759), siendo las otras comunidades con mayor número de menores a su cargo Cataluña (375), País Vasco (321), y Madrid (305). La gran mayoría de ellos son de origen marroquí (2197), siendo el segundo grupo más numeroso el de menores de origen argelino (207). Pues bien, solo el 0,7% de los menores extranjeros no acompañados en España fueron, en 2015, solicitantes de asilo.

nores, bien porque no se les identifica como solicitantes de asilo<sup>26</sup>. Si, además expusiéramos los datos desagregados por género podríamos verificar que la mayoría (incluso en algunos años la totalidad) de las solicitudes de asilo son presentadas por niños o adolescentes varones. Es decir, las niñas y adolescentes solas no solicitan asilo, o bien lo solicitan declarándose mayores por razones que tienen que ver con su modalidad migratoria, muy vinculada a las redes de trata, tal y como veremos más adelante<sup>27</sup>.

Las cifras apuntadas, además, no nos hablan más que de los solicitantes de asilo, pero no de los beneficiarios de otro tipo de protección internacional, con lo cual no ofrecen un panorama completo de la situación real en la que se encuentran los menores que demandan de nuestro país protección internacional. Si acudimos a esos otros datos, verificamos que a un bajo número de solicitudes se apareja un número aún más bajo de concesiones o de reconocimientos de estatuto. En este caso las únicas cifras oficiales disponibles son las que proporciona la OAR, y las últimas corresponden al año 2014, en que todavía no se había vivido el gran incremento de solicitudes procedentes de Siria<sup>28</sup>. Para aquel ejercicio, se reconoció el estatuto de refugiado o de beneficiario de la situación de asilo a 100 menores (24 mayores de 14 años) de los más de mil solicitantes, y se reconoció la condición de protección subsidiaria a 366 y la estancia por razones humanitarias a dos niños argelinos menores de 13 años. Más de la mitad de las solicitudes, por tanto, no obtuvieron el reconocimiento de estatuto deseado y esta constatación es una constante en nuestro modelo de asilo: un porcentaje relativamente bajo de solicitudes de protección internacional, a pesar de ser España un país fronterizo, y un porcentaje aún menor de reconocimientos de estatuto<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Coincide en que la cifras de MENAs solicitantes de asilo en España son llamativas el Estudio del DEFENSOR DEL PUEBLO (2016), *El Asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. Madrid, p. 74.

<sup>27</sup> Resulta de interés, a este respecto, valorar las conclusiones del Informe del DEFENSOR DEL PUEBLO (2012), *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, Madrid. p. 253 y ss.

<sup>28</sup> Debe tenerse en cuenta que las oficinas para gestionar la solicitud de protección internacional en la frontera sur, es decir en Ceuta y Melilla, no se abren hasta el mes de septiembre de 2014. Antes de eso las solicitudes de asilo podían ser presentadas en las embajadas españolas en Argelia o de Marruecos, como países de tránsito, o en cualquier puesto fronterizo, pero en la práctica, esa tramitación no ofrecía números relevantes respecto de la presentación de solicitudes. Podría afirmarse, sin temor a incurrir en error, que la apertura de las oficinas de tramitación facilita la presentación de solicitudes, lo que lleva aparejado el incremento de las cifras. De hecho el principal punto de entrada de las personas sirias solicitantes de asilo en España, es la oficina de asilo del puesto fronterizo de Beni Enzar (Melilla).

<sup>29</sup> Por ejemplificar esa afirmación también con las cifras oficiales del año 2014 facilitadas por la OAR, y referidas al conjunto de las demandas de las 5.952 solicitudes de protección internacional introducidas en el sistema español, se reconoció la condición de refugiado a 384 personas (el 6,4% de los solicitantes, Tabla 12), mientras que 1199 recibieron el estatuto de protección subsidiaria (20,1%, Tabla 14). Fueron desestimadas el 56,14% de solicitudes y, el resto (en torno a un 20%), concluyeron por vías distintas a la desestimación. Si nos vamos al año 2015, en este caso acudiendo a las cifras que facilita CEAR en su informe correspondiente, las conclusiones no son distintas: En el año 2015 se reconoció a 220 personas el estatuto de refugiado, y a 800 la protección subsidiaria. El porcentaje de personas que vio rechazada la protección internacional pasó del 56,14% de 2014 al 68,51%. A ninguna de ellas se le concedió la autorización de residencia por razones humanitarias. Las cifras relativas siguen informándonos, por tanto de que mucho más de la mitad de las solicitudes de asilo o protección internacional o bien decaen o bien son rechazadas. La conclusión inmediata es que el número de personas que, en España, recibe el estatuto de beneficiario de protección internacional, a través de la figura del asilo o bien de la protección subsidiaria, es realmente reducido en términos absolutos y en términos relativos si tomamos como contexto el conjunto de los países de la UE. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, en el informe mundial que publicó el 18 de marzo de 2016 da

En síntesis, el número de menores solicitantes de asilo, en España, es muy bajo, en relación con las cifras que manejan otros Estados de la UE. El de MENAs en las mismas circunstancias es meramente anecdótico y representa un porcentaje mínimo (casi inexistente podríamos decir) respecto de las cifras totales de menores no acompañados sujetos a la tutela de las autoridades españolas. Si los “problemas” se miden en cifras, en España no tenemos un “problema” con los menores solicitantes de asilo. Pero, queremos insistir en ello, no se trata solo de números, sino de valorar si, para muchos o para pocos beneficiarios, el sistema de protección de los menores solicitantes de protección internacional funciona de forma adecuada en España.

Para realizar tal valoración es preciso determinar el contenido de las obligaciones que se imponen desde el Derecho internacional a los Estados para lograr la efectiva salvaguarda de los menores que son merecedores de protección internacional y, en paralelo, es necesario realizar un examen de los mecanismos jurídicos de Derecho internacional e interno que servirán al menor para instar el cumplimiento de esas obligaciones y/o una reparación en caso de que sus derechos sean vulnerados. Ahora bien, la identificación de este doble objetivo es estrictamente metodológica y su finalidad exclusivamente didáctica. Hablamos de un marco jurídico interno y de un marco jurídico internacional en referencia al origen de las normas que se exponen y a las responsabilidades que genera su incumplimiento. Pero no podemos pasar por alto, ni cedemos a la inercia de no hacerlo explícito, que los tratados y convenios internacionales a los que se hará referencia son normas vigentes en el ordenamiento interno español tal y como se deduce de lo previsto en el art. 96 de la Constitución española (CE), y por tanto normas jurídicamente vinculantes para los poderes públicos y directamente invocables por los titulares de los derechos que en esas normas se consagran. Por tanto, asumimos la idea de unidad del ordenamiento jurídico como punto de partida para formular las obligaciones de los agentes de los distintos poderes públicos, de los jueces y tribunales nacionales y, en última instancia, de los Estados bajo cuya jurisdicción se encuentran unos y otros, para formular propuestas concretas en relación con las garantías de los derechos de los menores solicitantes de asilo o de cualquier otra forma de protección internacional.

## **2. EL DERECHO DE LOS MENORES A MIGRAR Y EL DERECHO A RECIBIR PROTECCIÓN EN SITUACIONES DE PERSECUCIÓN**

Cuando se trata de analizar las obligaciones que incumben a los Estados en relación con la acogida, asistencia y protección de extranjeros en su territorio, debe partirse de que el Derecho internacional, como principio general, reconoce a los Estados la capacidad de decidir sobre la entrada, salida y permanencia de aquellos en el mismo. Dicho principio ha sido

---

cuenta de que España, desde que comenzó “oficialmente” la crisis de los refugiados sirios en el año 2013, ha reconocido el estatuto de protección internacional a 984 personas originarias de Siria. En Austria el número se eleva a las 1900 personas. Alemania ha reconocido algún tipo de estatuto legal de protección a 41.899 personas en el mismo período de tiempo.

reconocido por la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU)<sup>30</sup>, por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)<sup>31</sup>, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el subsistema regional de la OEA (Corte IDH)<sup>32</sup> y por el TEDH<sup>33</sup> en la esfera del Consejo de Europa. Se trata de un principio cuyo origen “*se vincula a la aparición del Estado como sujeto político y que trae causa del intento de afianzar el ejercicio de sus poderes soberanos en el territorio y respecto de la población que lo habitaba*” (PEREZ GONZÁLEZ, 2012:3).

Por tanto, en el Derecho internacional no se ha positivizado un derecho individual a migrar, entendido como el derecho de cada persona a elegir como país de residencia un país distinto del de su nacionalidad. Si bien el derecho a la libertad de movimientos es un principio fundamental en el contexto de la migración internacional, y encuentra reconocimiento en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (DUDH) (art. 13) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (arts. 12 y 13), en realidad no supone el derecho individual a “inmigrar”, esto es a entrar en un país del que uno no es nacional sin ningún límite. De la lectura analítica de tales preceptos se deriva que el derecho a la libertad de movimientos supone que cualquier persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado tendrá, dentro de ese territorio, el derecho a la libertad de movimientos y la libertad para elegir su lugar de residencia, y también implica que cualquier persona será libre de salir de cualquier país, incluyendo el suyo propio. Dicho en otros términos, se reconoce el derecho a “emigrar” al que va aparejada la prohibición de privar de manera arbitraria a una persona del derecho de entrar, de regresar a su propio país. Pero, en ningún caso, se reconoce un derecho a “inmigrar” y por tanto no se puede afirmar la existencia de una obligación, por parte de los Estados a los que de una u otra manera vinculan estos dos instrumentos internacionales, de admitir indiscriminadamente en el territorio nacional a cuantos tengan a bien querer acceder al mismo<sup>34</sup>.

Eso no significa, sin embargo, que el Derecho internacional, y en particular el DIDH, se haya desentendido del fenómeno migratorio, aunque la relación entre ambos ha sido calificada de “difícil” por la doctrina (PÉREZ-PRAT DURBÁN, 2007). Así, el DIDH le ha ido “ganando terreno” paulatinamente a los Estados en lo que hace a la conformación de un conjunto de obligaciones que aquellos deberían respetar cuando toman una decisión sobre la permanencia o expulsión de un extranjero de su territorio o, en otro orden de cosas, sobre el

<sup>30</sup> Apartado 3 c) de la Resolución de 17 de diciembre de 2015 (A/RES/70/147) sobre “Protección de los migrantes”. Esta disposición se refiere al “derecho soberano [de los Estados] de promulgar y aplicar disposiciones relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras”. Resolución disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/147>.

<sup>31</sup> Cfr. los apartados 65 y ss. de la sentencia de 30 de noviembre de 2010, dictada en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República del Congo)*, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>.

<sup>32</sup> La Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03), de 17 de septiembre de 2003, no pone en duda la capacidad del Estado de establecer controles migratorios. La Opinión Consultiva está disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf).

<sup>33</sup> Vid. la sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Chagal c. Reino Unido*, demanda núm. 22414/93, párrafo 70.

<sup>34</sup> En la misma línea, el art. 8 de la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990, únicamente garantiza el derecho de este colectivo a salir de cualquier país y a regresar a su propio país. Ni España ni ningún otro Estado miembro de la UE ha ratificado la Convención, que está disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>.

estatuto de derechos que debe serle garantizado. Puede decirse, sin temor a incurrir en error alguno, que existe una tensión no resuelta, irresoluble quizá, entre el diseño de la política de control de flujos, y la obligación de observancia del Derecho de los derechos humanos, sea este interno o internacional.

Pero esa tensión se reduce, o debería reducirse, cuando se trata de aplicar las normas migratorias que dan cobertura a la política de control de flujos sobre algunos colectivos que se identifican como particularmente vulnerables y que, por esa razón, son objeto de atención preferente por determinados tratados que confieren un estatuto de protección específico. Este tratamiento particular limita el margen de actuación de los Estados a la hora de impedir la entrada y el acceso al procedimiento de protección a estas personas y limita la libertad soberana de configuración de su estatuto jurídico una vez que aquellos (entrada y acceso al procedimiento) han sido proporcionadas. En este contexto pueden ser identificados tres colectivos formados por personas extranjeras beneficiarias de normas particularmente protectoras.

En primer lugar, identificamos a los menores, que, como ya hemos apuntado, conforman un colectivo particularmente vulnerable, por lo que la atención a sus necesidades, en tanto que menores de edad, debe ser, en todo caso, prioritaria. En este supuesto, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>35</sup>, constituye la normativa internacional de referencia.

En segundo lugar, nos referimos a las víctimas de trata de seres humanos (que pueden ser a su vez menores<sup>36</sup>, refugiados o ambos<sup>37</sup>) a las que se refiere el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las NNUU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, Protocolo de Palermo)<sup>38</sup>. En este contexto, y para centrar el tema que nos ocupa, se considerará trata de personas menores, la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño o una niña<sup>39</sup> con fines de explotación<sup>40</sup>.

Finalmente, hablamos de las personas necesitadas de protección internacional. Tal y como se ha apuntado ya, se admite hoy que determinados grupos de personas, que huyen de la violencia que genera un conflicto armado interno o internacional, de situaciones generalizadas de vulneraciones de derechos humanos o de amenazas que *a priori* no encajan en la definición que proporciona la Convención de Ginebra, deben ser protegidas de algún modo por los Estados de acogida. Para ellos y ellas la condición de solicitante de asilo o de cualquier otra forma de protección internacional se superpone a la de migrante, y es la Convención de Ginebra la normativa sobre la que pivota el régimen internacional, e interno,

<sup>35</sup> Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990, BOE núm. 313, de 31 de Diciembre de 1990.

<sup>36</sup> Sobre la cuestión específica de la trata de menores de edad véanse las reflexiones de VESTRI, G., (2014), p. 217.

<sup>37</sup> Sobre el fenómeno de la trata, y su aprehensión a nivel global, es fundamental hacer referencia a los informes anuales del Departamento de Estado de Estados Unidos de América. Este informe, uno de los más fiables de los que se realizan actualmente, comenzó a elaborarse en el año 2001 y ofrece un panorama mundial de la situación del tráfico de personas. Pueden consultarse los informes de cada edición en <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/>.

<sup>38</sup> Aprobado mediante la Resolución AGNU 55/25, de 15 de noviembre de 2000, y disponible en [http://www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltraffic\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltraffic_sp.pdf).

<sup>39</sup> A los efectos del Protocolo de Palermo se entiende por niño al menor de 18 años (*cf.*: el art. 3.d).

<sup>40</sup> Así se deduce del art. 3.c) del Protocolo de Palermo.

de protección. En su art. 1.A.2), ya citado aquí, la Convención determina su propio ámbito de aplicación al establecer quién es susceptible de ser beneficiario del reconocimiento del estatuto de refugiado, pero no proclama un derecho indubitado a que sea reconocido tal estatuto a ninguna persona, cuestión que deja en manos de los Estados a los que, sin embargo, impone una serie de condiciones a la hora de definir precisamente, y en el orden interno, el estatuto específico de la persona a la que haya decidido otorgar protección. Dicho en otros términos, no se define un derecho incondicionado, como el derecho a la vida, la libertad, o la libertad de expresión, sino un derecho en potencia, condicionado al reconocimiento interno del mismo que hagan los Estados.

En el caso del ordenamiento español, el art. 13.4 de la CE reconoce el derecho de asilo cuando afirma que *“la Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”*. Pero este reconocimiento “constitucional” no supone la consagración de derecho fundamental alguno. Al contrario, lleva aparejada en su dicción literal la privación de esa naturaleza “fundamental”, de modo que este es tenido en el ordenamiento interno como un mero derecho de configuración legal, se proyecte sobre un menor o sobre cualquier otra persona (STC 53/2002, FJ 4).

Además, la ubicación del derecho fuera de la Sección 1ª del Capítulo II del Título relativo a los derechos fundamentales hace que dicho derecho no disfrute del mecanismo de garantía que representa el recurso de amparo, ni de ninguno otro de los asociados a los derechos contenidos en aquella sección<sup>41</sup>. Ello tiene dos consecuencias claras. De un lado, será la ley, a la que se hará referencia más adelante, la que configure los derechos específicos tanto de los solicitantes como de los beneficiarios del estatuto de protección internacional, sin que esos derechos tengan rango constitucional. De otro lado, será la jurisdicción ordinaria la que revise las decisiones administrativas en materia de reconocimiento del estatuto de refugiado o de beneficiario de la protección subsidiaria, lo que limita sobremedida la intervención del Tribunal Constitucional (TC), como garante de los derechos fundamentales, en materia de asilo. Así, las mayorías parlamentarias pueden modificar el régimen del derecho y el TC sólo podrá realizar valoraciones abstractas de la regulación legal del derecho, por la vía del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad, pero no se encontrará, en términos generales, ante la aplicación concreta de la norma y su control por vía de amparo constitucional. En suma, se trata de un derecho constitucionalmente reconocido, pero abiertamente “menor” en la medida en que se beneficia de un elenco de garantías débil. Pero, no podemos olvidarlo, se trata de una rebaja constitucionalmente aceptada y que sólo mediante reforma constitucional podría ser reconfigurada.

<sup>41</sup> Dice la STC 53/2002, en su FJ 14, que ninguna norma constitucional exige que la ley de asilo se tramite y/o apruebe como ley orgánica, ni esto se deduce del mandato del art. 13.4 CE, *“en el que se remite a la Ley ordinaria la regulación de los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”*. Asimismo, el derecho de asilo tampoco gozará del resto de garantías especialmente reservadas a los derechos fundamentales en sentido estricto, esto es, los que se contienen en la Sección I del Capítulo II del Título I de la Constitución, en particular de la garantía especial del recurso de amparo (art. 53.2 CE), así como tampoco de la constrictión del legislador al contenido esencial del derecho, puesto que la redacción del art. 53.1, que establece que *“sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161, 1, a)”*, se refiere al Capítulo II del Título I, excluyendo por tanto el art. 13.4 CE.

Ahora bien, si debe admitirse que el legislador pueda condicionar el acceso al derecho de asilo, en la misma línea ha de admitirse que se trata de un derecho internacional y constitucionalmente reconocido, razón que impide supeditarlos exclusivamente a las necesidades derivadas de la seguridad y del control de entrada de extranjeros en Europa. Y ello porque su regulación ha de respetar los dictados del resto de derechos contenidos en el ordenamiento constitucional, pero también de los que se establecen en el ordenamiento internacional, cuyos tratados y convenios, forman parte integrante del ordenamiento español desde que son ratificados y publicados en España. Y ello nos lleva, de nuevo, a la cita de los tratados específicos en materia de protección de grupos vulnerables en situación migratoria a los que hemos hecho referencia más arriba. Cuando el legislador formule la ley de asilo [Ley 2/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (LAPS)]<sup>42</sup>, o la de extranjería [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE)]<sup>43</sup>, podrá configurar el régimen de acceso a la condición de refugiado, y el estatuto de este último en relación con el estatuto propio de la extranjería, pero con la particularidad de que la regulación debe respetar los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros así como el Derecho de la UE y los tratados internacionales vinculantes en este ámbito (véase el FJ 3. b) de la STC 53/2002).

### **3. EL DERECHO A RECIBIR UN TRATO ESPECÍFICO COMO MENORES COMO ESTÁNDAR MÍNIMO QUE HA DE RESPETAR LA LEGISLACIÓN INTERNA**

Sin un derecho fundamental al asilo, y cuando nos encontramos con un o una menor, la pregunta inmediata es si su condición de tal se superpone o debe superponerse a su situación de solicitante de protección internacional, una duda que se vincula a la necesidad de definir el estatuto jurídico más favorable. Y la respuesta no es sencilla en absoluto.

La Convención de Ginebra no prevé una consideración especial cuando el solicitante de protección es un menor de edad, y la única mención a los NNA se contiene en el párrafo 2 del Anexo, que hace referencia a la inclusión de los niños en el documentos de viaje de un miembro de la familia o, en circunstancias excepcionales, de otro refugiado adulto. Ningún otro documento internacional regula la condición específica de los menores refugiados. De modo que será preciso acudir a la CDN para determinar qué derechos asisten a los niños, niñas y adolescentes cuando, además, se encuentran en situación de riesgo y son potenciales solicitantes de protección internacional. Tampoco la CDN se refiere a la

<sup>42</sup> Que se articula a través de lo previsto en el Real Decreto 203/95, de 10 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en la redacción que le dio el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

<sup>43</sup> Desarrollada por los Reales Decretos 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 Ley Orgánica 2/2009; y 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

particular situación estos niños y niñas, con lo cual su estatuto específico ha de ser construido, en la esfera internacional, por la lectura combinada de la Convención de Ginebra y de la CDN.

El marco que conforme esa lectura combinada determinará los límites en que los legisladores nacionales, de cada uno de los Estados parte de ambos acuerdos internacionales, podrán moverse a la hora de definir el mecanismo de acceso al beneficio del asilo o la protección internacional para los menores, y los derechos asociados al estatuto de los menores en tanto que solicitantes o beneficiarios de asilo o de protección subsidiaria. En el caso de los Estados europeos habrá que tener en cuenta, además, lo establecido por el Derecho de la UE (en relación con los Estados miembros de esta organización) y por el TEDH en su jurisprudencia<sup>44</sup>.

En esa línea, el primer límite viene dado por la propia consideración de quienes son tenidos por menores. El art. 1 de la CDN determina 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>45</sup>. Si bien la CDN autoproclama la restricción de efectos, a nuestro juicio ello no impide proyectar sus nociones a otros ámbitos materiales, como el del derecho de asilo, en la medida en que nada se dice en la Convención de Ginebra sobre el particular, y en razón de que ya hemos determinado de qué modo debe conformarse el marco normativo internacional a estos efectos.

