



FACULTAD DE DERECHO

Los niños y niñas de las mujeres que migran solas a España: problemas jurídicos a la luz de la Convención de los Derechos del Niño

Autor: Belén Martínez Lliso

5º Derecho y ADE (E-3) - C

Derecho Internacional Privado

Tutora: Isabel E. Lázaro González

Madrid

Abril, 2020

RESUMEN:

En España existen miles de víctimas de trata de seres humanos que no son identificadas por las autoridades. Los últimos años parece haberse detectado un colectivo especialmente vulnerable a este delito: mujeres subsaharianas que migran a España en patera acompañadas de sus hijos menores y/o embarazadas. Tanto las mujeres como sus hijos son un colectivo especialmente vulnerable a quien el estado tiene la obligación de proteger pero, tristemente, los mecanismos de protección que ofrece nuestro sistema quedan lejos de garantizar la protección que necesitan.

Palabras clave:

Trata de seres humanos, migración irregular, vulnerabilidad, menores acompañados, derechos del niño, desprotección.

ABSTRACT:

In Spain there are thousands of victims of human trafficking who are not identified by the authorities. In recent years, a group that seems to be particularly vulnerable to this crime has been detected: sub-Saharan women who migrate to Spain in a patera boat accompanied by their minor children and/or pregnant women. Both women and their children are a particularly vulnerable group that the state has an obligation to protect, but sadly, the protection mechanisms offered by our system fall far short of guaranteeing the protection they need.

Key words:

Human trafficking, irregular migration, vulnerability, accompanied minors, children's rights, lack of protection.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. CONTEXTO GENERAL.....	7
3. MUJERES QUE MIGRAN CON NIÑOS/AS A ESPAÑA.....	9
3.1 Cifras	9
3.2 Características de este colectivo	10
3.3 Mujeres y niños/as víctimas de víctimas de la trata de personas.	11
3.3.1 La “trata de personas” en España.....	11
3.3.2 Mujeres y niños víctimas de la trata	13
4. LA LLEGADA A ESPAÑA.....	15
4.1 Adultos que atraviesan las fronteras de España	15
4.1.1 Leyes a las que se acogen.....	15
4.1.2 Denegación de entrada	15
4.2 Menores que atraviesan las fronteras de España	17
4.2.1 Leyes a las que se acogen.....	17
4.2.2 Acogida en centros de menores extranjeros	17
4.3 Aplicación del Protocolo Marco para la Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos	21
4.3.1 Proceso de detección, identificación y derivación.....	22
5. LOS MENORES ACOMPAÑADOS SON NIÑOS.....	24
5.1 Convención de los Derechos del Niño de 1989 (CDN)	25
5.1.1 Ámbito de aplicación y principios rectores de la CDN	25
5.1.2 Derechos de todos los niños según la CDN	26
5.1.3 Obligaciones de los Estados Firmantes al amparo de la CDN	27
5.1.4 Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.....	28
6. NIÑOS DESPROTEGIDOS: DERECHOS QUE SON VULNERADOS.....	28
6.1 Derecho a la identidad	29
6.2 Obligación de ofrecer protección al niño	31
6.2.1 Interés superior del menor.....	35
6.3 Obligación de tomar las medidas necesarias para impedir la venta, tráfico, trata de niños y cualquier forma de explotación.	37
6.4 Derecho a la educación y a realizar actividades adecuadas a su edad	38
6.5 Derecho a expresar su opinión	40
6.6 Derecho a la protección de la vida privada	41

6.1	Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo	42
6.2	Dispersión competencial en materia de inmigración	42
7.	CONCLUSIONES	43
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	46

LISTADO DE ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ADN	Ácido desoxirribonucleico
Art.	Artículo ^[1] _[SEP]
CC	Código Civil ^[1] _[SEP]
CCAA	Comunidades Autónomas ^[1] _[SEP]
CDN	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989
CE	Constitución Española ^[1] _[SEP]
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros ^[1] _[SEP]
GRETA	Grupo de Expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
MENA	Menor extranjero no acompañado ^[1] _[SEP]
NIE	Número de Identidad de Extranjero
RLOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).
ONG	Organización no Gubernamental ^[1] _[SEP]
UE	Unión Europea
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

1. INTRODUCCIÓN

La trata de seres humanos es un negocio que mueve en España más de 5 millones de euros al día.¹ Lo más sorprendente de este dato no es la cantidad de dinero que circula por el territorio español sin ser declarado sino el número de personas que son víctimas de este delito para alcanzar esa cifra. Dos características que describen el perfil de las víctimas de trata personas son “mujer” y “extranjera”. En los últimos años, parece haberse detectado un colectivo más concreto especialmente vulnerable a este delito: mujeres subsaharianas que migran a España en patera acompañadas de sus hijos menores y/o embarazadas.