A partir de lo anterior, todos y cada uno de los derechos previstos en el CDN deberían encontrar una proyección adecuada cuando el menor sobre el que se proyecta dicha norma es, además, doblemente vulnerable por ser solicitante de protección internacional. Resulta fácil deducir de lo dicho hasta aquí que cuando se trata de decidir el trato que recibirán los menores necesitados de protección internacional por parte de los Estados de acogida, el DI va a imponer obligaciones de asistencia y protección particularmente reforzadas que, en buena parte de los ordenamientos nacionales de los Estados firmantes de los tratados a que nos referiremos, también encuentran reflejo en la normativa interna. Y esas obligaciones deben tener en cuenta la definición de un estatuto combinado en el que el principio *pro homine* impere de manera clara. Así, dicho estatuto debe buscar la situación más favorable para el menor, y debe evitar que la superposición de una dimensión (refugiado) sobre la otra (menor), sea cual sea la predominante, resulte en una rebaja del estándar de protección del sujeto individual.

Por tanto, la libertad de las autoridades estatales para decidir sobre la entrada, permanencia o salida del territorio, y también sobre el contenido de la asistencia debida, se ve

<sup>44</sup> El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), firmado en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1950, no incluye el derecho a buscar o solicitar asilo entre los derechos protegidos, pero el TEDH ha desarrollado una importante jurisprudencia al respecto, determinando que, en algunas circunstancias, la expulsión o devolución de un extranjero podría resultar contraria las obligaciones asumidas por el Estado sobre la base de los arts. 3 (prohibición de la tortura y de otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) u 8 (derecho al respeto a la vida privada o familiar). Véase al respecto KTISTAKIS, Yannis (2013:217). El CEDH está disponible en [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf).

<sup>45</sup> También es así en el ámbito de la UE: Cfr. el art. 2.d) de la Directiva 2013/33, ya citada aquí.

seriamente reducida cuando el sujeto sobre el que se proyecta la discrecionalidad estatal es un solicitante de asilo o protección internacional y, además, es menor. Y no cabe inferir de esto que dichas obligaciones no incumban también al Estado, al menos en cierta medida, respecto de los menores migrantes (acompañados o no) que no se ubican en el grupo de los solicitantes de protección internacional. Lo que cabe inferir es que, en razón de ser menor, un solicitante de asilo no debe verse perjudicado en el ámbito procedimental del reconocimiento del derecho ni en el diseño de su estatuto de protección. Y que, en la misma medida, tampoco cabe inferir que un menor pueda optar por negar su condición de perseguido porque tal reconocimiento pudiera suponer un trato más perjudicial que en caso de admitir tal condición.

Así, la conformación del estatuto híbrido, o mixto, al que venimos haciendo referencia, no ha de tomarse como la conjunción de dos estatutos y la opción preferente por uno de los dos en cada caso concreto, sino como el verdadero desarrollo de un estatuto específico que combine los elementos más favorables de los dos de origen.

En síntesis, puede afirmarse que se impone a los Estados una obligación genérica de protección de los menores (acompañados o no acompañados) inmersos en procesos migratorios frente a diferentes formas de violencia. Y que esa protección incluye, en particular, la protección frente a la trata y otras formas de explotación y frente a la devolución a sus países de origen cuando en los mismos exista el riesgo de que sus derechos fundamentales sean vulnerados, elemento este esencial de la configuración del derecho de asilo.

Si bien esas obligaciones derivan, ante todo y sobre todo de los tratados internacionales ratificados por España en la materia, siendo la Convención de Ginebra y la CDN las más relevantes en el plano universal, y siendo además Derecho interno válidamente aplicable desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado y con preferencia sobre la normativa interna a resultas de lo que establece el art. 96 de la CE<sup>46</sup>, lo cierto es que en el ámbito que no ocupa los pronunciamientos de los órganos internacionales de control de derechos humanos han resultado determinantes a la hora de perfilar el alcance de las obligaciones convencionalmente asumidas, y se han colado en nuestro ordenamiento jurídico por la vía interpretativa que facilita el art. 10.2 CE.

Como es sabido, cuando estamos ante sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos siendo, en relación con nuestro objeto de estudio, particularmente importantes las del TEDH, su carácter vinculante está fuera de toda duda<sup>47</sup>. Pero no es ese el caso de los órganos de control de derechos humanos de NU, entre los que debe destacarse, en el contexto del tema que tratamos, el Comité de Derechos del Niño, encargado de supervisar el cumplimiento de los Estados parte en la CDN de las obligaciones que les incumben en virtud de aquella.

<sup>46</sup> Respecto de la compleja cuestión de la eficacia interna de los tratados internacionales y su posición en el ordenamiento jurídico puede consultarse el trabajo de GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2004).

<sup>47</sup> De acuerdo con el art. 45.1 del CEDH firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, "*las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes*". Un problema diferente, dado que se trata de sentencias meramente declarativas, es el de su ejecutoriedad, de la que depende directamente su impacto real en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte. Véase al respecto KELLER, H. y STONE SWEET, A. (eds.) (2008).

Configurados no como órganos de carácter jurisdiccional, sino como Comités de expertos independientes, carecen de la facultad de dictar decisiones vinculantes<sup>48</sup>, lo que no significa, en modo alguno, que sus pronunciamientos carezcan de efectos jurídicos que deban ser tenidos en cuenta por los Estados y, en particular, por sus jueces y tribunales. No se puede negar que estamos ante intérpretes autorizados de los tratados internacionales respectivos, con lo cual sus pronunciamientos sobre los mismos han de ser tenidos como opiniones interpretativas determinantes. A mayor abundamiento, habría que valorar la particular incidencia jurídica de los pronunciamientos de aquellos Comités, como el de derechos del niño, que tienen competencia para pronunciarse sobre la base de reclamaciones individuales o colectivas planteadas por los sujetos de derecho contra los Estados<sup>49</sup>. En este caso, se espera de los Estados la sujeción a la decisión del Comité y el cumplimiento de las disposiciones de la misma que puedan considerarse ejecutables.

Es muy esclarecedor, en este sentido, el examen que realiza en su Cuarto Informe el Relator de la CDI sobre los acuerdos y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados<sup>50</sup>. Tal y como recuerda el Relator, los tribunales nacionales coinciden en general en que los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos no son jurídicamente vinculantes para ellos, entre otras razones por el hecho de que esos órganos no son tribunales o por la falta de base jurídica en el Derecho interno. Sin embargo, la mayoría de los tribunales reconocen que debe darse a esos pronunciamientos “una importancia considerable al determinar el significado de un derecho pertinente y la existencia de una infracción” de las obligaciones convencionales<sup>51</sup>.

En lo que respecta a España, resulta evidente que los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado tienen una proyección interpretativa insoslayable sobre los derechos fundamentales que reconoce la Constitución, y ello en aplicación de la previsión contenida

<sup>48</sup> En general, los pronunciamientos de los órganos de control de derechos humanos de base convencional del sistema de Naciones Unidas se adoptan en respuesta a los informes de los Estados parte (las denominadas “observaciones finales”), en respuesta a comunicaciones individuales o interestatales, o como consecuencia de la interpretación de cuestiones más o menos concretas de los respectivos tratados (las denominadas “observaciones generales”). En el caso del Comité de Derechos del Niño, sólo la aprobación el 19 de diciembre de 2011 de un tercer protocolo opcional a la CDN permite que el mismo examine comunicaciones individuales o estatales. El protocolo, que entró en vigor en abril de 2014, está disponible en el siguiente enlace: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>. Sobre el mismo, puede verse LEE, Y. (2010).

<sup>49</sup> El tercer protocolo facultativo a la CDN permite la presentación de comunicaciones en nombre de personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte y que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en cualquiera de los siguientes instrumentos en que ese Estado sea parte: la CDN; el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados). De hecho, el primer pronunciamiento del Comité, en el marco de este procedimiento, da respuesta a una reclamación interpuesta contra el Estado español por un asunto relativo a la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Así la Comunicación núm. 1/2014 (presentada el 23 de septiembre de 2014) refleja una decisión adoptada por el Comité en su 69º período de sesiones (18 de mayo a 5 de junio de 2015), y declara no admisible la reclamación por incompetencia del Comité *ratione temporis*.

<sup>50</sup> De 7 de marzo de 2016, A/CN.4/694, disponible en <http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/694&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/68/index.shtml&Lang=S>.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 16 y 17.

en el art. 10.2 CE<sup>52</sup>. Tampoco existen dudas sobre la eficacia interpretativa de las sentencias del TEDH o de los pronunciamientos de otros tribunales o cortes cuando se pronuncian sobre la aplicación de tratados de derechos humanos. Ahora bien, mayores dudas despierta que esa proyección interpretativa deba verse condicionada por los pronunciamientos de los Comités de expertos, al menos de forma directa. La jurisprudencia del TC, por mandato del art. 10.2 de la CE, determina que el contenido y alcance de los derechos fundamentales contenidos en el Título I de la Constitución, debe ser interpretado a la luz de los tratados y convenios ratificados por España y en virtud de la lectura que de dichos tratados hagan los tribunales que tengan atribuida la competencia para su garantía directa. Por esa razón, el TC se sirve sin complejos de la jurisprudencia del TEDH y de la jurisprudencia del TJUE cuando interpreta la Carta de Niza. Pero la misma jurisprudencia no muestra idéntica apertura a los pronunciamientos de los Comités, aunque el grado de apertura dependa finalmente de lo útil que el recurso a la fuente externa pueda resultarle al Tribunal<sup>53</sup>. Si bien esta tendencia doctrinal resulta evidente, la misma puede verse mitigada si las posiciones de dichos Comités se incorporan a nuestra jurisprudencia por la vía interpuesta de incorporar la que emana del TEDH u otros órganos de control del sistema del Consejo de Europa. Ha sucedido ya cuando el TC asume las posiciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o Degradantes por la vía del uso que de esas posiciones hace el Tribunal de Estrasburgo (SSTC 130/2016 y 182/2012). No debe perderse de vista, en este sentido, que en materia de menores el TEDH va progresivamente convirtiéndose en espejo del CDN, ante la ausencia de previsiones específicas en el Convenio de Roma (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2016: 624).

Llegados a este punto cumple exponer las razones por las que es fundamental tener en cuenta, en su justa medida, el marco internacional de garantía de los derechos de los menores solicitantes de protección internacional y la recepción de ese marco en el ordenamiento interno. La razón por la que nos importa tanto el alcance del DIDH en este ámbito se formula de modo relativamente sencillo: los Estados tienen tendencia a superponer los criterios de política migratoria sobre la defensa de los derechos de las personas migrantes, incluso aunque se trate de solicitantes de asilo. Incluso aunque se trate de menores. Y como hemos visto, los límites a dicha tendencia vienen dados, fundamentalmente por el DIDH<sup>54</sup>. En nuestro caso,

<sup>52</sup> *Vid.*, sobre esta cuestión: CUENCA GÓMEZ, Patricia (2012), SÁINZ ARNÁIZ, Alejandro (1999) y TRINIÑAD NÚÑEZ, Pilar (2009)

<sup>53</sup> En relación con el derecho a la doble instancia penal, el Tribunal se ha manifestado con insistencia sobre la ausencia de fuerza ejecutiva directa de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por tanto sobre la ausencia de proyección directa del contenido de los mismos a la jurisprudencia constitucional (por todas SSTC 70/2002 y 116/2006). En la misma línea, nunca ha citado las resoluciones del Comité de Derechos del niño. En otras ocasiones, en cambio, el Tribunal sí ha acudido a criterios interpretativos facilitados por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (STC 46/200, en relación con el derecho a la libertad religiosa contenido en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), o por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (SSTC 147/2001 y 37/1983, en relación con el concepto de representatividad sindical).

<sup>54</sup> Es suficientemente elocuente, en este sentido, el pronunciamiento del TEDH: *“El Tribunal ya ha señalado en otras ocasiones que los Estados que forman la frontera exterior de la Unión Europea se enfrentan actualmente a dificultades considerables a la hora de hacer frente a la creciente llegada de inmigrantes y solicitantes de asilo. El Tribunal no subestima la carga y la presión que esta situación supone para los Estados en cuestión, agravadas por un contexto marcado por la crisis económica actual (...) Es particularmente consciente de las dificultades relacionadas con el fe-*

por la Convención de Ginebra y por el CDN. Por más que exista normativa interna en ambos ámbitos materiales (refugiados y menores), la tendencia prioritaria del aparato estatal, adopte esta la forma de legislador, de administración o de juez, apunta a la priorización de la política migratoria sobre el resto. Por eso el ascendente del sistema internacional de protección de los derechos es fundamental en este ámbito, porque es allí donde resulta más sencillo que la condición migratoria sea preterida ante situaciones de particular vulnerabilidad. Dicho en otros términos, el sistema de DIDH es más garantista, en términos generales, que los sistemas nacionales cuando de cuestiones migratorias se trata, y por eso conocer los pronunciamientos de los órganos de garantía del sistema internacional, sean aquellos vinculantes o no lo sean, puede ser de utilidad a la hora de plantear la defensa (teórica o práctica) de los derechos de los menores solicitantes de protección internacional.

Valga una cita como ejemplo de esa especial relevancia de la CDN y los pronunciamientos al respecto adoptados por su Comité de control.

El art. 19 de la CDN obliga a los Estados parte a adoptar *“todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*. Y añade que dichas medidas de protección *“deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”*.

En 2011, el Comité de los derechos del niño adoptó la Observación General número 13, relativa al *“Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”*<sup>55</sup> en la que concreta el alcance de las obligaciones que impone este art. y que aclara que el art. 19 *“también se aplica a los niños que no tienen un cuidador principal o circunstancial o una persona encargada de asegurar su protección y bienestar, como por ejemplo (...) los hijos de padres migrantes o los niños no acompañados fuera de su país de origen”*<sup>56</sup>. De todo ello se deriva la obligación positiva de los Estados parte en el CDN de desarrollar cuantas medidas estén a su alcance para proteger a los niños, también a los niños migrantes acompañados o no, contra cualquier trato negligente y, desde luego, contra cualquier acto de violencia, incluidos, obviamente, los actos de persecución que describe la Convención de Ginebra, o los daños graves a los que se refiere el art. 15 de la Directiva 2011/95, ya citada aquí.

---

*nómeno de migración por mar, que conlleva complicaciones adicionales para los Estados a la hora de controlar las fronteras en Europa meridional. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter absoluto de los derechos protegidos por el art. 3 [prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes], estas últimas consideraciones no puede eximir a un Estado de sus obligaciones derivadas de esta disposición”*: Cfr. el apartado 122 de la sentencia dictada en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, ya citada aquí.

<sup>55</sup> CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011, disponible en el siguiente enlace: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTyp eID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTyp eID=11).

<sup>56</sup> Cfr. el apartado 35 de la Observación General.

## **4. OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES REFUGIADOS: PODERES PÚBLICOS Y ACTORES NO ESTATALES COMO SUJETOS OBLIGADOS**

El contexto normativo al que venimos haciendo referencia establece una serie de obligaciones de protección respecto de los menores solicitantes de protección internacional, tanto si viajan solos, como si lo hacen en compañía de sus familiares, o de otros adultos de referencia. Esas obligaciones vinculan a los Estados en tanto que sujetos de derecho internacional, y, por tanto, a los poderes públicos que deben implementar las obligaciones internacionales en sede interna, y que las ejecutan, bien de forma directa, bien a través de la aplicación que la normativa interna prevé respecto de aquellas obligaciones. Cuestión más compleja es si las obligaciones a las que haremos referencia vinculan también a los actores no estatales que interactúan con los menores solicitantes de asilo, en particular las organizaciones no gubernamentales y las empresas que intervienen, del modo en que veremos, en el proceso migratorio de estos menores. A todo ello hacemos inmediata referencia, partiendo de la descripción de un principio general que, así lo entendemos, debe servir como orientador de la actividad de los Estados, poniendo de relieve la necesidad de intervención del poder público estatal, de los poderes públicos estatales, tanto en negativo, no coadyuvando a incrementar la vulnerabilidad de los menores, como en positivo, trabajando por desactivar las situaciones de violencia infringidas por terceros sobre los menores, que inciden en su mayor vulnerabilidad.

### **4.1. Las implicaciones del principio de diligencia debida**

No debe perderse de vista que en el origen de una parte importante de las formas de violencia y vulneración de derechos de que son víctimas los niños y niñas migrantes, entre los que incluimos a los solicitantes de asilo, se encuentran actos de particulares. Es así, por ejemplo, en el caso de las redes de trata o, en otro orden de cosas, en el caso de los individuos que son responsables de la violencia que los menores refugiados sufren en los campos de refugiados. Son diversas las formas de violencia a las que los menores se enfrentan a lo largo de toda la ruta migratoria<sup>57</sup>. Una vez emprendida la huida del país de origen, y ante la inacción o inadecuación de la respuesta de los Estados de tránsito y acogida, los migrantes/refugiados –y muy particularmente los niños– se enfrentan a menudo a actos de racismo y xenofobia, violencia proveniente de actores estatales –guardias de frontera, por ejemplo– y no estatales, abusos y explotación<sup>58</sup>.

La obligación del Estado de proteger a los individuos de las violaciones de derechos humanos cometidas por particulares se ha invocado tradicionalmente, en particular, respecto de

<sup>57</sup> El Relator Especial sobre los derechos de los migrantes ha recordado de forma reiterada a los Estados su obligación de proteger a los menores en todas las etapas del proceso migratorio. Véase, por ejemplo, su Informe de 21 de marzo de 2011, A/HRC/17/33, disponible en <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/HRC/17/33>, apartados 26-33.

<sup>58</sup> REALE, Daniela (2013:67).

la seguridad de los extranjeros presentes en el territorio. Las violaciones de derechos humanos cometidas por particulares no se atribuían directamente al Estado, pero cabía entender que este era responsable de un ilícito diferente: no haber prevenido o, llegado el caso, castigado tales violaciones<sup>59</sup>.

Hoy, el DIDH impone a los Estados la obligación de proteger a todos los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción de las violaciones de derechos humanos perpetradas por terceros, también por particulares. Podría afirmarse, en este sentido, que el principio de diligencia debida es un “escudo” frente a dichas violaciones que ha ido ganando un espacio propio, y central, en el DIDH. Prueba de ello son las menciones al mismo contenidas, tanto en tratados internacionales de derechos humanos<sup>60</sup>, como en la jurisprudencia de los tribunales y otros órganos de control de derechos humanos<sup>61</sup>. Así, de modo progresivo, la diligencia debida se ha configurado como una obligación de conducta que requiere de los Estados la adopción de “medidas razonables con posibilidades reales de alterar el resultado o mitigar el daño”<sup>62</sup>. Tal y como ha sido formulada por los órganos de protección internacional de derechos humanos, la diligencia debida debe traducirse, en efecto, en la adopción de medidas eficaces<sup>63</sup>, esto es, verdaderamente útiles o capaces de lograr el efecto buscado. En nuestro caso, la protección (eficaz) de los menores frente a la trata, la explotación y cualquier otra forma de violencia.

Parece evidente que no es menor la dificultad de determinar si el Estado ha cumplido con dicha obligación de conducta. De ahí que, tal y como ha puesto de manifiesto la Relatora Especial contra la trata de personas, resulte esencial que la articulación de procedimientos de evaluación adecuados al respecto, sobre todo cuando, como en el caso que nos ocupa, las violaciones de derechos humanos provienen de agentes no estatales, ya que en este caso las

<sup>59</sup> PISILLO-MAZZESCHI, Riccardo (1991:26).

<sup>60</sup> Sirve como ejemplo, porque está directamente relacionado con nuestro ámbito de estudio, el art. 2.e) del Protocolo de 2014 relativo al Convenio de la OIT sobre el trabajo forzoso de 1930, que obliga a los Estados parte a adoptar medidas “de apoyo a los sectores público y privado para que actúen con la debida diligencia a fin de prevenir el trabajo forzoso u obligatorio y de responder a los riesgos que conlleva”. El Protocolo entró en vigor el 9/11/ 2016. Disponible: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:P029](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029).

<sup>61</sup> El TEDH se ha valido en ocasiones de la constatación de la falta de diligencia debida para afirmar la violación del Convenio. Hace un estudio pormenorizado de la cuestión en el ámbito de la violencia doméstica HASSELBACHER, Lee (2010). Véase también, en el ámbito interamericano, el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), de 29 de julio de 1988, apartado 166, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf).

<sup>62</sup> Informe de la Relatora Especial contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3/8/2015, A/70/260, apartado 17, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/241/40/PDF/N1524140.pdf?OpenElement>.

<sup>63</sup> HASSELBACHER, Lee (2010:207). El TEDH ha tenido ocasión de señalar en el asunto *Ranstev c. Chipre y Rusia* (sentencia de 10 de mayo de 2010, demanda núm. 25965/04) al respecto del alcance de las obligaciones asumidas por los Estados parte en el CEDH en virtud del art. 4 que “el espectro de salvaguardas establecido en la legislación nacional debe ser adecuado para asegurar la protección práctica y efectiva de los derechos de las víctimas o potenciales víctimas de la trata. Por tanto, además de las medidas en materia de legislación penal para castigar a los que ejercen la trata, el art. 4 exige a los Estados miembros que pongan en vigor medidas que regulen los negocios, que con frecuencia se utilizan como cobertura de los delitos de trata. Además, las normas de inmigración de los Estados, deben abordar las preocupaciones relativas al incentivo, la facilitación o la tolerancia de la trata” (apartado 144). ECHR 2010-I. Sobre esta sentencia, puede verse, por todos, el trabajo de PATI, Roza (2011).

omisiones de los poderes públicos (legislador, administraciones públicas y jueces) pueden resultar particularmente difíciles de medir<sup>64</sup>.