Por su especial vulnerabilidad, el Estado debe proteger tanto a estas mujeres como sus hijos menores ofreciendo un sistema de protección que les garantice el ejercicio de sus derechos fundamentales. La especial vulneración de las madres deriva de su condición de extranjeras y potenciales víctimas de trata, vulnerabilidad que se multiplica en el caso de los niños pues, además de extranjeros y potenciales víctimas de trata, son menores y por ello requieren de una protección aún más especial que, como se concluirá, no se les está dando. Estos niños son invisibles para el sistema.

En este trabajo, me centraré en analizar el sistema de protección que español para con los menores extranjeros acompañados con el objetivo de hacer un análisis crítico que pretende detectar los derechos del niño que se ven vulnerados por el sistema de protección que les ofrece España en la actualidad. Para ello será necesario realizar paralelamente un análisis del sistema de prevención y protección de trata de seres humanos ya que, por tratarse además de potenciales víctimas de este delito, dicho sistema también debe protegerles a ellos.

Empezaré haciendo una introducción al contexto de la migración ilegal y la trata de personas en España. Posteriormente detallaré, desde un punto de vista más bien teórico, los protocolos de actuación con migrantes ilegales vigentes en España, tanto para adultos, como para menores y víctimas de trata, así como los derechos de los niños a la luz de la Convención de Derechos del Niño de 1989. Por último, haré un análisis crítico de las flaquezas del sistema de protección que se ofrece a los menores y las prácticas de actuación que se llevan a cabo en realidad con ellos con la

¹ Enemultimedia. (2018) Proyecto O2 España [Vídeo] (Disponible online en: <https://www.youtube.com/watch?v=2V8PsNTZqlc>)

intención de plasmar las consecuencias que tienen sobre el menor y enumerar los derechos de los niños que por ello se ven vulnerados.

2. CONTEXTO GENERAL

Con el fin de conseguir mejores condiciones de vida, a lo largo de la historia han sido constantes los flujos migratorios. En la actualidad, el proceso de globalización en el que vivimos y sus consecuencias económicas están transformando el modelo de migración, dividiendo cada vez más el mundo entre países pobres y países ricos y, por ende, atrayendo a millones de personas a luchar por adentrarse en los países desarrollados. Uno de los cambios más recientes del modelo de migración ha sido el aumento de mujeres que se embarcan en este viaje.²

En concreto, cada vez son más las mujeres africanas que llegan a las costas españolas. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ya por el año 2006 registró un aumento del 75% en la tasa de crecimiento de migración femenina (registrando ese mismo año únicamente un 22% en la tasa de migración masculina). Siguiendo el razonamiento expuesto anteriormente, podemos afirmar que se debe principalmente a que África es el continente que más ha visto aumentar su empobrecimiento y bajar el nivel de vida de sus habitantes en los últimos 25 años. “Es un continente que no consigue superar la contradicción de ser un lugar de gran riqueza natural y humana pero donde sus habitantes viven sumidos en la pobreza”.³ Esta pobreza, como es predecible, afecta tanto a hombres como mujeres pero cada vez son más las mujeres que no sólo huyen de las malas condiciones de vida en las que se encuentran con el sueño de llegar a Europa sino que además huyen de otras situaciones denigrantes que, por ser mujeres, viven su propio continente. Este tipo de situaciones son, por ejemplo, la mutilación genital femenina, la violencia de género, matrimonios concertados o la ausencia de algunos derechos que no les permiten llevar una vida digna como puede ser la exclusión al acceso de la tierra quedando únicamente en manos masculinas. Ellas huyen de sus lugares de origen con el fin de llegar a un lugar en el que puedan librarse de estas realidades pero tristemente la mayoría las sufre a lo largo de su viaje y caen en las manos de mafias que se aprovechan de su vulnerabilidad, mafias de las que es muy complicado liberarse y a través de las que quedan sometidas a dedicarse a la prostitución.⁴

² Castilla Vázquez, C. (2017). Mujeres en transición: La inmigración femenina africana en España. *Migraciones internacionales*, 9, (2), 143-171, p.144.