Parece estar claro que los éxodos masivos de migrantes y refugiados provenientes de un conflicto armado o de una situación de violación generalizada de derechos humanos son escenarios de los que las redes de trata sacan verdadero provecho. Mujeres y niños se encuentran, por diversos motivos, particularmente expuestos a la captación. Aunque es obvio que el Estado no puede ser declarado responsable de todas las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales contra individuos que están bajo su jurisdicción, el incumplimiento de los estándares que se derivan del principio de diligencia debida, y a cuyo desarrollo están contribuyendo los órganos de protección internacional de derechos humanos, podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Resulta de interés, por tanto, de un lado, la determinación de dichos estándares y del modo en que los mismos podrían aplicarse para lograr mejorar la protección frente a la trata de los menores inmersos en procesos migratorios. Dicha determinación tiene una configuración poliédrica, puesto que a la misma están contribuyendo, a través de distintas vías de control o supervisión, diferentes órganos internacionales<sup>65</sup>. Corresponde a los poderes públicos, en primera instancia, incorporarlos a las medidas legislativas, administrativas y judiciales que se adopten para prevenir, sancionar y reparar, en su caso, las violaciones de derechos humanos de las que hayan sido víctimas los menores<sup>66</sup>. Una vez agotados los recursos internos, quedan a disposición del particular cuyos derechos han sido vulnerados los mecanismos de protección internacional cuya activación puede servir, para pedir cuentas al Estado por su incumplimiento<sup>67</sup> y reparar la violación cometida por él, para desarrollar o ampliar dichos estándares.

<sup>64</sup> Informe de la Relatora Especial contra la trata de personas, apartado 17,

<sup>65</sup> *Cfr.* las recomendaciones concretas contenidas en el Informe de la Relatora Especial contra la trata de personas que acaba de citarse. Que los países europeos están, en cualquier caso, muy lejos de alcanzar esos estándares en relación, al menos, con la obligación de identificar a menores víctimas o víctimas potenciales de trata lo ha puesto de manifiesto recientemente GRETA, el Grupo de Expertos creado por el Convenio Europeo contra la trata de seres humanos (firmado en Varsovia el 16 de mayo de 2005 y disponible en <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/Que-VoulezVous.asp?NT=197&CM=8&DF=02/06/2014&CL=ENG>). En su 4º Informe General de GRETA, publicado en abril de 2015, en 31 de los 35 países evaluados por el grupo se identificaron importantes lagunas en los programas y medidas de identificación de niños víctimas de trata. Entre esas lagunas, se mencionan en el Informe la inexistencia de centros especializados, la designación insuficiente de tutores legales, y la falta de coordinación, interna e internacional, entre las diferentes autoridades nacionales (policías o guardias de fronteras, autoridades de inmigración, servicios sociales, servicios de protección del menor). Se trataría de factores que incrementan el riesgo de que los menores migrantes o refugiados acaban siendo víctimas de trata. El Informe está disponible en <http://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/general-reports>.

<sup>66</sup> Debe recordarse ahora lo que se ha dicho en este trabajo sobre los efectos de los pronunciamientos de los órganos de protección internacional de derechos humanos.

<sup>67</sup> En este sentido, el Relator especial contra la tortura, en su Informe de 5 de enero de 2016 (A/HRC/31/57) ha afirmado que “(c)uando los Estados no ejercer la debida diligencia para proteger a las víctimas de la trata de las acciones de particulares, castigar a los responsables u ofrecer medidas de reparación, se considera que consienten la tortura o los malos tratos o son cómplices de ellos (...) Esto es particularmente cierto cuando la conducta es sistemática o recurrente, de forma que el Estado la conoce o debería haber tenido conocimiento de ella y debería haber adoptado medidas para evitarla, entre ellas el enjuiciamiento penal y la sanción” (apartado 41).

## 4.2. La protección frente a la explotación en el proceso migratorio: tráfico, trata y vías de acceso seguras

En el informe conjunto presentado por Europol e Interpol en el año 2016<sup>68</sup>, se pone de manifiesto que más del 90% de las personas migrantes que llegan a las fronteras de la UE lo hacen ayudadas por redes dedicadas al tráfico de personas, redes que conforman un negocio internacional muy lucrativo, y que generan redes de poli-criminalidad conexas realmente complejas (tráfico de drogas, falsificación documental, crímenes contra el derecho de propiedad, y trata). Parte de los migrantes que recurren a esas redes se sitúan en un riesgo potencial de caer a su vez en redes de trata de seres humanos, porque existe coincidencia parcial entre los sujetos que gestionan unas (smuggling) y otras (trafficking), así como coinciden las rutas de tránsito, y las infraestructuras de las redes. En este contexto, el sistema de asilo, tal y como refleja el citado informe, puede ser instrumentalizado por las redes de tráfico o de trata para obtener algún tipo de ventaja asociada a la autorización temporal de residencia<sup>69</sup>, aunque parece más frecuente el fenómeno contrario, es decir, la falta de reconocimiento de protección internacional para quienes, siendo víctimas de trata, serían susceptibles de ser reconocidos como sujetos beneficiarios del estatuto de protección internacional<sup>70</sup>.

La dimensión más hiriente de la explotación en el proceso migratorio, en cambio, viene dada por lo que no se ve, es decir, por la “desaparición” de menores en dicho proceso, una desaparición que, como ya se ha señalado, ha encontrado un eco inusitado en los medios de comunicación a partir de la llamativa cifra facilitada por Europol. Las cifras que maneja este organismo<sup>71</sup> muestran que en el año 2015 entraron en Europa 85.482 menores no acompañados solicitantes de asilo, los que más fácilmente pueden acabar bajo el control de las redes de trata. De ellos la mitad eran afganos. El 13% originario de Siria. Una parte de esos menores habrían desaparecido en los primeros días desde su llegada de los propios centros de acogida genéricos o de los centros de atención a personas solicitantes de asilo. Una parte que Europol cifra, tal y como han recogido los medios de comunicación, en 10.000<sup>72</sup> menores. Pero podrían ser menos y tratarse de un mero problema de control estadístico fallido. O podrían ser más.

Las cifras pueden ponerse en duda, pero son apenas un toque de atención. La realidad, machaconamente, insiste en confirmar que muchos de los niños y niñas que entran solos en Europa o que se quedan solos en tránsito (también algunos acompañados) terminan en ma-

<sup>68</sup> Joint Europol-Interpol Report, *Migrant Smuggling Networks*, Executive Summary, mayo de 2016. Disponible en [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/ep-ip\\_report\\_executive\\_summary.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/ep-ip_report_executive_summary.pdf). En el mismo sentido puede leerse el informe específico de EUROPOL (2016), *Migrant smuggling in the EU*, de febrero de 2016.

<sup>69</sup> Véase, en este sentido el informe EUROPOL (2016), *Situation Report, Trafficking in human beings in the EU*, disponible en file:///C:/Users/carmenpg/Downloads/thb\_situational\_report\_-\_europol.pdf, pp. 12 y ss.

<sup>70</sup> Respecto de la cuestión del reconocimiento del derecho de asilo a las víctimas de trata por el hecho de ser tales, véanse sendos informes del Defensor del Pueblo Español: DEFENSOR DEL PUEBLO (2012), p. 239 y DEFENSOR DEL PUEBLO (2016), p. 79.

<sup>71</sup> Cfr. EUROPOL (2016), *Migrant smuggling in the EU*, disponible en <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/migrant-smuggling-in-eu>.

<sup>72</sup> Véase, al respecto, la información publicada por el Diario *The Guardian* en <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/30/fears-for-missing-child-refugees>. Se refiere esa cifra en distintos informes y notas de prensa que se recopilan en la web de la ONG Missing Children Europe: <http://missingchildreurope.eu/news/Post/1023>.

nos de las redes de trata porque son particularmente vulnerables, porque no tienen recursos económicos propios, y porque no están funcionando bien los mecanismos de protección que debieran activar los Estados. En realidad los niños no desaparecen, sencillamente se vuelven invisibles para los radares del control público, o bien no entran en los centros de protección o en el sistema de protección en sentido amplio. O bien salen del mismo para quedar bajo control de las redes que les saca de los centros, sean estos recursos específicos para menores, o recursos específicos para solicitantes de asilo. En ambos casos hablamos de centros en régimen abierto de los que los menores son “libres” para irse.

Si nos referimos al contexto normativo<sup>73</sup>, la lucha contra la trata de seres humanos, especialmente mujeres y niños, ha ido ganando peso como objetivo propio del Derecho internacional<sup>74</sup>. En la actualidad, un nutrido grupo de tratados internacionales imponen a los Estados obligaciones específicas en relación con la prevención y la persecución del fenómeno, de un lado, y la protección de los derechos de las víctimas y su reparación, de otro. En el plano universal, no puede dejar de mencionarse de nuevo el Protocolo de Palermo, ya citado aquí. En lo que hace al plano europeo<sup>75</sup>, el Convenio europeo sobre la lucha contra la trata de seres humanos, que también ha sido ya citado aquí, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de sus víctimas<sup>76</sup> y el art. 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) que proscribe la trata<sup>77</sup>, se unen al Convenio de Lanzarote<sup>78</sup> que, en el ámbito del Consejo de Europa, también se refiere a las medidas de lucha contra

<sup>73</sup> Debe tenerse en cuenta, en relación con el desarrollo de este conjunto normativo, que el mismo se ha visto acompañado del refuerzo de una perspectiva victimocéntrica, que atiende de modo primordial a la protección de los derechos humanos de las víctimas, presuponiendo que estamos ante una severísima violación de derechos que cabe considerar fundamentalísimos. No cabe dudar, desde luego, de que la trata de seres humanos constituye una violación muy grave de un buen número de derechos humanos: además de al derecho a no ser torturado o del derecho a no ser sometido a esclavitud, podrían citarse el derecho a la libertad de movimientos, el derecho a la salud, en particular a la salud reproductiva en el caso de las mujeres y niñas víctimas de trata con fines de explotación sexual o de las víctimas –hombres y mujeres– de la trata con fines de extracción de órganos, e, incluso en ocasiones, el derecho a la vida. Se trata de derechos protegidos por un nutrido número de tratados internacionales de los que son parte la mayoría de los Estados de destino de las trata. Véase, en este sentido DIAZ BARRADO, Cástor (2015), y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2014).

<sup>74</sup> Para comprender cómo se ha desarrollado el Derecho internacional en este ámbito es imprescindible la lectura de GALLAGHER, Anne T. (2010).

<sup>75</sup> En el ámbito americano destaca la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-57\\_Convencion\\_Interamericana\\_sobre\\_Trafico\\_Internacional\\_de\\_Menores.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm).

<sup>76</sup> Esta Directiva sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Cfr. DOUE, Serie L núm. 10, de 15 de abril de 2011.

<sup>77</sup> Junto a las normas anteriores, en el marco de la actuación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y específicamente en materia de trata de menores para explotación laboral, cabría citar, junto al Convenio núm. 138 sobre edad mínima, de 26 de junio de 1973, el Convenio núm. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999. Este segundo Convenio incluye entre las peores formas de trabajo infantil “todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”. Todos estos Convenios están disponibles en <http://www.ilo.org/global/standards/lang--en/index.htm>.

<sup>78</sup> Convenio 201 del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de julio de 2007 (BOE 12-10-2010).

la trata de seres humanos, en particular cuando se trata de menores de edad. En el ámbito interno, la protección penal de las y los menores víctimas de trata se contiene en el art. 177 bis del Código Penal<sup>79</sup>, que se verá completada por lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)<sup>80</sup>, en particular en los arts. 11.2 y 18, y por la previsión del art. 146 del Reglamento de desarrollo de la LODYLE<sup>81</sup>.

¿Qué obligaciones imponen todas estas normas al Estado? Ante todo y sobre todo, la obligación de proteger al menor de las redes de trata y de preservar, en el proceso de identificación y protección, su interés superior.

Contribuiría a prevenir la trata que los Estados de destino proporcionasen rutas de acceso seguras a los refugiados, al menos a aquellos que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad<sup>82</sup>. Sería este el caso de los menores. La implementación de programas de reasentamiento desde las zonas en conflicto, o de otros mecanismos de cooperación internacional, evitaría que las redes de tráfico y trata “organizasen” dicha llegada<sup>83</sup>. No parece que la UE esté proporcionando, ni cualitativa ni cuantitativamente, la cooperación suficiente cuando ha adoptado e implementado programas de reubicación y reasentamiento de personas necesitadas de protección internacional en el contexto de la actual “crisis migratoria”.

<sup>79</sup> Sobre la protección de los menores víctimas de trata Cfr. GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar y PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (2015).

<sup>80</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17/01/1996. Esta ley ha sido modificada sustancialmente por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LOMSPIA). A alguna de las modificaciones introducidas haremos referencia específica por su interés para nuestro objeto de estudio.

<sup>81</sup> El art. 146 RLODYLE, se refiere a los extranjeros menores de edad víctimas de trata de seres humanos, y establece como criterio fundamental de actuación de las administraciones la preservación de ese interés superior del menor. La obligación de proteger supone, por tanto, que allí donde el interés del menor así lo aconseje, deberá ser tratado antes como víctima de trata que como menor, o incluso antes como víctima que como solicitante de protección internacional, derivándolo hacia los recursos específicos para víctimas de trata de seres humanos que se prevean, y ello por razones de protección o de asistencia especializada (apdo. 2º art. 146 RLODYLE). Prevé el Reglamento igualmente que los recursos específicos para víctimas de trata de seres humanos garanticen la separación entre menores y mayores de edad, lo que se justifica por la particular vulnerabilidad de los menores, y por la necesidad de proveerles de asistencia específica en materia educativa, sanitaria, asistencial, etc... todo ello teniendo en cuenta, además, que estos menores, si se encuentran separados de sus adultos de referencia, en particular de sus progenitores, habrán pasado a ser tutelados por las autoridades españolas, lo que supone una singular situación de especial sujeción a la administración pública que hay que tratar de modo singularizado. En la misma línea descrita, el apartado cuarto del Protocolo de Menores Extranjeros no acompañados, establece en su apartado cuarto la necesidad de informar a las posibles víctimas de trata de seres humanos menores de edad sobre sus derechos y sobre la normativa de protección de menores. En concreto se prevé que, tras su identificación, el “*MENA que tuviera suficiente juicio deberá ser informado por los funcionarios policiales o, en su defecto, por el personal de la Entidad pública de protección de menores bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre, de modo fehaciente y en un idioma que razonablemente pueda entender, de los derechos que asisten en España a las posibles víctimas de trata de seres humanos, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita*”.

<sup>82</sup> A esto ha instado el Relator especial sobre derechos de los migrantes en su Informe de 8 de mayo de 2015 (A/HRC/29/36), disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/AnnualReports.aspx>. Para el Relator es vital que, en el corto plazo, la UE ponga en marcha operaciones de búsqueda y rescate de las personas que tratan de llegar a territorio europeo en busca de protección internacional y que provea de oportunidades de reasentamiento en su territorio para personas provenientes de Siria y otros países del entorno.

<sup>83</sup> Véase al respecto GALINSOGA JORDÁ, Albert (2002). Volveremos más tarde sobre la cuestión del reasentamiento, cuando hagamos referencia a las soluciones duraderas.

La implementación de un programa de reubicación fue, en primer lugar, el objetivo de dos decisiones que el Consejo de la UE adoptó en septiembre de 2015<sup>84</sup>. Ambas decisiones tenían por objeto la adopción de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y de Grecia, con el fin de prestarles apoyo para que pudiesen hacer frente más adecuadamente a una situación de emergencia caracterizada por una afluencia repentina de nacionales de terceros países a esos Estados miembros. Se establece para ello un procedimiento de reubicación desde esos Estados a otros Estados miembros de la UE. En la aplicación de ambas decisiones debe considerarse de modo prioritario el interés superior del menor. Además, los Estados miembros deben asegurarse de que los miembros de la familia comprendidos en el ámbito de aplicación de las Decisiones son reubicados en el territorio de un mismo Estado miembro. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la reubicación se prevé desde el territorio de dos Estados miembros de la UE, y no desde los Estados de origen o tránsito. Parece evidente, por tanto, que el propósito último es “aliviar” la presión que soportarían esos dos Estados, y no proporcionar un acceso seguro a los refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional. Las reubicaciones se están produciendo, además, muy lentamente<sup>85</sup>.

Unos meses antes, el 22 de julio de 2015, los Representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo habían adoptado unas Conclusiones sobre el reasentamiento mediante programas multilaterales y nacionales de 20.000 personas claramente necesitadas de protección internacional<sup>86</sup>, cuyo ritmo de implementación es también claramente insatisfactorio.

Con todo, la medida más preocupante de las aprobadas por la UE y sus Estados miembros fue la adoptada el pasado 18 de marzo de 2016, cuando el Consejo Europeo cerró con Turquía una “Declaración” en la que este país aceptaba “readmitir” en su territorio a todos los inmigrantes llegados a Grecia desde ese territorio a partir del 20 de marzo<sup>87</sup>. Turquía ha sido, a ojos de la UE, un socio clave desde el inicio de la crisis migratoria de la que nos ocupamos en estas páginas. En su huida, un buen número de refugiados ha utilizado su territorio como país de tránsito para llegar a Grecia, en la denominada “ruta del Egeo”. Los intentos de que Turquía cooperase en el cierre de esta ruta cristalizaron con la adopción de este acuerdo cuyos elementos principales se describen muy someramente a continuación<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Nos referimos a la Decisiones (UE) 2015/1601 y 2015/1523 del Consejo, de 14 y 22 de septiembre de 2015, por las que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia (DO, Serie L núm. 239, de 15 de septiembre de 2015, y núm. 248, de 24 de septiembre de 2015).

<sup>85</sup> La Comisión Europea elabora periódicamente Informes de situación, que pueden consultarse en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3614\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3614_es.htm).

<sup>86</sup> Cuyo texto está disponible en la misma dirección electrónica.

<sup>87</sup> El acuerdo está disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

<sup>88</sup> Hasta ahora la Comisión ha adoptado tres Informes de seguimiento del Acuerdo, el 20 de abril de 2016 (disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-231-ES-F1-1.PDF>), el 15 de junio de 2016 (disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160615/2nd\\_commission\\_report\\_on\\_progress\\_made\\_in\\_the\\_implementation\\_of\\_the\\_eu-turkey\\_agreement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160615/2nd_commission_report_on_progress_made_in_the_implementation_of_the_eu-turkey_agreement_en.pdf)) y el 28 de septiembre de 2016 ([http://ec.europa.eu/enlargement/news\\_corner/migration/com\\_2016\\_634\\_fl\\_other\\_act\\_863309.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/news_corner/migration/com_2016_634_fl_other_act_863309.pdf)).

En primer lugar, la Declaración recoge una serie de medidas directamente destinadas a reforzar la cooperación entre las partes para gestionar la crisis migratoria. Así, Turquía se compromete a readmitir en su territorio a los “migrantes irregulares” que lleguen a territorio europeo –presumiblemente a las islas griegas- a partir del 20 de marzo de 2016 utilizando Turquía como país de tránsito. El acuerdo prevé que, de conformidad con el DI y el principio de no devolución, las personas que lleguen serán debidamente registrados y las autoridades tramitarán toda solicitud de asilo individualmente, de acuerdo con la Directiva sobre procedimientos de asilo.

En principio, por tanto, únicamente los migrantes que no soliciten asilo u otro tipo de protección internacional o cuya solicitud se haya considerado infundada o inadmisibles de conformidad con la citada Directiva serán retornados a Turquía. Lo que exige que el Derecho interno griego incorpore a ese país a la categoría de “terceros países seguros”. Por su parte, la UE se compromete a reasentar en su territorio “por cada sirio retornado a Turquía” a otro sirio procedente de allí. Estos serán elegidos de acuerdo con un mecanismo que deberá establecerse “con la asistencia de la Comisión, los organismos de la UE y otros Estados miembros, así como el ACNUR” y sobre la base de los criterios de vulnerabilidad de Naciones Unidas<sup>89</sup>. Se establece, sin embargo, un “cupó”. Así, el reasentamiento según este mecanismo se llevará a cabo, en un primer momento, mediante el cumplimiento de los compromisos que habían adquirido los Estados miembros en las Conclusiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 20 de julio de 2015, ya citadas aquí. Se prevé que las necesidades adicionales de reasentamiento se aborden a través de un acuerdo voluntario similar hasta alcanzar un límite máximo de 54.000 personas más. En consecuencia, si no se cumple así con el objetivo de poner fin a la migración irregular y el número de retornos sobrepasa esta cifra, se interrumpirá la aplicación del mecanismo<sup>90</sup>. La financiación de las operaciones de retorno y reasentamiento correrá a cargo de la UE. Además, la UE, en cooperación con Turquía, acelerará el desembolso de los 3000 millones de euros inicialmente asignados en virtud del Mecanismo para los Refugiados en Turquía y garantizará la financiación de más proyectos destinados a personas bajo protección temporal.

Adicionalmente, Turquía tomará todas las medidas que resulten necesarias para evitar que se abran nuevas rutas marítimas o terrestres de migración ilegal desde su territorio al de la UE y cooperará a tal efecto con los Estados vecinos y con la propia UE. Sólo en el caso de que cese o disminuya el paso irregular entre Turquía y la UE, de manera sustancial y duradera, se pondrá en marcha un régimen voluntario de admisión humanitaria, al que los Estados miembros de la UE contribuirán voluntariamente.

Por último, en un intento de frenar las llegadas “en origen” la UE y sus Estados miembros colaborarán con Turquía en la mejora de las condiciones humanitarias en el interior de Siria,

---

<sup>89</sup> En un intento de evitar que el acuerdo favorezca el tan socorrido “efecto llamada”, se establece que se dará prioridad a los migrantes que no hayan entrado o intentado entrar previamente de manera irregular a la UE. No se especifica a qué criterios de vulnerabilidad se refiere, en concreto, la Declaración. En cualquier caso, parece que los menores, sobre todo si están solos o no acompañados, integrarían esa categoría.

<sup>90</sup> No se aclara si, en ese caso, Turquía dejará de readmitir migrantes.

en particular en determinadas zonas próximas a la frontera con Turquía, lo que permitiría a la población local y a los refugiados vivir en zonas que sean más seguras.

Son muchas las dudas, tanto de fondo como de forma, que suscita el acuerdo. En cuanto a las primeras, y por más que Grecia haya efectivamente modificado su legislación para, tal y como exige la normativa del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), incluir a Turquía como tercer país seguro a efectos de la devolución, lo cierto es que las incertidumbres, más que razonables, persisten. Deber recordarse, en este sentido, que de acuerdo con las normas comunes sobre asilo adoptadas en el marco de la UE, que pivotan, como no podría ser de otro modo, sobre el principio de *non-refoulement*, el Estado miembro podrá declarar inadmisibles una solicitud de asilo, y por tanto no examinarla, si devuelve al solicitante a un tercer país seguro<sup>91</sup>. Es decir, un Estado miembro de la UE –Grecia– podrá devolver a un solicitante de asilo –sirio– a un tercer desde el cual ha entrado en el territorio de la UE –Turquía– sólo si este último puede ser considerado un tercer país seguro en su legislación interna<sup>92</sup>.

¿Cabe considerar a Turquía un “país seguro” a estos efectos?”<sup>93</sup> No cabe negar<sup>94</sup> que Turquía es parte de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de refugiados, aunque mantiene una limitación de carácter geográfico que impide su aplicación cuando los hechos que traen causa de la protección han ocurrido fuera de Europa. Pero son preocupantes las numerosas condenas a este país por la violación del art. 3 del CEDH, que prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, que han sido objeto de sentencias del TEDH. No resultan nada tranquilizadoras, en este mismo sentido, las denuncias que se han hecho públicas en las últimas semanas y que se refieren a la posible explotación laboral que estarían padeciendo menores sirios en Turquía<sup>95</sup>.

Por último, queda por despejar también la incógnita de qué ocurrirá con aquellas personas que (a) llegaron a Grecia antes de que el acuerdo empezase a ser aplicado (el 20 de marzo de 2016), o (b) lleguen a Grecia una vez superado el “cupó” de reasentamientos desde Turquía previsto en el acuerdo de 18 de marzo. Parece que los primeros deberán poder solicitar en Grecia protección internacional. Al igual que los segundos, si se suspende el bochornoso “mecanismo de intercambio”, deberán poder presentar allí sus solicitudes de protección.

En cuanto a las dudas formales, las mismas tienen que ver con la naturaleza jurídica del acuerdo. ¿Estamos ante un tratado internacional? A los efectos de dar respuesta a esa pregunta, no es determinante cómo las partes lo han calificado. Así lo confirman

<sup>91</sup> Cfr. los arts. 31.8.b) y 33.2.c) de la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DO Serie L, núm. 180, de 29 de junio de 2013).

<sup>92</sup> Así lo ha confirmado recientemente el Tribunal de Justicia de la UE en su sentencia de 17 de marzo de 2016, asunto C-695/15 PPU, *Shiraz Baig Mirza c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, aún no publicada en la recopilación oficial. Grecia ha revisado su normativa para proceder a dicha incorporación. Hasta que lo hizo, las personas que llegaban a su territorio eran aprehendidas y conducidas a campos de detención.

<sup>93</sup> El art. 38 de la Directiva 2013/32/UE se ocupa del concepto de “tercer país seguro”. Sobre esta cuestión véase GIL BAZO, María Teresa (2006).

<sup>94</sup> CARRERA, Sergio y GUILD, Elspeth (2016).

<sup>95</sup> Ha sido muy crítica con el acuerdo la Conferencia de ONG’s del Consejo de Europa. Su Declaración, de 4 de mayo de 2016, está disponible en <http://www.coe.int/en/web/ingo/-/the-consequences-of-the-political-pact-between-the-eu-and-turkey>.

las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre Derecho de los Tratados, que definen el tratado como “*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados [o entre Estados y Organizaciones Internacionales u Organizaciones Internacionales entre sí] y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y con independencia de denominación particular*”<sup>96</sup>. Será un tratado, en definitiva, si es vinculante, en la medida en que cree derechos y obligaciones para las partes, y si está regido por el DI. No se trata sólo de una cuestión terminológica. De concluir que estamos ante un tratado internacional, la UE habría obviado el procedimiento establecido para su adopción, contenido en el art. 218 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y, en consecuencia, la intervención de la Comisión y del Parlamento Europeo. Se ha hurtado, igualmente, la posibilidad, prevista en el apartado 11 del art. 218, de que el TJUE se pronuncie sobre la compatibilidad del mismo con el Derecho originario, por ejemplo, con el principio de no devolución consagrado en la CDFUE<sup>97</sup>. Una eventual anulación *a posteriori* del acuerdo por parte del TJUE, vía art. 263 del TFUE<sup>98</sup>, no impediría que el mismo siguiese “en vigor”, aunque debe considerarse aquí la posibilidad de que dicha anulación se determinase por su incompatibilidad con una norma de Derecho internacional general de naturaleza imperativa: el principio de no devolución. En ese caso debe tenerse en cuenta<sup>99</sup> que tal y como dispone el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, ya mencionada aquí, será nulo todo tratado que en el momento de su celebración este en oposición con una norma de esa naturaleza.

La intervención del TJUE, o del TEDH, podría también venir de la mano del cuestionamiento del acuerdo ante los jueces internos. Una medida interna de aplicación del mismo podría dar lugar a una demanda ante el segundo, una vez agotados los recursos internos, o al planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación o en apreciación de validez al primero. Debe tenerse en cuenta, no obstante, en lo que hace al posible planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, que la misma no es un derecho del particular, sino una facultad u obligación, según los casos, del juez interno (art. 267 (TFUE)).

<sup>96</sup> Cfr. el art. 2.1.a) de ambas Convenciones.

<sup>97</sup> Deben tenerse en cuenta aquí las dudas sobre la consideración de Turquía como país seguro, a las que acabamos de hacer referencia.

<sup>98</sup> En el caso de que se considerase que estamos ante un acuerdo internacional para cuya adopción no se ha seguido el procedimiento establecido (el del art. 218 del TFUE) la legalidad del mismo podría atacarse ante el TJUE a través del recurso de anulación previsto en el art. 263 del Tratado. Las razones que fundamentarían el recurso podrían ser tanto de forma (incompetencia, vicios sustanciales de forma), como de fondo. Como es sabido, la legitimación para la interposición del recurso está restringida para los denominados demandantes no privilegiados (los particulares), que únicamente podrán recurrir en anulación los actos de que sean destinatarios y que les afecten directa e individualmente. Se trata de condiciones que el TJUE ha interpretado de modo muy restrictivo, lo que hace temer por la suerte que puedan correr los tres recursos de anulación interpuestos ante el Tribunal General por diferentes particulares contra el Consejo solicitando la anulación de la Declaración. Se trata de los asuntos T-192/16 (*NF c. Consejo Europeo*), T-193/16 (*NG c. Consejo Europeo*) y T-257/16 (*NM c. Consejo Europeo*), en los que demandante alegan la incompatibilidad de fondo y de forma del acuerdo con el Derecho de la UE. No están sometidos a esa restricción los demandantes privilegiados mencionados en el art. 263, entre los que se encuentran el Parlamento Europeo y la Comisión.

<sup>99</sup> DEN HEIJER, Maarten y SPIJKERBOER, Thomas (2016).

### 4.3. La obligación de proporcionar protección internacional: conceder o no conceder asilo a los menores.

Ya hemos apuntado que la Convención de Ginebra, a pesar de proporcionar una definición de refugiado que se aplica también a los menores, no regula, como no lo hace el Protocolo de Nueva York de 1967, la situación específica de los menores refugiados. Estos documentos únicamente recomiendan medidas para asegurar la protección de los menores de edad, en el contexto del principio de unidad familiar.

Sí se ocupará de la situación de los niños refugiados, tres décadas más tarde, el art. 22 de la CDN. En virtud del apartado primero de este art. los Estados Parte *“adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el Derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”*. Por su parte, el apartado segundo del mismo art. establece la obligación de las partes de cooperar internacionalmente para *“proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia”*. Y añade que *“en los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención”*.

Se puede deducir de lo anterior que el DIDH impone a los Estados tres obligaciones claras a la hora de considerar la situación de los menores solicitantes de protección internacional.

La primera, basada en el principio de no discriminación, exige a los Estados que se trate a los niños como sujetos de derechos humanos de modo que tengan acceso, en iguales condiciones que los mayores, al estatuto de protección internacional<sup>100</sup>. La segunda, siempre anclada en el mismo principio antidiscriminatorio pero teniendo como sujeto de referencia o tercio de comparación a uno distinto, supone que el menor refugiado no acompañado deberá recibir un estatuto de protección idéntico al que reciben los menores nacionales privados de su medio familiar. Sabiendo, y ahí estaríamos ante la tercera obligación, que el interés del menor pasa por asegurar su vida familiar, y por tanto ha de velarse porque el principio de unidad familiar quede asegurado en el proceso de reconocimiento del estatuto de protección y de búsqueda de una solución duradera, en el sentido que veremos más adelante, cuando ello no vaya en contra de los intereses específicos e individuales del menor.

<sup>100</sup> Tal y como se ha señalado, los datos muestran que los menores no acompañados encuentran muchas más dificultades que los adultos para obtener asilo: BHABHA, Jacqueline (2004:142). Creemos que esa afirmación puede extenderse a cualquier otro tipo de protección internacional.

Estas previsiones genéricas hallan concreción para la UE en las normas que definen el SECA<sup>101</sup>. Son relevantes, en el ámbito que nos ocupa, los arts. 18 y 19 de la CDFUE<sup>102</sup>, que garantizan, respectivamente, el derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición, y el art. 24 de este último instrumento, que se refiere al derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Estas previsiones generales son los ejes en torno a los cuales se estructura un proceso armonizador que ha alcanzado, pese a las muchas críticas que pueden dirigirse contra él, resultados concretos en lo que hace a la determinación de los criterios que se tendrán en cuenta para conceder y retirar la protección (asilo, protección subsidiaria o protección temporal), al acceso al procedimiento y a las condiciones de acogida de los solicitantes y al contenido de la protección que se proporciona. En este sentido resulta relevante la cita de la Directiva 2013/32/UE, ya citada aquí, y el Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida<sup>103</sup>.

Este sistema común tiene en cuenta la especial vulnerabilidad de los menores e individualiza su situación otorgándoles el derecho a solicitar protección internacional, a ser oídos y a recibir la protección, la asistencia y los cuidados adecuados a su edad y situación, sobre todo si se trata de menores no acompañados<sup>104</sup>, siguiendo con ello la estela marcada por los tratados internacionales que contemplan los derechos específicos de los menores, en particular la ya citada CDN.

El SECA incorpora también un mecanismo que permite adoptar una decisión colectiva para afrontar situaciones de afluencia masiva y acoger temporalmente a las personas que llegan. Un mecanismo que, desde luego, podría haberse activado –y no se ha hecho– para acoger a los refugiados y personas desplazadas por el conflicto en Siria y otros países de la región que, en particular desde la primavera de 2015, no han dejado de llegar a las fronteras de la UE<sup>105</sup>. Se trata de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, que establece unas normas mínimas y un procedimiento para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y medidas de fomento de un

<sup>101</sup> Hablamos de un conjunto armonizado de normas y estándares que pretende proporcionar una respuesta común a la llegada de nacionales de terceros países que buscan protección internacional. Se trata de un proyecto que la UE y sus Estados miembros vienen desarrollando, en varias fases, desde 1999. La base jurídica la constituyen el art. 78.1 del TFUE que dispone que “(l)a Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes”. Son incontables los análisis doctrinales que han analizado los orígenes y desarrollos del sistema común de asilo.  *Vid.*, por todos: ARENAS HIDALGO, Nuria, (2008); GIL BAZO, María Teresa (2001) y GUILD, Elspeth (2006).

<sup>102</sup> Diario Oficial, Serie C, núm. 326, de 26 de octubre de 2002.

<sup>103</sup> Diario Oficial, Serie L, núm. 180, de 29 de junio de 2013.

<sup>104</sup> *Cfr.* los arts. 7 y 25 Directiva 2013/32/UE y el art. 8 del Reglamento (UE) núm. 604/2013.

<sup>105</sup> *Vid.* al respecto, INELI-CIGER, Meltem (2016).

esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida<sup>106</sup>.

El objetivo de la Directiva es el establecimiento de un dispositivo excepcional en caso de llegada masiva a la UE de nacionales extranjeros que no pueden volver a sus países, especialmente por motivos de guerra, violencia o violaciones de los derechos humanos. La norma establece una protección inmediata<sup>107</sup> y temporal<sup>108</sup> para estas personas desplazadas y garantiza un equilibrio entre los esfuerzos realizados por los Estados miembros para acogerlos y las consecuencias de dicha acogida. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 20 de la Directiva, y teniendo en cuenta a su vez lo establecido en los arts. 21, 22 y 23 de la misma, cuando haya finalizado la protección temporal, se aplicará el Derecho general en materia de protección y de extranjería en los Estados miembros y se procederá, en principio, al retorno individual, voluntario o forzoso, de las personas que se hayan beneficiado de la acogida temporal. El mecanismo previsto en esta Directiva no se ha aplicado nunca, a pesar de que ha habido más de una ocasión en la que se podría haber hecho, dada la “afluencia masiva” de migrantes y refugiados al territorio de la UE. La activación del mecanismo de protección temporal previsto en esta Directiva ha sido reclamada desde algunos países de la UE (es el caso de Italia) en distintas ocasiones, y se ha planteado el recurso a la misma para afrontar la crisis de los refugiados sirios, pero no ha llegado a materializarse. Ello no obstante, España ha desarrollado reglamentariamente las previsiones al respecto, sin que las mismas hayan encontrado aplicación real hasta la fecha, mediante el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, que aprobó el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas<sup>109</sup>.

Si este mecanismo específico no se ha activado, ¿Cuál es el régimen aplicable a la actual crisis de los refugiados? Obviamente el régimen general aderezado con el acuerdo celebrado entre la UE y Turquía, y pasado por el tamiz de las leyes nacionales que trasponen las directivas comunitarias en la materia, lo que nos conduce directamente al análisis de la legislación española en materia de asilo.

Dejando a un lado la primera legislación española en la materia<sup>110</sup>, la actualmente vigente es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la

<sup>106</sup> Diario Oficial, Serie L, núm. 212, de 7 de agosto de 2001. Sobre esta norma puede consultarse el trabajo de ARENAS HIDALGO, N. (2003).

<sup>107</sup> La decisión se adoptará siguiendo el procedimiento establecido por el art. 5 de la Directiva.

<sup>108</sup> El art. 4 de la Directiva establece que la protección, que se concederá inicialmente por un periodo de un año, durará, como máximo, tres.

<sup>109</sup> BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2003.

<sup>110</sup> La primera Ley de asilo aprobada en España data del año 1984 (Ley 5/1984, de 26 de marzo). El objetivo de la misma fue incorporar a la normativa interna las previsiones contenidas en los instrumentos internacionales sobre la materia que habían sido ratificados por España en el año 1978: la Convención de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967. Esta norma estuvo vigente hasta el 20 de noviembre de 2009, y fue modificada durante su vigencia por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que añadió una disposición adicional tercera, así como por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Tras la reforma del año 1994 se aprobaría un nuevo reglamento de desarrollo, sustituyendo al del año 1984, con el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero. Y de conformidad con esta ley se dictaría Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, regulando el Estatuto de apátrida.

protección subsidiaria (LAPS)<sup>111</sup>, que será reformada en el año 2014 para introducir algunas modificaciones en la cuestión de la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria<sup>112</sup>. La ley detalla los elementos que integran la clásica definición de refugiado: la circunstancia de persecución, el motivo de la persecución y el agente perseguidor, siguiendo el modelo conceptual fijado en la Convención de Ginebra y no deja de prestar, por lo que aquí interesa, especial atención a las personas particularmente vulnerables (discapacitados, personas mayores, niños, niñas y adolescentes), y en particular a los menores no acompañados, a los que consagra un Título específico en línea con el espíritu garantista que destila toda la ley y que se proyecta también cuando consagra la obligación de proporcionar servicios sociales y de acogida a las personas solicitantes de protección internacional en estado de necesidad. A todo ello hacemos inmediata referencia.

#### **4.4. La obligación de proporcionar protección internacional. Conceder asilo y cómo conceder asilo a los menores.**

En el marco de lo previsto en las normas internacionales sobre la materia, la LAPS determina en su Título I cuales son las condiciones para el reconocimiento del derecho de asilo (Capítulo I) y para el reconocimiento de la protección subsidiaria, en su caso (Capítulo II). No vamos a detenernos en el análisis de cómo define la Ley, a cuya lectura se hace la oportuna remisión, los actos o motivos de persecución que determinan la posibilidad de ser considerado beneficiario del derecho de asilo (arts. 6 y 7), los supuestos en que se excluye el beneficio a pesar de concurrir aquellos actos o motivos (arts. 8 y 9) o las condiciones para la concesión del derecho a la protección subsidiaria (arts. 10 a 12). Basta con afirmar que los NNA, acompañados o no acompañados en el proceso migratorio, pueden ser –y de hecho lo son– sujetos autónomos víctimas de actos de violencia física o psíquica, de medidas de ejercicio de los poderes públicos discriminatorias en su formulación o en su aplicación, de procesamientos o penas desproporcionados o discriminatorios que pueden asociarse además a la denegación de tutela judicial, en particular en los casos de negativa a prestar el servicio militar, o víctimas de actos atentatorios de su libertad sexual. Y que esa condición de víctimas o de perseguidos se puede basar, como en el caso de los adultos, en su raza o pertenencia a un grupo étnico, en sus creencias religiosas, en su nacionalidad, o identidad cultural, étnica o lingüística, o en su género<sup>113</sup>, orientación o

---

<sup>111</sup> Esta norma, que no ha sido desarrollada a nivel reglamentario, da cumplimiento a la obligación de trasposición de las tres Directivas que conformaban el SECA, esto es, la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre, la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril y la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre.

<sup>112</sup> La reforma será introducida por la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado y atañe exclusivamente al art. 40 de la ley de Asilo.

<sup>113</sup> Tal y como apunta en su preámbulo la Directiva 2011/95/U, el temor fundado a ser perseguido podría fundamentarse en el riesgo a sufrir las consecuencias de actos relacionados con el sexo, incluida la identidad de género o la identidad sexual, de solicitante de la protección. Esos actos pueden estar vinculados, según expone la Directiva, a tradiciones jurídicas o costumbres que implicarían, por ejemplo, la mutilación genital, la esterilización forzada o el aborto for-

identidad sexual<sup>114</sup>. Hablamos, entre otros muchos, de supuestos de matrimonios forzados, mutilación genital femenina, crímenes de honor, reclutamiento de niños y niñas soldados, sometimiento de niños y niñas a situación de esclavitud sexual para servir en situación de conflicto bélico o como botín de guerra, menores perseguidos por su orientación sexual, etc... Incluso la profesión de opiniones políticas puede estar detrás de la persecución de los menores y, en este caso, en una doble dimensión, bien por el ejercicio propio de sus derechos políticos con las limitaciones que se derivan de la madurez del menor en cada caso concreto, bien por el ejercicio de esos mismos derechos políticos por parte de sus familiares más cercanos. En todos esos casos, el menor es sujeto autónomo e independiente del derecho de asilo y la devolución al país de origen o residencia pondría al menor en una situación de riesgo para sus derechos básicos.

Sí vamos a detenernos, en cambio, en el procedimiento que establece la ley para dar trámite al reconocimiento de la protección internacional, poniendo el acento en aquellos elementos destacables en razón de las particulares circunstancias que acompañan al menor solicitante de protección, y ello para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, e internas, en materia de protección de los derechos de la infancia.

**a. La presentación de la solicitud o la cuestión de dónde se identifica a los menores solicitantes de asilo. La virtualidad del principio de preservación del interés superior del menor**

El procedimiento para el reconocimiento del estatuto de beneficiario de protección internacional se inicia con la presentación de la solicitud que debe efectuarse mediante comparecencia personal o, en casos excepcionales, mediante la comparecencia de un representante (art. 17 LAPS).

Dice la ley de asilo que la personación para iniciar el procedimiento podrá hacerse desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecu-

---

zado. Es evidente que de todo ello pueden ser víctimas las niñas y adolescentes. Cabría añadir a esta enumeración de ejemplos el matrimonio forzado, que ha sido considerado, por lo demás, una de las posibles finalidades de la trata, por los órganos de protección internacional de derechos humanos: Véase, en este sentido, el Informe sobre la cuestión elaborado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de NNUU sobre formas contemporáneas de esclavitud, incluida sus causas y consecuencias, de 10/7/2012 (A/HRC/21/41), en [http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A-HRC-21-41\\_en.pdf](http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A-HRC-21-41_en.pdf). Sobre las dificultades particulares que encuentran las menores (niñas y adolescentes) para que las violaciones de derechos humanos de las que son víctimas por razón de género sean identificadas como necesidades específicas de protección internacional *Vid.*, TAEFI, Nura (2011). Véanse asimismo las “Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967”, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf>

<sup>114</sup> Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el art. 10.1.d) de la Directiva 2011/95/UE, ya citada aquí, establece que “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros”. Añade que “(l)os aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo”. A este respecto resulta de sumo interés leer las observaciones del DEFENSOR DEL PUEBLO en su Estudio de 2016 sobre derecho de asilo, en particular las pp. 81 y ss.

ción o daños graves, sin demora y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español<sup>115</sup>. Más allá de que se entienda de modo flexible el plazo límite, lo que se deduce de la normativa es que se puede presentar la solicitud en territorio español o fuera de territorio español. El Reglamento aclara en el art. 4 que las solicitudes pueden presentarse en la OAR, en las oficinas de extranjeros, o en las Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen desde los Ministerios de Justicia e Interior (todas ellas situadas en territorio nacional), en los puestos fronterizos de entrada al territorio español, y en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero. A lo anterior se añade la posibilidad de iniciar el procedimiento cuando el extranjero ha sido internado, con carácter previo a su expulsión, en un “Centro de Internamiento de Extranjeros” (CIE), y ello con el objetivo de evitar la ejecución de expulsiones que puedan poner en riesgo la vida o integridad de un potencial solicitante de protección internacional<sup>116</sup>.