³ *Ibid.* Mujeres en transición: La inmigración femenina africana en España. *Migraciones internacionales*, cit., p. 156.

⁴ *Ibid.* Mujeres en transición: La inmigración femenina africana en España. *Migraciones internacionales*, cit., pp. 152-153.

Por tanto, si bien la migración femenina empezó dándose por motivos familiares, como la reagrupación familiar, cada vez son más las mujeres que migran motivadas por razones de mejora personal.⁵

Ahora bien, a partir del año 2008 empieza a detectarse la llegada de un colectivo especialmente vulnerable⁶ que arriban a las costas españolas en patera: “mujeres subsaharianas indocumentadas con indicios de ser víctimas de trata, embarazadas y/o con menores muy pequeños a su cargo.”⁷

Para las mafias de trata de personas, las madres acompañadas de menores son un salvo conducto que permite que las mujeres no sean internadas en un Centro de Internamiento de Extranjeros sino llevadas a un centro de acogida humanitaria, como veremos más adelante. Lo más peligroso de este fenómeno es que los menores, una vez las supuestas madres han sido atrapadas por las redes de la trata de seres humanos sufren las siguientes situaciones: o bien son instrumentalizados para lograr la permanencia y explotación de la mujer, o son abandonados, o son reducidos a la custodia de terceras personas que, por norma general, terminan atentando contra su integridad física o moral.⁸ En 2013, el Defensor del Pueblo manifestó su preocupación respecto de este colectivo tras constatar el alto número de menores que desaparecían de los centros de acogida humanitaria con las presuntas madres antes de si quiera haber verificado la filiación entre ellos.⁹

Si bien es cierto que los datos de los últimos años demuestran que la tendencia se acerca a que aproximadamente el 100% de estos niños sean realmente los hijos biológicos de las mujeres,¹⁰ el paradero de los niños que las acompañan cuando estas son víctimas de la trata de personas sigue siendo el descrito en el párrafo anterior, lidiando con una situación de absoluta vulnerabilidad pero quedando totalmente desamparado.

⁵ Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2006). La mujer y la inmigración internacional: informe elaborado por el Departamento de Asuntos Sociales y Económicos. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

⁶ La Ley 12/2009, incluye entre las personas vulnerables a:– Menores– Personas con discapacidad– Personas de edad avanzada– Mujeres embarazadas– Familias monoparentales con menores de edad– Personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual– Víctimas de trata de seres humanos.

⁷ Castaño Reyero, M. J., & Pérez Adroher, A. (2017). Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España, cit., p. 35.

⁸ González, I. E. L. (2019). Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo. *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (107).

⁹ Defensor del Pueblo (2013). Seguimiento del informe presentado en septiembre de 2012 *La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo. p.19 (Disponible online en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2013/11/defensor_del_pueblo_-_actualizacion_a_octubre_de_2013_0.pdf)

¹⁰ Según datos de la Fiscalía General del Estado que serán plasmados más adelante

La cuestión es: si este fenómeno lleva siendo de especial preocupación por la Fiscalía General del Estado y el Defensor del Pueblo desde el 2013, ¿cómo puede ser que siete años más tarde siga sin existir un sistema de protección que ni vele ni preserve los derechos de estos niños que se encuentran en una situación tan vulnerable?

3. MUJERES QUE MIGRAN CON NIÑOS/AS A ESPAÑA

3.1.1 Cifras

Atendiendo a las cifras que plasma la Fiscalía General del Estado en sus Memorias, durante el año 2013 atravesaron las fronteras españolas en patera 43 niños/as de muy corta edad o bebés de la mano de mujeres adultas que, sin poder demostrarlo de forma fehaciente, decían ser sus madres biológicas. Estas cifras suponían un incremento del 22,8% respecto de los casos registrados el año anterior.¹¹ Desde entonces las cifras que plasman el número de niños/as que entran en nuestro territorio de forma irregular acompañados por una mujer adulta que dice tener una relación materno-filial cuya veracidad no puede demostrar fehacientemente, no han hecho mas que aumentar, concretamente 145 menores fueron registrado en 2014, lo que supuso un incremento del 237,20% con respecto a 2013.¹²

Estas cifras sobrecogedoras registradas en 2014 disminuyeron durante el año 2015, llegando a España 59 niños/as acompañados, pero nos volvimos a acercar a la cifra constatada en 2014 durante los años 2016 y 2017, registrándose respectivamente 107 y 126 niños/as que se arribaron en pateras en las costas españolas con un adulto que afirmaba tener un vínculo paterno-materno filial sin poder acreditarlo.¹³