Las estadísticas<sup>117</sup> nos dicen que la mayor parte de las solicitudes son presentadas en territorio nacional, siendo los puestos fronterizos la segunda de las opciones en número de solicitudes. Pero ¿qué pasa cuando los solicitantes son menores de edad? Pues lo cierto es que no lo sabemos porque las estadísticas relativas al lugar en que se formaliza la solicitud no desagregan los datos por edad, pero sí tenemos algunas intuiciones derivadas de la lectura de los diversos informes del Defensor del Pueblo y de CEAR en la materia.

Si el menor inicia el procedimiento en territorio nacional lo más frecuente es que lo haga en la OAR con sus familiares, mientras que en los casos de familias que llegan a un puesto fronterizo, la solicitud de todos, también de los menores, es formalizada en dicho lugar. En este caso la solicitud del menor sigue el patrón definido por la solicitud de la familia sin que, como regla general, se le procure un trato diferenciado, a pesar de las previsiones de la LAPS. Y esa pauta se mantendrá, en términos generales, durante toda la tramitación e, incluso, en el sentido que adopte la resolución definitiva. Dicho en otros términos, la suerte o la desventura de la solicitud de protección de un menor presentada en el marco de una solicitud de todos los miembros de la unidad familiar será la que corra la solicitud “principal”, que no será la del menor como regla general, sino la de su o sus progenitores o adultos responsables de referencia<sup>118</sup>.

Los menores no acompañados, en cambio, presentan unas circunstancias muy singulares que concluyen en la casi nula presentación de solicitudes de asilo sea en territorio nacional o en frontera, tal y como hemos expuesto al principio de este estudio.

<sup>115</sup> Al respecto *Vid.*, GUASCH, Carmen (2010).

<sup>116</sup> Se trata de un supuesto en el que, por lo demás, no deberían encontrarse como regla general los menores, acompañados o no. Al respecto se ha pronunciado el Comité de derechos del niño: *Cfr.* el párrafo 18 de la Observación General número 6 (2005). Al respecto *Vid.*, SMYTH, Ciara (2014:214).

<sup>117</sup> Véase, por ejemplo, la Tabla 5 del informe de la OAR para el año 2014.

<sup>118</sup> Se muestra muy crítico a este respecto el ESTUDIO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO (2016) sobre el Derecho de Asilo, véase p. 73 y ss. Este informe realiza unas observaciones contundentes sobre la necesidad de someter las solicitudes de los menores a trato diferenciado.

La primera tribulación de estos NNA es su mera identificación como tales<sup>119</sup>, a lo que sigue su caracterización como menores solos o separados, necesitados por tanto de la protección de las administraciones públicas, al encontrarse en situación de desamparo (art. 172<sup>120</sup> y ss CC)<sup>121</sup>. Estos MENAs, van a verse sujetos, por regla general, a la tutela de la Administración Pública autonómica que es la que detenta las competencias en materia de protección (art. 148.1.20º CE y correspondientes de los respectivos Estatutos de Autonomía)<sup>122</sup>

<sup>119</sup> La cuestión de la identificación de los menores no acompañados como tales no es baladí y presenta una complejidad tal que no nos permite detenernos ahora en la misma. Partiremos, por tanto, del presupuesto de que los menores solicitantes de asilo han sido adecuadamente identificados como menores. Baste apuntar que determinar si un solicitante de asilo es menor o no lo es resulta capital a la hora de aplicar el régimen legal específico y que tal determinación deviene problemática desde el momento en que la abierta dicción del art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y del Título XI del Reglamento de la LOEX, ha llevado a la Fiscalía de Extranjería a establecer, como regla general, la práctica de pruebas de determinación de la edad independientemente de que los menores estén o no documentados. Tal práctica resulta controvertida porque parece ir contra la previsión del art. 35 LODYLE, que contempla el recurso al procedimiento de determinación de la edad en presencia de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, y para evitar dejar sin protección a los menores. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo inclina la interpretación de este lado, al establecer, en una jurisprudencia constante desde septiembre de 2014, que “La correcta interpretación de los arts. de la Ley y Reglamento de Extranjería permite mantener que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, lo que no se ha hecho” (SSTS 3818/2014, 3817/2014, 27/2015, 2065/2015, 2064/2015, 2217/2015, 2347/2015, 2574/2015). No obstante el Protocolo de MENAs (Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados), pendiente de un recurso ante el Tribunal Supremo], posterior a las primeras sentencias del Tribunal Supremo, y el art. 12.4 LOPJM, tras la reforma del año 2015, sostienen la polémica al hacer una interpretación de la jurisprudencia del Supremo abiertamente condescendiente con la práctica de las pruebas de determinación de la edad. Dice el art. 12.4 LOPJM: “Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas”. A este respecto son muchas las lecturas posibles, nos limitamos a citar a CABEDO MALLOL, V. (2011), p. 43 y ss., MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA, C. (2013), p. 77 y ss. y MARTÍNEZ GARCÍA, B.J. (2013), p. 108.

<sup>120</sup> Nótese que este precepto y los siguientes, relativos a la tutela de menores en situación de desamparo adopta nueva redacción por el apartado trece del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>121</sup> Sobre la declaración de desamparo del MENA y la asunción de la tutela por la administración autonómica véase SOLER SÁNCHEZ, M., MARTÍN CUBAS, J. (2015), p. 41 y ss. y CABEDO MALLOL, V. (2011), pp. 51 y ss., en particular a partir de la p. 61.

<sup>122</sup> 122 La Ley de Protección Jurídica del menor afirma que los solicitantes de protección internacional son menores en situación de especial vulnerabilidad, por lo que las Administraciones Públicas velaran por ellos (art. 10.2 LOPJM). Mientras dura el proceso de reconocimiento de la protección internacional, y mientras el menor es tal, los niños viven primero en centros de primera acogida y luego en centros de acogida, pudiendo ser estos recursos residenciales de distinto tipo (residencias, pisos, etc). Carmen GUASCH (2010) considera que se debería reflexionar sobre si los “centros de primera acogida” y los “centros de acogida” existentes en la red de protección de menores son los más adecuados para estos menores, teniendo en cuenta sus características, el funcionamiento y los perfiles de los menores acogidos en estos centros.

y que, en supuestos excepcionales, pueden haber atribuido dicha tutela a organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores (art. 35.11 LODYLE). Y situado el menor bajo tutela podrían darse dos situaciones en lo que hace a la solicitud de protección internacional.

En primer lugar podría suceder, y ese sería el escenario ideal, que la Administración sea capaz de identificar al menor tutelado como potencial solicitante de asilo y tramite por él la solicitud<sup>123</sup>. En segundo lugar, podría darse el caso de que el menor, antes o después de que su tutor le informe sobre esa posibilidad, se auto-identifique como solicitante de protección internacional y tramite de forma autónoma o junto con la administración, la solicitud<sup>124</sup>. Debe aclararse que un menor no acompañado sujeto a tutela de la administración autonómica tiene capacidad para iniciar solo el procedimiento de solicitud de protección internacional, es decir no precisa que su falta de capacidad sea completada por quien ostenta su tutela, sin perjuicio de que una vez presentada la solicitud se nombre al menor un defensor o representante de sus intereses coincidente o con la persona de quien ostente su tutela (administración autonómica u organización no gubernamental).

La realidad es que, en la práctica, la primera de las situaciones no se da. Tal y como indica CARMEN GUASCH (2010), si atendemos al interés superior del menor<sup>125</sup> y a que la Administración que lo tutela debería velar por la mejor consecución del mismo, lo razonable es creer que los organismos que ejercen la tutela de estos menores deberían solicitar asilo en su nombre, aunque el menor no expresara, de manera explícita, que ese es su deseo. Pero no lo hacen, porque no se produce la identificación por distintas razones en las que no nos

<sup>123</sup> En relación con quien debe asistir al menor en la presentación de su solicitud de protección véase MARTÍNEZ GARCÍA, B.J. (2013), p. 106, siendo particularmente interesantes las referencias a la compatibilización del “protocolo de asilo” y del “protocolo de MENAs”.

<sup>124</sup> Sobre un análisis del papel del representante del menor en el procedimiento según el DIDH y el Derecho de la UE, *Vid.* SMYTH, Ciara (2014:96).

<sup>125</sup> El art. 3.1 de la CDN recoge la obligación de los Estados de la Comunidad Internacional de atender al interés superior del menor al establecer 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”. Se trata de un concepto jurídico indeterminado -FREEMAN, Michael (2007) y ALSTON, Philip (1994)- a cuya concreción han colaborado tanto el Comité de Derechos del Niño -véase su Observación General núm. 14- como los tribunales y la doctrina. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia incorpora el principio en los términos exactos en que se manifiesta dicha Observación General, dando nueva redacción al art. 2 de la LPJM. Por su parte la garantía del interés superior del menor ha sido reconocida por el TC, que asegura que debe ser preservado en cualquier caso, incluso cuando sea contrario a los intereses de quienes sobre él ostentan la tutela, supuesto en el cual debería contar con el nombramiento de un representante legal propio. Si bien el TC no eleva a rango constitucional el derecho del menor a que su interés se vea satisfecho, como no eleva tampoco a rango constitucional directo el derecho a ser oído, asume la defensa de ambos por la vía de las garantías procesales, al entender que vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva del menor y a la motivación de las resoluciones judiciales que le afecten (art 24. 1 CE) los pronunciamientos de jueces y tribunales que se adopten sin valorar expresamente el interés superior del menor, exigiendo de este modo una motivación reforzada en estos casos, o sin haber escuchado al menor allí donde fuera pertinente para formular un mejor juicio sobre cual es efectivamente el interés del menor. En lo que hace a la defensa del interés del menor en los procesos civiles pueden ser citadas las SSTC 71/2004, de 19 de abril, 292/2005, de 10 de noviembre, 93/2006, de 27 de marzo. En el proceso penal, por todas, véase la STC 218/2007. Resulta de sumo interés, asimismo, analizar la incorporación del principio de preservación del interés superior del menor a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a este respecto puede consultarse el trabajo de VAN BUEREN, G., (2008), p. 34.

detendremos ahora, pero que se conectan con los fallos que existen en el propio modelo asistencial (falta de intérpretes y asistencia jurídica especializada, falta de recursos educativos suficientes, sobreocupación de los recursos residenciales, etc.).

Suele respetarse, en cambio, el deber de información que obliga a las Comunidades Autónomas en virtud de lo previsto en el art. 190.5 del RLODYLE. Este prevé que el servicio de protección de menores informe a los NNA sujetos a su tutela, de modo fehaciente y en un idioma comprensible, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores, actuación de la que quedará constancia escrita. La constancia escrita es la garantía de que la información se facilita. No lo es, en cambio, de que tal información sea recibida y gestionada del modo más favorable al interés del menor por el propio menor. No obstante, el cumplimiento de dicha obligación podría, si se hiciera adecuadamente, facilitar a algunos menores la toma de conciencia de la posibilidad de acudir a esta vía adicional de protección. Dicho en otros términos, las estadísticas no indican que la obligación administrativa de informar al menor sobre la posibilidad de presentar una solicitud de protección internacional se esté traduciendo en el planteamiento de solicitudes de menores sujetos a la tutela de las administraciones autonómicas.

La regla general es que el MENA habrá entrado de forma irregular en territorio nacional<sup>126</sup> sin perjuicio de que su residencia será regular desde el momento en que se sujete a la tutela de la Administración pública<sup>127</sup>. Si lo hizo así, y no previa solicitud de asilo, es porque no sabía que esta opción estuviera a su disposición o porque desconocía que sus circunstancias personales le hicieran susceptible de recibir protección internacional<sup>128</sup>. Esa falta de conocimientos, esa “no identificación” del sujeto potencialmente beneficiario de protección internacional, debería ser suplida por el órgano de protección con algo más que la mera prestación de información a la que obliga el Reglamento. La razón es que el interés superior del menor<sup>129</sup> en situación de solicitar protección internacional es, sin duda, adquirir el estatuto de solicitante primero y beneficiario después y ello por una razón básica que podemos simplificar al máximo llevando el problema al punto de inflexión de la mayoría de edad: no es infrecuente, más bien al contrario, que un MENA sin estatuto de protección cumpla los 18 años y se quede inmediatamente en la calle, sin permiso de residencia ni permiso de trabajo (indocumentado pues), en una situación de precariedad absoluta. Un menor sujeto a protección que cumpliera los 18 años, como veremos más adelante, tendría un estatuto preferente, al menos, en materia de regularidad

<sup>126</sup> En relación con el itinerario migratorio de un MENA, véase SOLER SÁNCHEZ, M., MARTÍN CUBAS, J. (2015), p. 32 y ss.

<sup>127</sup> A este respecto véase VESTRI, G., (2014), p. 205.

<sup>128</sup> Véanse a este respecto las observaciones de GUASH, Carmen. (2010)

<sup>129</sup> Vale la pena apuntar que, según el Comité de derechos del niño, es condición previa para la efectividad del principio de interés superior, que se permita al menor acceder al territorio del Estado en el que pretende entrar. Únicamente así será posible evaluar e identificar las necesidades del menor y decidir qué medidas serán las idóneas para respetar su interés superior. Así, en opinión del Comité, “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”, *Cfr*: el párrafo 20 de la Observación General número 6 (2005).

administrativa y de posesión de documentación a todos los efectos, y ese elemento distintivo es el eje que determina con claridad que sea de mayor interés para el menor ser solicitante o beneficiario del estatuto de protección internacional. Además incluso en el mejor de los casos, es decir en el supuesto de que se conceda al MENA la protección que la ley prevé, esto es la obtención de un permiso temporal de residencia y trabajo, ese estatuto no le protege siempre contra la devolución al país de origen o a un tercer país en el que pudiera quedar expuesto a riesgos, protección que sí le garantiza el asilo u otra forma de protección complementaria<sup>130</sup>.

En síntesis: la mejor de las opciones posibles, la más respetuosa con el DIDH, y en particular con la CDN y el resto de normativa internacional que coloca la preservación del interés superior del menor como principio rector de cualquier actividad normativa, judicial o administrativa que tenga efectos sobre un niño, una niña o un adolescente, no es la que se verifica como regla general. En ocasiones es la sociedad civil, a través de la actuación de algunas organizaciones no gubernamentales como Fundación Raíces, PRODEIN, o Save the Children, que trabajan con los menores, quienes identifican un potencial solicitante de asilo o de protección internacional, pero este tipo de intervenciones no es sistemática. Muchos niños, niñas y adolescentes no acompañados podrían estar quedado fuera de los radares de la protección internacional porque no son identificados como potenciales beneficiarios del sistema por quienes tienen la tutela de esos niños.

En el otro lado del escenario, el del drama, nos encontramos con menores de edad que están bajo el control de las redes de trata de seres humanos, siendo los agentes de estas redes los que conducen a las (porque son mujeres en su mayoría) menores a la OAR para que tramiten la solicitud, es decir, las que utilizan el sistema de asilo como parte de su estrategia criminal. En esos casos, las menores se declaran como mayores, no poniéndose en duda el dato por las administraciones con carácter general. Formalizar la solicitud como mayor de edad significa que la niña no pasa a un recurso de protección, sino que queda en la calle, y por tanto a disposición de la red, minimizándose o anulándose incluso la posibilidad de expulsión una vez se la identifica como solicitante de protección internacional y hasta el momento en que se resuelve la solicitud. Tampoco aquí la menor queda protegida porque, si bien sobre el papel gozará de los beneficios asociados al estatuto de solicitante de asilo, en la práctica está en poder de una organización criminal que anula toda posibilidad real de ejercer en plenitud derecho fundamental alguno, empezando por la libertad personal que consagra el art. 17 CE y la interdicción de tratos inhumanos y degradantes del art. 15 CE.

Como último supuesto al que nos referiremos, es preciso hablar del menor, en estos casos siempre no acompañado, susceptible de recibir protección internacional que es detectado en un CIE. En este caso existen dos razones para sacar a ese sujeto del centro: su vulnerabilidad en cuanto solicitante de protección y su condición de menor. No existe ningún criterio determinante para dar prioridad a un estatuto sobre el otro y dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, con lo que el casuismo es la regla imperante, yendo este casuismo en detrimento de la seguridad jurídica, y de la determinación de criterios claros para definir cuál

---

<sup>130</sup> *Cfr.* GUASCH Carmen (2010). Esta autora apunta, además, entre las ventajas del estatuto de beneficiario de la protección internacional sobre el de MENA, el efecto reparador que sobre la víctima ejerce el reconocimiento de vulneración de derechos que otorga el primero.

pueda ser, desde el punto de vista de la selección del procedimiento, el interés superior del menor. Así, por ejemplo, si quien está en el CIE se declara como menor, y tiene documentación acreditativa de esa condición, es posible intentar el reconocimiento del estatuto de menor para oponerse a la expulsión y sacarlo del CIE, pero lo más probable es que se proponga la realización de pruebas de determinación de la edad (art. 35 LODYLE y 190 RLODYLE) porque la apariencia física en estos casos, muy probablemente, será de mayor y eso será razón suficiente para que la Fiscalía de extranjería ponga en duda la veracidad de los datos contenidos en la documentación. Entrar en la espiral de la determinación de la edad supone que el menor quedará en un limbo si es tal conforme a sus documentos y resulta de las pruebas un decreto de determinación de la edad que establezca la mayoría<sup>131</sup>. Si valoramos esta opción en el marco de la preservación del interés superior del niño, obviamente, no es la mejor de las opciones porque existe el riesgo, aun sacándolo del CIE, de que quede excluido del sistema de protección de menores. A esta cuestión haremos una referencia detallada más adelante.

Parece, por tanto, más razonable intentar el reconocimiento de la protección internacional con carácter prioritario. Y aquí nos encontramos con una paradoja, y es que resulta más fácil partir del presupuesto de la mayoría de edad en estos casos (se trate o no de un menor) para que la administración analice de manera prioritaria la solicitud de protección internacional obviando la edad del solicitante y evitando los problemas derivados de la polémica que rodea a la determinación de la edad.

Una última cuestión asociada al momento de la identificación del menor como potencial solicitante de asilo es la que tiene que ver, en el marco del SECA, con el Estado responsable a la hora de tramitar su solicitud y conferir o no el estatuto de protección. En este sentido el Reglamento (UE) n° 604/2013 (Dublín III), ya citado aquí, establece en su art. 8.1 que el Estado miembro responsable para conocer de una solicitud de protección internacional planteada por un MENA será aquel en el que se encuentre legalmente un miembro de la familia o un hermano del menor no acompañado, siempre que ello redunde en el interés superior del menor. En el caso de que el solicitante sea un menor casado cuyo cónyuge no esté presente legalmente en el territorio de los Estados miembros, el Estado miembro responsable será aquel en el que estén presentes legalmente el padre, la madre u otro adulto responsable del menor, ya sea conforme a la ley o a la práctica de dicho Estado miembro, o un hermano.

En esos casos, el Reglamento insiste en la idea de que el interés superior del menor es un elemento fundamental a la hora de determinar el Estado responsable de la solicitud, es decir, a la hora de aplicar el Reglamento<sup>132</sup>, y ello se aprecia no sólo cuando el art. 6 del mismo contempla las garantías específicas para los menores solicitantes de protección, sino cuando

<sup>131</sup> Véase a este respecto el informe de la FUNDACIÓN RAÍCES y el CGAE (2014), *Solo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad de menores de edad no acompañados*, Madrid.

<sup>132</sup> Se señala en su preámbulo al respecto que “(d)e conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el interés superior del niño debe constituir una consideración primordial de los Estados miembros en la aplicación del presente Reglamento. A la hora de evaluar el interés superior del niño, los Estados miembros deben, en particular, tener debidamente en cuenta el bienestar y el desarrollo social del menor, los aspectos de seguridad y el punto de vista del menor en función de su edad y madurez, incluidos su procedencia y su entorno. Además, se establecerán garantías de procedimiento específicas para los menores no acompañados habida cuenta de su especial vulnerabilidad”.

se establecen en el citado art. 8 los criterios de determinación de la responsabilidad estatal y se prevé que la agrupación del menor con sus familiares será determinante de la atribución de responsabilidad al Estado para examinar las solicitudes, salvo que se aprecie que no está en el interés superior del menor encontrarse con esos familiares.

En la misma línea de razonamiento, el Reglamento establece que, existiendo familiares en varios Estados miembros será el interés del menor el que ayude a determinar el Estado responsable, del mismo modo que será ese interés el que ayude a establecer si, definitivamente y en ausencia de familiares, debe ser el Estado en que se presenta la solicitud de protección internacional el que conozca de la misma (art. 8, apartados 3 y 4 del Reglamento). Por último, en el supuesto de solicitudes presentadas por varios miembros de la misma familia, menores y mayores, en un mismo Estado, el art. 11 da prioridad al principio de unidad familiar, y establece una vis atractiva hacia el Estado que, según los criterios generales, sea considerado responsable de hacerse cargo de la mayoría de las solicitudes o bien de la solicitud o solicitudes presentadas por el solicitante de mayor edad. En lo que hace, por tanto, a la aplicación del Reglamento Dublín III parece que el criterio de la determinación y defensa del interés superior del menor, en la línea con lo dispuesto en el CDN, es prioritario, y que salvo que este aconseje otra cosa, el mismo se identifica con la unidad/reagrupación familiar. Tal y como se ha señalado, la Convención, y consecuentemente las normas del SECA, concibe la unidad familiar como una especie de meta-principio, no sólo por razones ideológicas que tienen que ver con la importancia de la familia en la sociedad, sino también por razones más funcionales relacionadas con las responsabilidades de cuidado del menor<sup>133</sup>.

### ***b. La retención en frontera y el derecho a la libertad personal (art. 17 CE)***

El solicitante de asilo, sea menor o sea mayor de edad, no tiene derecho a entrar libremente en el país, sino que, como extranjero que es, sólo disfruta del derecho fundamental a entrar y circular libremente por España (art. 19 CE) en los términos que disponen los Tratados y la Ley (SSTC 55/1996 y 53/2002)<sup>134</sup>. La entrada de los solicitantes de asilo en territorio nacional, a la espera de que se tramite su solicitud de asilo, es provisional y se ve limitada a la permanencia en las “dependencias adecuadas” del puesto fronterizo (art. 22 LAPS), suponiendo que el solicitante formule su demanda “en frontera”, lo que, como sabemos, no es la práctica mayoritaria.

Durante la permanencia del solicitante de asilo en las dependencias del puesto fronterizo, gozará de los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce quienes se somete a los actos de los poderes públicos españoles (STC 53/2002, FJ 4). Estos derechos incluyen el derecho a la libertad regulado en el art. 17 CE, lo que contiene la posibilidad de interponer, en su caso, un procedimiento de *habeas corpus* (art.

<sup>133</sup> SMYTH, Ciara (2014:141).

<sup>134</sup> Debe recordarse que el estatuto jurídico del solicitante de asilo ha sido particularizado en el marzo del SECA. La norma que regula su situación es, desde el 21 de julio de 2015, la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DO, Serie L, núm. 180, de 29 de junio de 2013). Se refieren a la situación de los MENA's los arts. 11.3, 21 y, particularmente, 24 de la Directiva.

17.4 CE), y el derecho a la tutela judicial efectiva. Y ello se garantiza tanto si el solicitante es mayor como si es menor y, en este último caso, tanto si viene acompañado de su familia, como si se trata de un menor separado o no acompañado.

Así, la situación de retención en frontera debe ser considerada como una privación de libertad, pueda o no el extranjero abandonar voluntariamente el país (STC 179/2000, FJ 2), sin perjuicio de lo cual no operan todas las garantías que establece el art. 17.2 y 3 CE y, notablemente, no opera el límite de 72 horas para la privación de libertad (STC 55/1996). Establece la doctrina del TC a este respecto, haciendo llamamiento expreso a la del TEDH, que esta privación de libertad tiene la lícita finalidad de impedir la entrada ilegal en España de un extranjero, hasta que no se den las condiciones para su entrada legal, que es una privación legalmente prevista y que se trata de una privación de libertad que no puede ser indefinida, sino que ha de estar sujeta a una limitación temporal, si bien no se define la extensión concreta de esa temporalidad. La falta de concreción se salva desde el momento en que el TC considera, y así lo expresa en la STC 53/2002, que la norma que determina el régimen de restricción de libertad, el régimen de la retención, es cierta y previsible, y las restricciones a la libertad proporcionadas, esto es: idóneas, necesarias y ponderadas.

### ***c. El derecho al examen individualizado de la solicitud en conexión con el derecho del menor a ser oído***

Tal y como exige el principio de no devolución, sobre el que pivota el sistema internacional y europeo de protección de los refugiados, la solicitud de protección internacional debe ser sometida a un análisis pormenorizado e individualizado. En España, esa obligación ha sido consagrada por la jurisprudencia del TS que ha interpretado la Ley de asilo en una abundantísima jurisprudencia<sup>135</sup>.

La exigencia de examen pormenorizado limita los supuestos en los que cabe denegar de forma expeditiva la tramitación de la solicitud cuando la misma es presentada en un puesto fronterizo o en un CIE. Así, el TS establece que el mecanismo de inadmisión expeditiva (en el plazo máximo de cuatro días) y sin entrar realmente al fondo del asunto, para supuestos de solicitudes infundadas (art. 21.2 b LAPS) no puede aplicarse cuando la solicitud de protección cuente con el informe favorable a la admisión de ACNUR, porque en este caso la inverosimilitud del relato no podía calificarse como clara o patente y sería necesario un examen sobre el fondo del asunto<sup>136</sup>. Por su parte el examen individualizado de la solicitud

<sup>135</sup> Sería imposible realizar una cita exhaustiva de la misma, pero se destacan los siguientes pronunciamientos por su interés en el tema de menores: STS de 24 de mayo de 2011 (RC 5117/2009), STS de 17 de junio de 2013 (RC 4353/2012), y STS de 25 de julio de 2014 (RC 140/2013). En esos pronunciamientos se hacen referencias cruzadas a otras sentencias del Tribunal Supremo en la materia que también resultan interesantes siendo de alcance general.

<sup>136</sup> En este mismo sentido, el TS entiende que: “cuando se acuerda la denegación por el cauce del art. 21.2º, nos hallamos ante una resolución denegatoria acordada mediante un procedimiento brevísimo que comporta una patente disminución de garantías para el solicitante, y que por mucho que se intitule “denegación” reviste una funcionalidad u operatividad práctica cercana a las resoluciones de inadmisión, dado que excluye las reglas del procedimiento ordinario y también las del procedimiento de urgencia (iguales a las del ordinario salvo en la reducción a la mitad de los plazos), y más concretamente excluye la intervención de la CIAR, determinando al fin y a la postre que la solicitud sea rechazada sin haber llegado a ser analizada a fondo. Obvio es que un rechazo tan expeditivo de las solicitudes de asilo reclama una aplicación prudente y restrictiva” (ad ex. SSTS 3748/2016 y 3571/2016).

y la constatación de la concurrencia de los motivos que dan derecho a acceder al estatuto de refugiado no exige que el solicitante aporte prueba plena de la persecución que afirma haber sufrido por los motivos que la Ley 2/2009 contempla.

En cambio, si exige que existan al menos indicios suficientes de que existió la persecución y de que persiste el riesgo de sufrir la misma<sup>137</sup>.

En este contexto de análisis individualizado de la solicitud, el art. 17.4 de la Ley prevé que la solicitud de asilo se formalice mediante una entrevista personal que se realizará siempre individualmente, de modo que sólo de forma excepcional podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud. A su vez, el art. 46.2 LAPS prevé un tratamiento diferenciado a las solicitudes de protección internacional que formulen los menores acompañados o no acompañados. No obstante, y ya se ha hecho referencia a esto, se constata que en el supuesto de solicitudes de protección planteadas por unidades familiares, completas o no, las peticiones de los menores no se tratan de forma individualizada, sino que siguen la suerte de las solicitudes que presentan los adultos responsables de aquella unidad familiar. No es habitual, en la práctica, que la entrevista sea individualizada, lo que puede ir en perjuicio de los intereses propios del menor que pueden ser coincidentes o no con los de la unidad familiar<sup>138</sup>.

Pero sobre todo, existen muchas dudas sobre que se esté respetando, en los supuestos en que los menores plantean las solicitudes como miembros de una familia y con su familia, el derecho individual del menor a ser oído. Ese derecho, tal y como se describe en el marco internacional<sup>139</sup> (art. 12 de la CDN y 24 CDFUE) y como se refleja en la normativa interna (art. 9 LOPJM)<sup>140</sup> garantiza que los NNA expresen libremente su opinión en todos los asuntos en que tengan interés y que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su madurez y desarrollo. Mientras que los Estados partes de la CDN se comprometen a asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior, y la LAPS contempla la existencia de una entrevista individual que podría ayudar al cumplimiento de tal obligación por cuanto pondría las bases para que el menor sea tratado de forma específica y diferenciada de su unidad familiar cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio, lo cierto es que la práctica administrativa desactiva el derecho si la entrevista no es efectivamente individual en los casos de menores que plantean la solicitud de protección como miembros de una unidad familiar y siempre que, independientemente de que la entrevista sea en grupo o no lo sea, se priva al menor de manifestar sus propias vivencias, sus deseos y su situación en la exposición de su solicitud y en la descripción de la situación de per-

<sup>137</sup> Véanse, a este respecto SSTS de 10 de octubre de 2011 (RC 3933/2009), de 3 de diciembre de 2010 (RC 5306/2007), de 24 de febrero de 2010 (RC 1156/2006), de 31 de mayo de 2011 (RC 5394/2009), de 29 de septiembre de 2011 (RC 1623/2009), de 10 de diciembre de 2015, 19 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016 (RRCC 1699/2015, 3163/2015 y 2563/2015, respectivamente).

<sup>138</sup> Vid. ESTUDIO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, 2016.

<sup>139</sup> Sobre el particular, Vid. PARKES, Aisling (2013).

<sup>140</sup> Este derecho encuentra reflejo en la nueva redacción literal del art. 9 de la LPJM –tras la reforma introducida por la LO 8/2015–.

secución vivida. Por poner un simple ejemplo, el menor o la menor puede haber sufrido actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual, por razón de género o de orientación sexual, independientemente de que las razones principales que hayan llevado a la familia a huir tengan que ver –por apuntar una posibilidad de entre las distintas posibles- con una persecución policial o judicial por motivos políticos. Así, la identificación de motivos o actos de persecución autónomos podrían hacer al menor acreedor de la protección independientemente de que lo sean el resto de sus familiares. La entrevista individual en conexión con el ejercicio del derecho a ser oído de forma independiente forma así parte integrante del derecho del menor a que, en el tratamiento de su solicitud, se tenga en cuenta la garantía de su interés superior, por encima, incluso, del de permanecer o no con su familia.

Debe tenerse en cuenta, además, que cuando se trata de entrevistar a menores, la entrevista debe ser adaptada de tal modo que se asegure que el entrevistado expresa su opinión libremente. Así lo ha afirmado el Comité de derechos del niño en su Observación General número 12 (2009), relativa al derecho del niño a ser escuchado<sup>141</sup>. Tal y como se afirma en la misma, “(n) se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”<sup>142</sup>. En el ámbito europeo, el TJUE ha señalado, respecto de la obligación contenida en el artículo 24 CDFUE, que cuando el menor deba ser oído, deberán adoptarse, “en función del interés superior del menor y habida cuenta de las circunstancias de cada caso concreto, todas las medidas apropiadas con vistas a tal audiencia (...) ofreciendo al menor una posibilidad real y efectiva de expresarse”<sup>143</sup>.

#### ***d) El derecho a un defensor y a un intérprete en el marco de las garantías del proceso administrativo y judicial***

Con carácter general, se prevé que el solicitante de asilo, mayor o menor, será informado en una lengua que pueda comprender –lo que significa implícitamente que se prevé una suerte del derecho a contar con un intérprete<sup>144</sup>-, del procedimiento, del elenco de derechos y prestaciones que le asisten durante la tramitación de la solicitud, de las obligaciones que lleva aparejada la formulación de la solicitud y las consecuencias de su incumplimiento, y de la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre

<sup>141</sup> CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=_CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en).

<sup>142</sup> *Cfr.* el apartado 34 de la Observación General.

<sup>143</sup> *Cfr.* el apartado 66 de la sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraba c. Simone Pelz*, disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/es/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/).

<sup>144</sup> Vid. a este respecto STS de 13 de mayo de 2008 (RC 7865/2004).

cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional. Asimismo se prevé una suerte de asistencia a la formulación de la solicitud (art. 17.3 y 6 LAPS).

Por lo que hace a los MENAS, el art. 48 LAPS establece que el representante del menor, que habrá de ser nombrado según la legislación vigente en materia de protección de menores le asistirá y dará seguimiento a sus solicitudes de protección internacional. Lo habitual es que dicha representación sea ostentada por la entidad pública de protección de menores bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor, pero esta regla admite excepciones cuando los intereses de la entidad de tutela no sean coincidentes con los intereses del menor y este solicite el nombramiento de otro representante. La proyección de este derecho a que sus intereses sean representados y defendidos por alguien distinto a la entidad de tutela fue consagrada<sup>145</sup>, antes de su plasmación legal en el art. 300 CC<sup>146</sup>, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en las sentencias 183/2008 y 184/2008, reconoció que “forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE<sup>147</sup> que se posibilite a cualquier menor de edad, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal” (FJ 5)<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> Téngase en cuenta que, al menos en principio, si bien los menores son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva que prevé el art.24 CE, lo cierto es que el ejercicio efectivo de ese derecho se ve limitado por lo que prevén las leyes procesales españolas que, a la hora de determinar quienes cuentan con capacidad procesal en los distintos órdenes jurisdiccionales, exigen ciertos requisitos para permitir la comparecencia en juicio sin intervención de una persona que supla o integre la falta de capacidad procesal. La determinación de estos requisitos, que inciden en la capacidad procesal de los menores de edad, es especialmente relevante, ya que la adecuada protección de los derechos de niños y jóvenes dependerá en buena medida de cómo se articule su intervención en los procesos en los que sus derechos e intereses se vean afectados y de que se articulen procedimientos que permitan al menor de edad instar una actuación judicial en defensa de esos derechos o intereses.

<sup>146</sup> Dice el art. 300 CC que «El Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo.»

<sup>147</sup> Viene al caso recordar que el solicitante de asilo también goza del derecho a la tutela judicial efectiva, sea menor o mayor. Ante una resolución administrativa de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, el extranjero puede servirse del sistema de recursos previsto en el orden contencioso-administrativo, y además le asiste un derecho a la tutela judicial efectiva reforzado por la vinculación entre el art. 24.1 CE y el art. 13.4 CE (FJ 11º de la STC 53/2002).

<sup>148</sup> 148 En todo caso, una adecuada lectura de la legislación procesal española permitía cumplir, antes de la reforma legal, las exigencias impuestas por la doctrina del Tribunal Constitucional. El art. 7 LECiv contiene la norma general en la materia, reconociendo capacidad procesal para comparecer en juicio a los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles; referencia que ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de reconocer no sólo la capacidad procesal de los mayores de edad, sino también de los menores de edad emancipados, aunque con ciertas limitaciones. Sin embargo, los menores de edad no emancipados deben ser representados en el proceso, con carácter general, por sus padres o tutores y, en caso de que se produzca un conflicto de intereses entre ellos, debe nombrarse un defensor judicial que los represente (art. 8 LECiv). Quizá la razón por la que el Tribunal tuvo que pronunciarse en el sentido que lo hizo no era ajena a la naturaleza del procedimiento en el que surgió el conflicto de intereses: de un lado se situaba el interés del MENA a permanecer en España, del otro el de la Comunidad Autónoma a retornar al menor a su país de origen, en el mejor de los casos para reagruparlo con su familia, incluso contra su interés declarado, en el peor para dejarlo a su libre albedrío en un país del que, en su día, ya había decidido salir. Un interés migratorio frente a otro basado en la política de control de fronteras. Ante la incompatibilidad manifiesta la única salida posible es la que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

### e) La tramitación de urgencia

El art. 25 de la Ley prevé la tramitación de urgencia en el caso en la solicitud haya sido formulada por un menor no acompañado, pudiendo acordarse tal vía de tramitación bien de oficio por el Ministerio del Interior, bien a petición del interesado (art. 25). No existe la formulación normativa de un principio de celeridad específico cuando sean menores los implicados en un procedimiento administrativo o en un procedimiento judicial. No obstante lo dicho, el TEDH ha determinado, en relación con los derechos derivados del art. 6 CEDH que existen circunstancias concomitantes al proceso (judicial obviamente) que exigen, por su naturaleza, una especial celeridad del mismo, por ejemplo cuando hay menores implicados (nos referimos a las sentencias dictadas en los asuntos *Hokkanen c. Finlandia*, apartado 72<sup>149</sup>, *Niederböster c. Alemania*, apartado 39<sup>150</sup>, *Tsikakis c. Alemania*, apartados 64 y 68<sup>151</sup>, *Paulsen-Medalen y Svensson c. Suecia*, apartado 39<sup>152</sup>, y *Laino c. Italia*, apartado 22<sup>153</sup>).

En la práctica, la tramitación preferente de los expedientes de solicitud de protección internacional no lleva implícita la mayor celeridad en la resolución de los mismos<sup>154</sup>, si bien es cierto que la ley prevé unos plazos breves, de modo que el trámite de asilo debería quedar resuelto en un periodo de entre tres y seis meses.

Pero esos plazos no siempre se cumplen. En tanto que en el período en que se resuelven las solicitudes se garantizan una serie de derechos que aseguran la protección del solicitante, la demora no tiene consecuencias irremediabiles en la situación individual del menor, pero sí supone un retraso en la búsqueda de una solución duradera que debilita el estatuto de ese menor y en ocasiones le hace buscar soluciones que se le antojan más rápidas o más eficaces, como desplazarse a un tercer país.

### f) El reconocimiento de un estatuto específico en tanto que solicitantes de asilo

El primer efecto del reconocimiento de la condición de solicitante de protección internacional en beneficio del menor de edad es la activación del principio de no devolución como límite a la facultad del Estado de retornar al menor a su país de origen o de procedencia. Cualquier MENA verá como la administración que le tutela asumirá, como primera opción, su reagrupación del con su familia en su país de origen<sup>155</sup>. Con este propósito iniciará los contactos necesarios con ese país para que localice a la familia del menor, lo que desencadenaría un proceso de devolución. No obstante esta regla general se excepciona cuando estamos ante un menor solicitante de protección internacional.

<sup>149</sup> Sentencia de 23 de noviembre de 1994, demanda núm. 19823/92.

<sup>150</sup> Sentencia de 27 de febrero de 2003, demanda núm. 39547/98.

<sup>151</sup> Sentencia de 10 de febrero de 2011, demanda núm. 1521/06.

<sup>152</sup> Sentencia de 19 de febrero de 1998, demanda núm. 16817/90.

<sup>153</sup> Sentencia de 18 de febrero de 1999, demanda núm. 33158/96.

<sup>154</sup> A este respecto véanse las observaciones de MARTÍNEZ GARCÍA, B.J. (2013), p. 108, y PRIETO HERGUETA, J. (2013), p. 70.

<sup>155</sup> Intención manifiesta en el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, que en su apartado 2 reconoce que la política sobre MENA's estará orientada a la reagrupación familiar en su país de origen o donde resida su familia o, en su caso, al retorno a su país (servicios de protección del menor) cuando ello sea en su interés superior y de acuerdo con la LOEX y REX.

Como ya hemos señalado, una norma de Derecho internacional general, de carácter imperativo prohíbe a los Estados devolver a una persona a un lugar donde su vida o su seguridad corran peligro, donde puedan ser vulnerados de forma grave sus derechos fundamentales<sup>156</sup>. Ello supone que el derecho a recibir asilo u otra forma de protección internacional queda indefectiblemente unido a la prohibición de devolución. Así se recoge, como no podía ser de otro modo, en el art. 5 LAPS. El respeto al principio de *non refoulement* es un límite al margen de actuación del legislador, de modo que no será posible que la legislación nacional prevea, tal y como ha señalado el TC parafraseando la Convención de Ginebra, “por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas” (STC 53/2002).

Junto a la activación del principio de *non refoulement*, la Ley reconoce a los solicitantes de protección internacional el derecho a ser documentado como solicitante de protección internacional, el derecho a asistencia jurídica gratuita e intérprete, al que ya nos hemos referido en lo que hace a la asistencia de los menores, el derecho a que se comunique su solicitud al ACNUR, el derecho a conocer el contenido del expediente en cualquier momento, y el derecho a la atención sanitaria. Todos estos derechos se proyectan también, obviamente, en los menores de edad. Además, y por lo que hace a la atención sanitaria, el art. 47 LAPS recoge una previsión específica de asistencia sanitaria y psicológica adecuada cuando los menores hayan sido víctimas de cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano, o degradante, o hayan sido víctimas de conflictos armados.

El resto de derechos del solicitante de asilo que contempla la ley tiene un impacto más limitado o incluso inexistente en la esfera de los menores y en particular en la esfera de los menores no acompañados. Por ejemplo el derecho a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante solo se activaría en el supuesto en que, localizada la familia del menor en su país de origen, la reagrupación familiar allí fuera una opción viable a la que el menor no se opusiera, lo que sucede en muy pocas ocasiones. Si este fuera el –improbable- escenario, el hecho de que existiera un expediente de protección internacional en tramitación limitaría las posibilidades de repatriación hasta el momento en que se resolviese la solicitud y se verificase, o bien que el peligro que el menor declara que le hizo abandonar su país de origen o de residencia no existió o no fue suficiente como para que le sea reconocida ninguna modalidad de protección internacional, o bien que, habiendo existido, ya no concurre.

Por lo que hace al derecho a recibir prestaciones sociales específicas en los términos legales que se prevean, en el caso de los menores no acompañados tal derecho quedaría

<sup>156</sup> La Convención de Ginebra fue el primer tratado internacional que consagró convencionalmente esa obligación. Así, el artículo 33 dispone que los Estados parte no podrán, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. Se trata de una norma propia del Derecho Internacional de los Refugiados que, gracias a la influencia del DIDH y a la labor de los órganos de control de derechos humanos ha visto ampliado su ámbito de aplicación y ha fundamentado la necesidad de proporcionar otras formas de protección complementaria.

subsumido dentro de la protección genérica que le dispensa el hecho de encontrarse bajo la tutela (y protección) de la administración autonómica. Solo la existencia de recursos prestacionales o asistenciales (residenciales, por ejemplo) específicos para menores extranjeros no acompañados solicitantes de asilo permitiría entender este derecho como la facultad de acceso a esos recursos específicos. Ahora bien, tales recursos no existen porque, sencillamente, las estadísticas no apuntan a la necesidad de crearlos.

#### **4.5. La obligación de buscar una solución duradera para los menores no acompañados. El estatuto del menor solicitante o beneficiario de la protección internacional**

La primera asistencia de los menores no agota las obligaciones que incumben al Estado en relación con su protección. El Estado deberá acordar, de modo individualizado, una solución duradera para cada uno de los menores presentes en su territorio, máxime si se trata de solicitantes de protección internacional<sup>157</sup>.

Teniendo en cuenta lo ya señalado en este trabajo respecto de las obligaciones de protección que incumben al Estado respecto de cualquier menor por el hecho de serlo y con independencia, por tanto, de su situación migratoria, analizamos aquí todas las posibles soluciones, aunque alguna o algunas de ellas no se darán nunca respecto de los menores necesitados de protección internacional, a los que no cabrá devolver a su país de origen mientras subsistan las circunstancias que motivaron la huida.