Los 145 menores acompañados registrados en 2014 fue la cifra anotada más alta hasta el año 2018, período en que, tal y como recoge la Fiscalía, “llegaron a España por patera un total de 755 niños en unión de adultos (menores acompañados) que afirmaban tener vínculo paterno-materno filial con el niño sin acreditarlo de manera fehaciente. Ello supone un incremento del 599%

¹¹ Fiscalía General del Estado (2014), cit., p. 395

¹² Fiscalía General del Estado (2015). *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Ejercicio 2014). p.444 (Disponible online en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS15.pdf)

¹³ Fiscalía General del Estado (2016). *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Ejercicio 2015). Madrid: Fiscalía General del Estado. p.489 (Disponible online en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS16.pdf), Fiscalía General del Estado (2017). *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Ejercicio 2016). p.540 (Disponible online en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS17.pdf), Fiscalía General del Estado (2018). *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Ejercicio 2017). p.624 (Disponible online en: <https://www.elconfidencialdigital.com/media/elconfidencialdigital/files/2019/06/28/MEMFIS18.pdf>)

respecto de los 126 que llegaron por esta vía en el año 2017”.¹⁴ Del total, 383 son de sexo femenino y 372 de sexo masculino.

3.2 Características de este colectivo

La llegada clandestina de inmigrantes africanos a las costas andaluzas de nuestro país se realiza normalmente en pateras y cayucos. Esta es la vía de huida y arribo más común entre los indocumentados y también la más peligrosa, muchos de ellos mueren ahogados o deshidratados en el intento.¹⁵

La Fiscalía General del Estado nos proporciona la nacionalidad de los niños acompañados que llegan a España cada año. Haciendo un análisis de los datos de los últimos años podemos concretar que éstos provienen normalmente de la República de Guinea, Costa de Marfil, Argelia y Camerún, habiéndose reconocido también en alguna ocasión la nacionalidad nigeriana y ghanesa.

Si bien es cierto que estos datos proporcionados por la Fiscalía corresponden a las nacionalidades de los menores que atraviesan las fronteras acompañados, a día de hoy podemos asemejar los datos a las nacionalidades de las madres de quien vienen acompañados. Cuando empezó a ser habitual la migración de mujeres con niños se presentaban grandes dudas sobre la relación materno-filial que existía entre ambos¹⁶, pero actualmente los resultados de las pruebas de ADN demuestran que en la mayoría de los casos se trata de sus madres biológicas. Si nos fijamos en las cifras que plasma la Fiscalía General del Estado al respecto, ya en el año 2016 establecía que “en lo que concierne a la práctica de pruebas de ADN en prevención de la trata de seres humanos, durante el año 2016 el Cuerpo Nacional de Policía ha realizado 248 pruebas de ADN que han confirmado la relación biológica en 244 ocasiones. En su mayoría (140) se efectuaron en la Ciudad Autónoma de Melilla en relación a niños sirios acompañados de supuestos progenitores desprovistos de una documentación fehaciente y en Motril (Granada) donde se hicieron 43 pruebas”.¹⁷ Adicionalmente, en el año 2018 el Cuerpo Nacional de Policía practicó 379 pruebas de ADN con el fin de verificar la relación entre los menores y los adultos que afirman ser sus progenitores sin prueba dubitativa, 358 de ellas dieron resultado positivo y únicamente 15 fueron

¹⁴ Fiscalía General del Estado (2019). *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Ejercicio 2018). p.838 (Disponible online en: https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2019/09/10/memoria2019_76609dd4.pdf)

¹⁵ Mujeres en transición: La inmigración femenina africana en España, cit., p. 156.

¹⁶ Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España, cit., p.35.