#### **A. Protección, reagrupación, retorno, reasentamiento**

##### **i. La reagrupación familiar<sup>158</sup>**

Cuando los menores viajan solos, una de las prioridades de los poderes públicos que se hacen cargo de ellos es reunirlos con sus familias, es decir, reagruparlos<sup>159</sup>, opción que suele ir aparejada a la repatriación que, en nuestro ordenamiento, prevén los arts. 35.5 LODYLE y 191 a 194 del Reglamento de extranjería<sup>160</sup>. De modo que, dicho en otros términos, se parte siempre de que la mejor opción para el menor es su repatriación (LÓPEZ DE LOS MOZOS, 2015, 109).

<sup>157</sup> A la búsqueda de soluciones duraderas basadas en la evaluación individual del interés superior del menor se refiere la Comunicación de la Comisión Europea relativa al establecimiento de un Plan de Acción sobre los menores extranjeros no acompañados 2010-2014, de 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final, disponible en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3Aj0037>.

<sup>158</sup> Véase, sobre esta cuestión DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2015) y CABEDO MALLOL, V. (2011), p. 54. Resulta de sumo interés, asimismo, analizar la jurisprudencia del TEDH en materia de vida familiar y estatuto de los extranjeros y, a este respecto, se hace obligada la consulta de VAN BUEREN, G., (2008), p. 134 y ss.

<sup>159</sup> El art. 19.bis. 5 de la LPJM establece que “*en el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad*”.

<sup>160</sup> No pudiendo detenernos en la cuestión del procedimiento de repatriación, hacemos remisión al trabajo DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2015), p. 105 y ss.

Los instrumentos internacionales adoptados con la finalidad de promover y proteger los derechos de los niños, y con el objetivo de mantener la unidad familiar, tienden a identificar la reagrupación familiar de los menores que se encuentran separados de sus familias con su interés superior<sup>161</sup>. El Comité de derechos del niño ha afirmado, así, que de acuerdo con un criterio basado en los derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reagrupación familiar<sup>162</sup>. Se trata, sin embargo, de una identificación que no resultará acertada en todos los casos, siendo en particular desaconsejable cuando el menor sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando haya riesgo de que la reagrupación se traduzca en la violación de sus derechos humanos fundamentales<sup>163</sup>.

En este contexto la reagrupación en el país de origen, como hemos visto, es la opción preferida por las administraciones<sup>164</sup>. Sin embargo, desde la perspectiva de la preservación del interés del menor que contempla el art. 35.5 LODYLE<sup>165</sup>, no es la única opción viable<sup>166</sup> y desde luego no es una opción cuando hablamos de menores solicitantes o beneficiarios de la protección internacional<sup>167</sup>.

Habrà que tener en cuenta aquí lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la CDN respecto de la posibilidad de adoptar una decisión sobre la reagrupación familiar en el territorio del Estado de acogida. En este sentido, el art. 10.1 de la Convención obliga al Estado parte a atender toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en su territorio o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados parte garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

<sup>161</sup> En esa misma línea, puede afirmarse que incumbe al Estado la obligación de no separar al menor de su familia (contra su voluntad y sin que medie resolución judicial), como un modo de garantizar sus derechos a ser cuidado por sus padres y a preservar sus relaciones familiares (garantizados, respectivamente, por los artículos 7 y 8 de la CDN). En el contexto de las crisis migratorias, es fácil que las familias se vean obligadas a separarse, lo que hace particularmente relevante que los Estados actúen con la diligencia debida para que estos derechos queden garantizados.

<sup>162</sup> *Cfr.* el apartado 79 de su Observación General número 6 (2005).

<sup>163</sup> Y ello en aplicación del principio de no devolución. *Cfr.* los apartados 81 y 82 de la Observación General número 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño.

<sup>164</sup> En el caso de España, la Relatora Especial sobre derechos de los migrantes advirtió en su Informe elaborado con ocasión de la visita a nuestro país en el año 2003 que detrás de algunas supuestas reagrupaciones de MENA's marroquíes se escondían en realidad expulsiones, puesto que la devolución se materializaba sin que estuviese presente la familia y el menor quedaba a cargo de las autoridades del Estado: *Cfr.* el apartado 55 de su Informe de 14 de enero de 2004 (E/CN.4/2004/76/Add.2), disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/CountryVisits.aspx>.

<sup>165</sup> Así como los arts. 192.1 y 194.2 RLODYLE. Sobre las dificultades de definir el concepto jurídico en este contexto, véase DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2015), p. 59 y ss.

<sup>166</sup> *Ibidem*, apartado 83.

<sup>167</sup> 167 Sobre las garantías del menor frente a la repatriación véase LÓPEZ DE LOS MOZOS, A. (2015), p.112. Esta autora se refiere al régimen general, y no a la repatriación eventual de solicitantes de protección internacional, pero resulta de sumo interés la lectura de sus reflexiones, por cuanto hace referencia a que la administración deberá tener en cuenta, al adoptar una decisión de repatriación de un menor de edad: que se haya respetado su derecho a ser oído, que la decisión adoptada se base de forma expresa en la preservación de su interés superior, y que tal decisión garantice que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen.

Esta previsión encuentra reflejo en la Ley de asilo cuando la misma contempla la posibilidad de establecer la extensión familiar<sup>168</sup> del derecho de asilo o de la protección subsidiaria a los descendientes en primer grado del beneficiario, siempre que los mismos fueran menores de edad, y por tanto dependientes, y poseyeran la misma nacionalidad que el beneficiario [art. 40.1.a)] o, en sentido inverso, cuando sea el menor el beneficiario del estatuto de protección especial y no esté casado, es decir, no se haya emancipado por matrimonio de hecho o de Derecho<sup>169</sup>. En este caso la extensión se daría en favor de un adulto que sea responsable del beneficiario de la protección de acuerdo con la legislación española vigente, es decir, que tenga sobre el la patria potestad o la tutela [art. 40.1.c)]<sup>170</sup>. No hablamos aquí de reagrupación familiar en sentido estricto, sino del hecho de que la concesión del estatuto de protección internacional pueda beneficiar a algún familiar cercano, de modo que se garantice el mantenimiento de la unidad familiar.

## ii. El retorno a cargo del Estado

La segunda opción es el retorno del menor no ya para reagruparlo con su familia, sino para que quede a cargo del Estado de origen o de procedencia. Dicho en otros términos, no cabe descartar que pueda redundar en el interés superior del menor el retorno a su país de origen o residencia para ser tutelado en una institución de acogida. Para determinar dicha circunstancia, el Estado en el que se encuentra el menor, antes de tomar la decisión de retornarle, deberá tener en cuenta que se cumplen determinadas condiciones.

Así, deberá asegurarse en particular de que la seguridad personal, pública y socioeconómica que encontrará el niño a su regreso es adecuada y de que existen mecanismos para la atención individual del menor. Y deberá tener en cuenta, además de su opinión, su nivel de integración en el país de acogida y el periodo de ausencia del país de origen<sup>171</sup>. Ahora bien, cuando estamos ante un menor solicitante de protección internacional o beneficiario de dicho estatuto, esta opción no se plantea como una opción realmente viable porque actúa como límite en principio de no devolución, que solo decaerá cuando las circunstancias de peligro hayan desaparecido a lo largo del procedimiento en que se resolvía la solicitud. Es decir, puede justificarse la no concesión del derecho de asilo, por ejemplo, en un cambio de circunstancias en el país de origen y en ese caso, el retorno del menor podría ser posible para ponerlo a cargo de una institución pública si aún fuera menor. Lo que no resulta posible es valorar el retorno a cargo del Estado como una opción mientras esté vigente el estatuto provisional de solicitante de asilo o el definitivo de beneficiario.

<sup>168</sup> Salvo que quien opte a beneficiarse de esta extensión esté incurso en alguna de las causas de exclusión del derecho de asilo que recoge el art. 8 de la Ley en sus apartados 2 y 3, o que recoge el art. 9 como causa de denegación del derecho, o los arts. 11 y 12 como causas de exclusión o de denegación frente a la solicitud de concesión del derecho a la protección subsidiaria.

<sup>169</sup> Se trata de la definición de miembro de la familia que proporciona el art. 2. j) de la Directiva 2011/95/UE.

<sup>170</sup> Siendo problemática la cuestión de la determinación exacta del vínculo familiar, en caso de duda la ley establece que las relaciones familiares deberán establecerse mediante las pruebas científicas que sean necesarias, acudiéndose, por lo general, a las pruebas de ADN.

<sup>171</sup> *Cfr.* los apartados 84 y 88 de la Observación General número 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño.

### iii. El reasentamiento en un tercer país

El reasentamiento debe ser considerado una solución duradera únicamente si el retorno al país de origen no es posible y la integración en el país de acogida no redundaría en el interés superior del menor. Será particularmente adecuado si favorece la reagrupación con algún familiar en el país de reasentamiento o es el único medio para proteger de manera efectiva al menor contra la devolución o la persecución o cualquier otra forma de vulneración grave de los derechos humanos en el país de acogida. Por el contrario, el reasentamiento no debe llevarse a cabo si pone en riesgo o menoscaba las posibilidades de una futura reagrupación familiar en los países de origen o de acogida.

En las actuales circunstancias, resulta especialmente relevante recordar aquí la posibilidad, prevista en el acuerdo que la UE y Turquía alcanzaron en marzo de 2016, de que los menores sean retornados desde la UE a dicho país. Ya se han analizado aquí las dudas, tanto formales como de fondo, que dicho acuerdo suscita. La devolución que se acuerde sobre la base del mismo, por tanto, debería estar precedida de un examen individualizado que tenga en cuenta las consecuencias de la misma y que se realice en el marco de un proceso que revista todas las garantías. La propia Comisión ha puesto en duda la capacidad de la UE y de Grecia de respetar dichas garantías, debido a la falta de medios y a los retrasos en la creación de los órganos de revisión de las solicitudes de protección internacional<sup>172</sup>.

### ***B. Reconocimiento del menor como beneficiario del derecho de asilo o de la protección subsidiaria e integración en España***

Una vez se ha conferido al menor el derecho de asilo o la protección subsidiaria, la reflexión debe discurrir hacia la cuestión de la determinación de su estatuto específico, para cuya determinación deberán tenerse en cuenta, como ya hemos señalado repetidamente a lo largo de estas páginas, las obligaciones que derivan de los compromisos internacionalmente asumidos por España, en particular como consecuencia de la ratificación de la CDN y de la aplicación de las normas del SECA.

Debe apuntarse, además, una cuestión previa y, sin duda, interesante: el art. 48 LAPS prevé de manera específica que, en caso de no concederse el estatuto de protección internacional en ninguna de sus dos modalidades a los menores, estos pueden ser regularizados por razones humanitarias por su situación de vulnerabilidad, supuestos en los que sería aplicable la normativa vigente en materia de extranjería y la normativa en materia de menores.

Hemos visto que la condición de minoridad introduce singularidades en el procedimiento destinado al reconocimiento de la condición de beneficiario de la protección internacional. De forma complementaria, también se percibe que la posición del menor como solicitante de asilo condiciona su relación con la administración pública, y limita las facultades relacionadas con la búsqueda de una solución duradera. La cuestión ahora está en determinar si el estatuto del menor refugiado se ve condicionado bien por el hecho de ser menor, bien por el hecho de ser beneficiario de la protección internacional, bien por la conjugación de ambas dimensiones.

---

<sup>172</sup> Cfr: el tercer Informe de seguimiento del Acuerdo UE-Turquía, de 28 de septiembre de 2016, ya citado aquí.

Cuando hablamos del estatuto del menor refugiado en España, igual que cuando hablamos del estatuto de los extranjeros en general, nos referimos a la cuestión de la titularidad de los derechos que les reconocen la Constitución, los tratados internacionales, y las leyes. Ese sistema normativo complejo parte de un principio esencial previsto en la Constitución y que sustenta la existencia de estatutos jurídicos diversos basada en el origen nacional. Dicho en otros términos, nuestra Constitución consagra un reconocimiento desigual de la titularidad de derechos basado en el origen nacional. Así, a los extranjeros, sean mayores o menores, por su condición de “no nacionales” se les aplica el régimen previsto en el art. 13.1 CE, que admite que los extranjeros pueden quedar excluidos de la titularidad de los derechos constitucionalmente reconocidos en virtud de lo que establezcan los tratados internacionales y la ley. Y a esta mención sigue una exclusión expresa al establecerse que solamente los españoles serán titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo<sup>173</sup>. La escueta regulación constitucional del estatuto jurídico de los extranjeros ha precisado de un desarrollo jurisprudencial que, en perspectiva, puede ser calificado como excesivamente complejo y poco respetuoso con los cánones internacionales desarrollados en torno a la limitación de los derechos fundamentales<sup>174</sup>. Sin detenernos ahora en el análisis de esa jurisprudencia, podemos asegurar que la consecuencia que se extrae de sus postulados es que será la ley (con los tratados) la que defina los derechos subjetivos concretos de que disfrutarán los beneficiarios de protección internacional, sean estos mayores o menores, y más en concreto la Ley de derechos y libertades de los extranjeros en España.

Por otro lado, y haciendo referencia a la condición de menores de quienes son objeto de este trabajo, el TC no se ha pronunciado nunca de forma específica sobre los derechos de los menores beneficiarios de protección internacional, y son muy pocas las sentencias en las que se refiera a la titularidad de los derechos fundamentales por los menores. Valga destacar, al menos, que el Tribunal entiende que los menores son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sin que “el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en

<sup>173</sup> Esta exclusión admite una doble excepción: la existencia de un tratado o una ley que confiera el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a quienes no tienen la condición de nacional, y el cumplimiento del criterio de reciprocidad de modo que en el país de origen del “no nacional” se reconozca el derecho de sufragio a los españoles. No obstante no podemos detenernos en esta cuestión, ni interesa en particular al objeto del trabajo que se centra en el estatuto de los menores de edad, que, de todos modos, quedarían excluidos del ejercicio de este derecho.

<sup>174</sup> El TC ha formulado una jurisprudencia específica en relación con la limitación de derechos de los extranjeros introducida bien en virtud de su origen nacional, bien en virtud de su situación administrativa. Esta doctrina (SSTC 107/1984 y 236/2007), que reconoce expresamente que todos los derechos son inherentes a la dignidad humana, sin perjuicio de que sea posible reconocer la existencia de diversas graduaciones en la conexión entre dignidad y derechos - distinta de la jurisprudencia genérica en materia de límites que bebe de las fuentes de la jurisprudencia del TEDH (véase la STC 60/2010 en que se expone ese canon genérico)- categoriza los derechos constitucionales dividiéndolos en tres grupos, uno integrado por los derechos a los que no pueden acceder en ningún caso los extranjeros porque así lo dispone la propia Constitución (art. 13.2 y 23 CE), otro por los derechos predicables de todas las personas y por tanto abiertos a su disfrute por parte de los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a las de los españoles y uno tercero; y un tercero que incluye todos los derechos cuya titularidad por parte de los extranjeros puede ser limitada sobre la base de la ausencia de la ciudadanía, siempre que dicha limitación se contenga en los tratados o en la ley.

función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)” (STC 141/2000, FJ 5).

Teniendo los elementos anteriores en cuenta, y acudiendo a la regulación contenida en la LODYLE, en la LAPS y en la LOPJM podemos concluir que los menores son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución que, por razón de la edad, son susceptibles de ejercer, incluyéndose en ese elenco, sin género de dudas, el derecho a la educación<sup>175</sup> y el derecho a la salud<sup>176</sup>, independientemente de su situación administrativa (art. 10.3 LOPJM y arts. 9 y 12 LODYLE). De un lado, la LODYLE prevé la asistencia sanitaria a los menores de edad sin condiciones derivadas de su situación administrativa, y, de otro, la LAPS también prevé el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda<sup>177</sup>, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la seguridad social y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los españoles<sup>178</sup>.

Asimismo, por su condición de beneficiarios del derecho de asilo, se les reconoce la protección contra la devolución, y un derecho amplio a la información (en una lengua comprensible) sobre el contenido de su propio estatuto

También se concede, y en este punto se encuentra la clave, como decíamos más arriba, que prioriza la opción por la demanda de protección internacional cuando sea viable en el caso de los MENAs sobre la mera protección en cuanto tales, la autorización de residencia y trabajo permanente<sup>179</sup>, en los términos que establece la LODYLE y desarrolla el Reglamento, así como el reconocimiento del derecho a la expedición de documentos de identidad y viaje,

<sup>175</sup> En este sentido resulta imprescindible la lectura de las SSTC 236/2007, 17/2013 y 155/2015. Todas ellas se refieren al alcance del derecho a la educación de los extranjeros mayores y menores de edad.

<sup>176</sup> Véase, para el derecho a la salud, la doctrina contenida en la STC 139/2016.

<sup>177</sup> Es posible deducir de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH y también de los pronunciamientos del Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa que, tratándose de menores, dichos derechos deben ser garantizados incluso cuando están en situación administrativa irregular. Se trata de derechos que formarían parte de un estándar mínimo que debe garantizarse a los niños en todo caso. *Cfr.* al respecto PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen e IPPOLITO, Francesca (2016).

<sup>178</sup> Obviamente también son beneficiarios de todos los demás derechos que contempla la LODYLE, además de serlo de los que contiene la LOPJM: derecho a la documentación (art. 4 LODYLE y art. 10.4 LOPJM), del derecho a la libertad de circulación una vez se haya accedido al territorio nacional con los permisos preceptivos (artículo 5 LODYLE), el derecho a la participación pública (artículo 6 LODYLE y 7 LOPJM) que no incluye el derecho de sufragio ni el derecho a acceder a cargos y funciones públicos, las libertades de reunión y manifestación (art. 7 LODYLE y art. 7 LOPJM), la libertad de asociación (art. 8 LODYLE y art. 7 LOPJM), el derecho a la educación (art. 9 LODYLE), el derecho al trabajo y a la Seguridad Social (art. 10 LODYLE), la libertad de sindicación y huelga (art. 11 LODYLE), el derecho a la asistencia sanitaria gratuita (art. 12 LODYLE), algunos derechos en materia de vivienda (art. 13 LODYLE) que no pueden ser equiparados al derecho de vivienda en sentido amplio, y el derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales (art. 14 LODYLE), derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4 LOPJM), derecho a la información (art. 5 LOPJM), libertad ideológica (art. 6 LOPJM), derecho a la libertad de expresión (art. 8 LOPJ) y derecho a ser oído y escuchado (art. 9).

<sup>179</sup> Vale la pena apuntar que la mera concesión de la tarjeta de solicitante de asilo, que tiene vigencia para el menor hasta que se resuelva su expediente, le da la autorización para trabajar a partir de los seis meses de la realización de la solicitud de asilo, para los mayores de 16 años, lo que supone un estatuto más ventajoso que el que se prevé con carácter general para los menores no acompañados. Véase GUASCH, Carmen (2010)

y el acceso a los servicios públicos de empleo. Dicho en otros términos, si la solicitud se resuelve favorablemente, el menor recibe la condición de refugiado que implica un permiso de residencia de 5 años pudiendo trabajar por cuenta ajena o propia, expedición de documento de identidad y título de viaje (se puede viajar a todas partes menos al país de origen), extensión del asilo a su familia, ayudas sociales y poder solicitar la nacionalidad a los 5 años de residencia (2 en el caso de los latinoamericanos).

Frente a ello, los MENAs del “régimen general”<sup>180</sup> que alcanzan la mayoría de edad, en el mejor de los casos, es decir en el supuesto de que la administración de tutela les haya tramitado la documentación y posean una autorización de residencia, tienen tres meses para renovarla una vez que la misma expire, transformándola en una autorización de residencia y trabajo porque no se mantiene la circunstancia de minoría de edad que dio origen al permiso inicial (art. 196 RLODYLE)<sup>181</sup>. En el peor y más frecuente de los casos, es decir, en el de que estuviesen indocumentados y cumplan la mayoría de edad (art. 198 RLODYLE)<sup>182</sup>, pueden solicitar, a iniciativa de la entidad tutelar –la misma que posiblemente no fue lo bastante diligente como para tramitar a tiempo la documentación - una autorización de residencia por circunstancias excepcionales que se otorgará en función de una serie de criterios de evaluación discrecional (básicamente la participación en acciones formativas y actividades para favorecer la integración). Las diferencias entre una y otra situación son palmarias. Además, la LAPS prevé el acceso a programas de integración o incluso a programas de retorno voluntario si fuera el caso, y a los programas asistenciales que se desarrollen para la primera acogida y, en su caso, momentos sucesivos<sup>183</sup>.

Como apunte final –aunque no menor-, es preciso hacer referencia al principio de no discriminación, como derecho fundamental contenido en el art. 14 CE<sup>184</sup> y como

<sup>180</sup> El régimen general viene regulado en el art. 35.7 LODYLE y 196 a 198 del Reglamento LODYLE. A este respecto véase SOLER SÁNCHEZ, M., MARTÍN CUBAS, J. (2015), p. 43 y ss., RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2015), VESTRI, G., (2014), pp. 205 y ss. y CABEDO MALLOL, V. (2011), pp. 65 y ss.

<sup>181</sup> SOLER SÁNCHEZ, M., MARTÍN CUBAS, J. (2015), p. 43.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 45. Véase asimismo CABEDO MALLOL, V. (2011), pp. 67 y ss.

<sup>183</sup> El art. 30 LRDAPS reconoce una serie de derechos, que la propia ley denomina sociales, pero que resulta más apropiado definir como prestacionales o asistenciales. El apartado primero del precepto establece que se proporcionará a las personas solicitantes de protección internacional, sin recursos económicos, el acceso a los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad. Se prevé también la existencia de unos servicios de acogida específicos previsión que, a la espera del desarrollo reglamentario que prevé la ley, remite al art. 264.2 del Reglamento LODYLE y a la Orden Ministerial de 13 de enero de 1989 que regula los Centros de Acogida a Refugiados y Asilados (CAR). Esta orden es desarrollada a su vez por la Resolución de 6 de julio de 1998 que, además, aprueba el Estatuto Básico de los CAR. El art. 30 LRDAPS reconoce una serie de derechos, que la propia ley denomina sociales, pero que resulta más apropiado definir como prestacionales o asistenciales. El apartado primero del precepto establece que se proporcionará a las personas solicitantes de protección internacional, sin recursos económicos, el acceso a los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad. Se prevé también la existencia de unos servicios de acogida específicos previsión que, a la espera del desarrollo reglamentario que prevé la ley, remite al art. 264.2 del Reglamento LODYLE y a la Orden Ministerial de 13 de enero de 1989 que regula los Centros de Acogida a Refugiados y Asilados (CAR). Esta orden es desarrollada a su vez por la Resolución de 6 de julio de 1998 que, además, aprueba el Estatuto Básico de los CAR.

<sup>184</sup> Sobre el principio de no discriminación ante la Corte Europea de Derechos Humanos, cuando el principio se proyecta sobre los menores véase VAN BUEREN, G., (2008), p. 44 y ss.

uno de los ejes sobre los que pivota el sistema internacional de promoción y protección de los derechos del niño. Así lo establece la CDN. En particular, en su art. 2. Tal y como el Comité de derechos del niño ha tenido ocasión de poner de manifiesto en su Observación General número 6 (2005), este principio de no discriminación es aplicable a todos los aspectos del trato de los menores no acompañados o separados. Así, respecto a los menores extranjeros que entran en el territorio de un Estado, el Comité advierte de forma expresa que las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de la Convención no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de determinadas zonas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas específicas que queden total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado. Además, el Comité recuerda que si el Estado ha asumido las obligaciones de la Convención, tiene obligación de aplicarlas dentro de sus fronteras incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Así, la garantía de los derechos contemplados en la Convención no puede limitarse a los nacionales del Estado parte sin que ello suponga una vulneración de la misma, sino que es aplicable “a todos los menores -sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración”<sup>185</sup>.

Este principio prohíbe, en particular, la discriminación del menor extranjero separado o no acompañado por su condición de extranjero, ya se trate de solicitantes de asilo o de migrantes. Dicha prohibición obligaría a los Estados a prever y poner remedio a las posibles situaciones de rechazo social de las que, por su condición de menores extranjeros no acompañados, puedan ser víctimas. Además, el Comité considera que el pleno respeto del principio de no discriminación exige que todas las medidas que se tomen respecto de menores extranjeros no acompañados en materia de acogida, protección y retorno se apliquen de forma individual y nunca a un grupo de forma colectiva.

El Comité de derechos del niño ha manifestado en alguna ocasión su preocupación por el modo en el que España cumple con su obligación de respetar este principio en relación con determinados grupos de menores. Así, en sus Observaciones Finales al segundo informe presentado por España, el Comité llamó la atención sobre el hecho de que “el principio de no discriminación no se aplique plenamente en el caso de los niños de origen romaní, los hijos de trabajadores migrantes, en particular cuando no son legales, y los niños extranjeros no acompañados, especialmente con respecto al acceso a servicios adecuados de salud y educación”<sup>186</sup>. Por ello, el Comité requirió que España adoptase determinadas medidas para hacer efectivo el principio de no discriminación. En particular, solicitó que supervisase la situación de los niños expuestos a la discriminación, en especial la de los grupos vulnerables mencionados, y que elaborase, basándose en los resultados de esa supervisión, estrategias globales que comprendiesen medidas específicas y selectivas a fin de eliminar todas las formas

---

<sup>185</sup> *Cf.*: el párrafo 12 de la Observación General número 6 (2005).

<sup>186</sup> CRC/C/15/Add.185, 13 de junio de 2002, apartado 27, disponibles en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5).

de discriminación<sup>187</sup>. Dichas recomendaciones fueron reiteradas en 2010, cuando el Comité examinó los Informes tercero y cuarto elaborados por España<sup>188</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Son muchas las voces que, desde los organismos internacionales con competencias en materia de migraciones y refugio y desde las ONG's, se han alzado en contra de la gestión que la UE y sus Estados miembros están haciendo de la denominada “crisis migratoria” actual. En realidad, las críticas no son nuevas. Se viene reprochando desde hace tiempo a la UE que pretenda convertirse en una “Europa fortaleza” donde migrantes y refugiados tienen cada vez más difícil acceso. Los menores, estén acompañados o no, sufren especialmente las consecuencias de esa aproximación al fenómeno migratorio, que tiene repercusiones directas, y no precisamente en positivo, en lo que hace a la identificación de las distintas necesidades de protección y al acceso a los procedimientos adecuados.

Desde luego, la UE no está, desde hace tiempo, a la altura de los valores proclamados el Tratado. Su interés por deshacerse de los refugiados resulta más que evidente. Se han multiplicado en los últimos años las medidas que se traducen en una externalización de la protección a través, por ejemplo, del establecimiento de procedimientos para la determinación de la condición de refugiado en la UE mientras que los solicitantes permanecen fuera de su territorio y a través de la práctica de condicionar la ayuda a terceros Estados a la mejora de la cooperación con la Unión en este ámbito<sup>189</sup>. Una suerte de “pago al cancerbero”. El acuerdo con Turquía, de cuyo análisis nos hemos ocupado en este trabajo, no es, por tanto, sino una medida más en la misma línea. El hecho de que haya estado ausente del debate político y mediático que la UE ya contaba con un mecanismo, el previsto en la Directiva 2001/55/CE, para hacer frente a la afluencia masiva de personas que necesitan protección internacional y que dicho mecanismo, en definitiva, no se haya activado para otorgarles protección en suelo

<sup>187</sup> *Ibidem*, apartado 28.

<sup>188</sup> *Cfr.* las Observaciones Finales del Comité adoptadas el 3 de noviembre de 2001 (CRC/C/ESP/CO/3-4), disponibles en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5). El Comité celebró en esta ocasión la labor realizada por España para luchar contra la discriminación en su territorio, especialmente en relación con los niños de origen romaní, los de trabajadores migrantes, los extranjeros no acompañados y los que sufren discapacidad. En particular, acogió con satisfacción la aprobación del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010, destinado a garantizar el acceso de los estudiantes migrantes a la educación obligatoria y a facilitar su integración en el sistema educativo. Sin embargo, se mostró todavía preocupado por los obstáculos a los que se enfrentan los hijos de extranjeros en situación irregular para acceder a los servicios educativos y de salud y recomendó al Estado parte que continuase vigilando la situación de los niños pertenecientes a los grupos mencionados, quienes, pese al marco jurídico vigente, siguen sufriendo discriminación y que elaborase, en función de los resultados de dicha vigilancia, una estrategia amplia que incluya medidas específicas y objetivos concretos destinados a eliminar todas las formas de discriminación (apartados 25 y 26 del Informe).

<sup>189</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la gestión de la entrada en la UE de personas que necesitan protección internacional y el aumento de la capacidad de protección en las regiones de origen mejorando el acceso a soluciones duraderas, COM (2004) 410, de 4 de junio de 2004. *Vid.* sobre la cuestión: GARLICK, Madeleine (2006).

européico, permite concluir que, más allá de la retórica, la UE no se concibe a sí misma como un territorio de acogida.

En lo que hace a la conformación de un estatuto de derechos específico y preciso para los MENA's solicitantes de protección internacional el balance es igualmente negativo, contemplándose aquí, además, algunas agravantes derivadas de la falta de respeto específico a las obligaciones impuestas por el DIDH, y en particular por la CDN, tal y como ha sido interpretada por el Comité de derechos del niño y otros órganos de protección de derechos humanos, incluido el TEDH. Esas obligaciones integran un estatuto que debe tener en cuenta las necesidades de los menores que son, además de extranjeros no acompañados, solicitantes y posibles beneficiarios de algún tipo de protección internacional y el Estado debe darles cumplimiento atendiendo a las exigencias del principio de diligencia debida. Lo ideal, en términos absolutos, sería que desde el DIDH se conformara un estatuto normativo específico dotando de máxima protección a los menores en situación migratoria, dada la particular vulnerabilidad de los mismos, y que ese estatuto prestara particular atención a los menores solicitantes de protección internacional. Pero en la medida en que tal estatuto no se configura de forma expresa en una fuente internacional, el mismo bien puede reconstruirse desde los tratados existentes, a la luz de la interpretación que de ellos hacen los órganos internacionales, jurisdiccionales o no, a los que se confiere su interpretación auténtica.

En el caso de España los derechos de los menores solicitantes de protección internacional tampoco encuentran reconocimiento específico y separado en una norma propia, pero su estatuto puede (y debe) ser "compuesto" a partir de la interpretación de los diversos bloques normativos que confluyen para regular su situación. Tal y como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, las distintas "filosofías" que inspiran esos diferentes bloques normativos (normas sobre extranjería y control de fronteras, normativa de asilo y normativa de protección del menor) convierte en ardua la tarea interpretativa y, lo que es desde luego más preocupante, redundante en la inseguridad jurídica a la que este colectivo se ve expuesto. En nada ayuda a esa situación que la situación de los MENA's se haya particularizado en nuestro país en un mero Protocolo de actuación que, claramente inspirado por la lógica de las políticas de extranjería, busca la repatriación del menor identificando, por encima de su derecho a ser oído, el mantenimiento de la unidad familiar con su interés superior.

Este trabajo supone, en definitiva, un intento de ordenar e integrar el estatuto de los menores extranjeros no acompañados. En particular de aquellos que tendrían derecho, porque la devolución a su país de origen pondría en riesgo su vida, su libertad o sus derechos humanos básicos, a la protección internacional en España. Un estatuto que se sustenta sobre los principios de no discriminación y de interés superior del menor, que constituyen la clave de bóveda del sistema internacional de protección de los NNA.

## 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. (2011), "Protección constitucional a las personas vulnerables y nuevos derechos", *Revista de Derecho Político*, nº 80, pp. 59-88.

- ALLAIN, J. (2001), “*The jus cogens Nature of non--refoulement*”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, nº 4, pp. 533-558.
- ALSTON, Ph. (1994), “The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, en ALSTON, Ph., *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, pp. 1-25.
- ARENAS HIDALGO, N. (2002), “La protección y asistencia de los niños refugiados”, en AA.VV, *Los derechos del niño: estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los derechos del niño*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 269-297.
- ARENAS HIDALGO, N. (2003), *Los desplazamientos forzosos de población a gran escala: La directiva europea relativa al sistema de protección temporal* (Tesis Doctoral defendida en la Universidad de Sevilla), disponible en:<http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/1189/los-desplazamientos-forzosos-de-poblacion-gran-escala-la-directiva-europea-relativa-al-sistema-de-proteccion-temporal/>.
- ARENAS HIDALGO, N. (2008), “El derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 50, pp. 125-146.
- BHABHA, J. (2004), “Seeking Asylum Alone: Treatment of Separated and Trafficked Children in Need of Refugee Protection”, *International Migration*, Vol. 42, nº 1, pp. 141-148.
- CABEDO MALLOL, V. (2011), “Marco normativo de los menores extranjeros no acompañados en España”, en CABEDO MALLOL (Coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 33-79.
- CARRERA, S. y GUILD, E. (2016), “EU-Turkey plan for handling refugees is fraught with legal and procedural challenges”, CEPS Comentary, 10 de marzo de 2016, en <https://ceps.eu/publications/eu-turkey-plan-handling-refugees-fraught-legal-and-procedural-challenges>.
- COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (2008), “Los menores no acompañados”, en *La situación de los refugiados en España. Informe 2007*, Madrid, Entimema, pp.147-164.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2012), “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: La interpretación del art. 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, segunda época, nº 12, 24 pp.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, C. (2008), “EL régimen Jurídico de los Menores Extranjeros no acompañados en la Unión Europea y en los Estados Miembros”, en CABEDO MALLOL (Coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 81-141.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2015), “Garantías Constitucionales y legales en el procedimiento de reagrupación familiar o repatriación de los MENA”, en CABEDO MALLOL, V. (Coord.) (2015) *Menores no acompañados: los otros inmigrantes. Cuestiones jurídicas*. Actividades investigadoras y docentes. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 53-92
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2012), *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, Madrid.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2016), *El Asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. Madrid.

- DEN HEIJER, M. y SPIJKERBOER, Th. (2016), “Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?” *EU Law Analysis*, en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html>.
- DIAZ BARRADO, C. M. (2015), “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 45, pp. 464-465.
- DURÀ TOHUS, J. (2014), “Perspectiva global del asilo y refugio en España”, en *VVAA, Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 93-110.
- FREEMAN, M. (2007), “Article 3. The Best Interests of the Child”, en *ALEN, A., VANDE LANOTTE, J., VERHELLEN, E., ANG, F., BERGHMANS, E. y VERHEYDE, M. (Eds.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 1-23.
- FUNDACIÓN RAÍCES, CGAE (2014), *Solo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad de menores de edad no acompañados*, Madrid.
- GALINSOGA JORDÁ, A. (2002): “Mecanismos de cooperación internacional para compartir las responsabilidades y las cargas en situaciones de afluencia masiva”, en *FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., La revitalización de la protección de los refugiados*, Huelva, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, pp. 95-154.
- GALLAGHER, A.T. (2010), *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GARLICK, M. (2006), “The EU Discussions on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum?” *International Journal of Refugee Law*, Vol. 18, pp. 601-619.
- GIL BAZO, M. T. (2001), “La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, en *MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (ed.), La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 147-186.
- GIL BAZO, M. T. (2006), “The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union’s Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 18, pp. 571-600.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2004), *Conflicto y Cooperación entre la Constitución Española y los tratados internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2016), “Derecho a la justicia y vulnerabilidad en la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo: confluencias”, en *SANTOLAYA MACHETTI, P. Y WENCES, I. (Coord.), La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 607-633.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., PEREZ GONZÁLEZ, C. (2015), “La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: Derecho Internacional, Europeo y Español”, en *ALCACER GUIRAO, R Y OTROS (Coord.), La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Madrid, Edisofer, pp. 223-262.
- GOODWIN-GILL, G. y McADAM, J. (2007), *The Refugee in International Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press.

- GUASCH, C. (2010), “Menores no acompañados ante la protección internacional del asilo”, *Educación Social*, nº 45, monográfico sobre “La migración de menores no acompañados en España”, pp. 78-92.
- GUILD, E. (2006), “The Europeanisation of Europe Asylum Policy”, *European Journal of Refugee Law*, Vol. 18, pp. 630-652.
- HASSELBACHER, L. (2010), “State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 8, nº 2, pp. 190-215.
- INELI-CIGER, M. (2016), “Time to Activate the Temporary Protection Directive”, *European Journal of Migration and Law*, nº 18, pp. 1-33.
- JOSÉ JAMES, A. (2013), “El significado ético de la protección: el caso de los menores no acompañados en España”, en CLARO QUINTÁNS, I., LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.), *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Madrid, Tecnos, pp. 135-143
- KELLER, H. y STONE SWEET, A. (eds.) (2008), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR in the National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press.
- KTISTAKIS, Y. (2013), *Protecting Migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. A Handbook for Legal Practitioners*, Strasbourg, Council of Europe Publishing.
- LAFONT NICUESA, L. (2013), “Breves notas sobre los menores extranjeros y el asilo”, en CLARO QUINTÁNS, I., LÁZARO GONZÁLEZ, I., (Coord.), *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Madrid, Tecnos, pp. 145-159
- LEE, Y. (2010), “Communications procedure under the Convention on the Rights of the Child: 3rd Optional Protocol”, *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 18, nº 4, pp. 567-583.
- LÓPEZ DE LOS MOZOS, A. (2015), “La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados”, en CABEDO MALLOL, V. (Coord.) (2015) *Menores no acompañados: los otros inmigrantes. Cuestiones jurídicas. Actividades investigadoras y docentes*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 93-120.
- LUCAS, J. (2016), *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Edición: 2ª ed., Valencia, Tirant Humanidades.
- MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA, C. (2013), “Protección internacional de los menores no acompañados. Retos para un futuro reglamento”, en CLARO QUINTÁNS, I., LÁZARO GONZÁLEZ, I., (Coord.), *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Madrid, Tecnos, pp. 75-101.
- MARTÍNEZ GARCÍA, B.J. (2013), “Los menores en la nueva ley de asilo y de la protección subsidiaria. Logros y retos para el nuevo Reglamento”, en CLARO QUINTÁNS, I., LÁZARO GONZÁLEZ, I., (Coord.), *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Madrid, Tecnos, pp. 113-123
- McADAM, J. (2007), “Regionalising International Refugee Law in the European Union”, *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 38, nº 2, pp. 255-280.

- MORENO-LAX, V. (2012), “Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?” *Human Rights Law Review*, Vol. 12, nº 3, pp. 574-598.
- MORGADES GIL, S. (2011), “Unidad y pluralismo en la protección internacional de refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria en Europa: el requisito de la individualización del riesgo en caso de violencia indiscriminada en situación de conflicto armado”, en *VVAA, Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional: coloquio en homenaje a Oriol Casanovas*, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009; Madrid, Tecnos, pp. 495-538.
- MORGADES GIL, S. (2016), “Refugiado”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 10, pp. 231-249.
- PARKES, A. (2013), *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard*, Londres y Nueva York, Routledge.
- PATI, R. (2011), “State’s positive obligations with respect to human trafficking: The European Court of Human Rights breaks new ground in *Ranstev v. Cyprus and Russia*”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 29, pp. 79-142.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2012), *Migraciones irregulares y Derecho internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. e IPPOLITO, F. (2016), “Eppur si muove!: nuevos caminos jurisprudenciales para la protección de los derechos sociales de los migrantes indocumentados en Europa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 53, pp. 79-116.
- PÉREZ SOLA, N. (2013), “El derecho de asilo y la condición de refugiado”, en *VVAA, Historia de los derechos fundamentales: El Derecho positivo de los derechos humanos: Derechos individuales, civiles y políticos*, Madrid, Dykinson: Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, pp. 1113-1172.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, (2007), “Derecho Internacional: ¿un acuerdo imposible?”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, volumen VII, pp. 138-164.
- PISILLO-MAZZESCHI, R. (1992), “The Due Diligence Rules and the Nature of the International Responsibility of States”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, pp. 9-51.
- PRESNO LINERA, M.A. (Coord.) (2013), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Procuradora General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo.
- PRIETO HERGUETA, J. (2013), “La situación de los menores extranjeros no acompañados en la actual ley de asilo y de protección subsidiaria. Perspectivas para el futuro Reglamento”, en *CLARO QUINTÁNS, I., LÁZARO GONZÁLEZ, I., (Coord.), (2013) Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Madrid, Tecnos, pp. 67-73
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2008), “La situación de los MENAs en España (una visión de los informes del Defensor del Pueblo y de los Defensores Autonómicos)”, en *CABEDO MALLOL (Coord.), Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 143-207.

- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2015), “La autorización de residencia de los MENA, durante su minoría de edad y al cumplir los 18 años”, en CABEDO MALLOL, V. (Coord.) (2015) *Menores no acompañados: los otros inmigrantes. Cuestiones jurídicas. Actividades investigadoras y docentes*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 145-167.
- REALE, D. (2013), “Protecting and supporting children on the move: Translating principles into practice”, en VV.AA., *Children on the Move*, Ginebra, OIM, pp. 63-80.
- REDONDO, D. (2008), “Flujos migratorios mixtos y la protección de los derechos humanos de las personas migrantes: el papel de la OIM”, *Punto Focal de Derecho Internacional de la Migración*, Oficina Regional de la OIM en San José.
- REIG FABADO, I. (Dir.) (2014), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ROCA MARTÍNEZ, J.M. (2013), “Tutela jurisdiccional de los derechos de las personas y grupos vulnerables en los órdenes civil y laboral”, en PRESNO LINERA, M.A. (Coord.) (2013), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Procuradora General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, pp. 299-353.
- SÁINZ ARNÁIZ, A. (1999), *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el art. 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- SENOVILLA HERNANDEZ, D. (2007), “Implementation Practices of the CRC Best Interest Principle regarding Unaccompanied Asylum Seeking / Migrant Minors in Europe: cases of forced return in Italy and Spain”, Conference report “Focus on children in Migration”, Warsaw (Poland), 20-21 March 2007, Save the Children Sweden, pp. 51-55.
- SENOVILLA, HERNÁNDEZ, D. (2007), *Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa. Un estudio comparado de 6 países: Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia y Reino Unido. Resumen de resultados*, Bruselas, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil.
- SMYTH, C. (2014), *European Asylum Law and the Rights of the Child*, Londres y Nueva York, Routledge.
- SOLER SÁNCHEZ, M., MARTÍN CUBAS, J. (2015), “Los derechos y garantías de los menores extranjeros no acompañados”, en CABEDO MALLOL, V. (Coord.) (2015) *Menores no acompañados: los otros inmigrantes. Cuestiones jurídicas. Actividades investigadoras y docentes*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 23-51
- TAEFI, N. (2011), “The synthesis of age and gender: Intersectionality, international human rights law and the marginalization of the girl-child”, *International Journal of Children’s Rights*, Vol. 17, pp. 345-376.
- TRINIÑAD NÚÑEZ, P. (2009), “La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de Derechos Humanos creados en el seno de las Naciones Unidas”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (Dir.), *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho español*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, pp. 263-280.
- UNHCR (1994), *Refugee Children: Guidelines on Protection and Care*, Ginebra. UNHCR (2004), *Trends in unaccompanied and separated children seeking asylum in industrialized countries, 2001-2003*, Ginebra.

- VAN BUEREN, G., (2008) *Les droits des enfants en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, Belgique.
- VESTRI, G., (2014), *Inmigración y extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2014), “Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 2.