¹⁷ Fiscalía General del Estado (2017), cit., p. 542.

negativas (6 seguían pendientes cuando se cerró este informe).¹⁸

Tristemente, otra de las características que es muy frecuente en la migración de madres acompañados de sus hijos es que la mayoría de ellas presentan indicios de ser víctimas de trata de seres humanos, en concreto víctimas de trata para explotación sexual.¹⁹

3.3 Mujeres y niños/as víctimas de víctimas de la trata de personas.

3.3.1 La “trata de personas” en España

Como se determina en el informe anual de la Secretaria de Estado para la Seguridad de Estados Unidos, España es país de origen, tránsito y destino para hombres, mujeres y niños víctimas de trata consecuencia de la situación geográfica en la que se sitúa.²⁰ Por ello, es de vital importancia que se concentren todos los esfuerzos posibles en la identificación a tiempo de las víctimas de este delito contra la humanidad para que los derechos de las personas que caen en estas redes no se queden en un plano meramente teórico e ilusorio.²¹

En el ordenamiento jurídico español el delito de trata de seres humanos se encuentra recogido en el artículo 177 bis del Código Penal siendo calificado como delito grave y siendo además una flagrante violación de derechos humanos. En la *Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de España y su integración social*, y en su correspondiente reglamento también se regula la trata de personas. Adicionalmente, en el año 2003 España ratificó el *Protocolo de las Naciones para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000*. El artículo 3 de dicha Convención integra la definición de trata estableciendo que:

“Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o

¹⁸ Fiscalía General del Estado (2019), cit., p.839.

¹⁹ Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España, op.cit.12

²⁰ Department of State, United States of America (2016): Trafficking in persons, p.345. (Disponible online en: <https://www.state.gov/documents/organization/258876.pdf>). ^[1]_{SEP}

²¹ Defensor del Pueblo (2016). *Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales*. Madrid: Defensor del Pueblo, p. 243. (Disponible online en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/02/Informe2015.pdf>)

a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Además, la trata de seres humanos, se encuentra también prohibida en el artículo 4 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales sin necesidad de que sea calificada como esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso tal y como aclara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “La trata de seres humanos, por su propia naturaleza y finalidad de explotación, se basa en el ejercicio de los poderes atribuidos al derecho de propiedad. Trata a los seres humanos como mercancías que se compran y se venden y son sometidos a trabajos forzados, a menudo por escaso o ningún pago, por lo general en la industria del sexo, pero también en otras. Esto implica una estrecha vigilancia de las actividades de las víctimas, cuyos movimientos se limitan a menudo. Conlleva el uso de la violencia y las amenazas contra las víctimas, que viven y trabajan en condiciones míseras ”.²²

Es importante que no se confunda la trata de seres humanos con el tráfico ilícito de inmigrantes ya que ambos delitos, aunque los dos denigrantes, tienen diferentes consecuencias. Para conocer ante qué casos nos hallamos, puede ser de utilidad tener en cuenta las siguientes tres diferencias que se presentan en el *Quinto cuaderno para el debate: Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España* el cual dice así: “en el tráfico ilícito de inmigrantes, los migrantes consienten ese tráfico. Por el contrario, las víctimas de trata nunca lo han consentido o si lo hicieron fue mediante coacción, engaño o abuso por parte de los traficantes. Respecto al concepto de la explotación, el tráfico ilícito termina con la llegada de los migrantes a su destino. Sin embargo, la trata implica explotación persistente para generar ganancias ilegales por parte de los traficantes. Por último, el tráfico ilícito es siempre transnacional, mientras la trata puede serlo o no”.²³

La identificación de las víctimas de trata de personas es una condición imprescindible para su protección²⁴. No identificarlas supone no sólo una agravación de la condición de su especial

²² Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 7 de enero de 2010. Asunto Rantsev vs Chipre y Rusia. Demanda. nº 25965/04 (ECHR). Párrafo 281 (disponible online en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/rantsev_vs_russia_cyprus_en_4.pdf)

²³ Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España, op.cit.9

²⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2016 sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las

vulnerabilidad sino además el incumplimiento de los deberes internacionales y un fracaso estatal que nos lleva a dejar a todas estas víctimas desprotegidas.²⁵

3.3.2 *Mujeres y niños víctimas de la trata*

La gran mayoría de mujeres víctimas de la trata son mujeres que inician su viaje engañadas por la imagen distorsionada que los medios de comunicación y las propias mafias han creado respecto de las oportunidades laborales en Europa²⁶. Para emprender el viaje se someten a una deuda que deberán pagar a su llegada a Europa. El importe de dicha deuda que no deja de crecer a lo largo del viaje y no conocen hasta que se encuentran en España, asciende hasta los 40.000 - 60.000 euros. “Aquí también descubren que están obligadas a pagar ejerciendo la prostitución, bien en ciudades españolas o en los invernaderos de Andalucía, bien en otros países a los que serán enviadas - Alemania, Francia, Dinamarca, Islandia-. Hasta que no terminen de pagar esta deuda no están ‘limpias’ y no serán libres”.²⁷

Una práctica que vienen empleando algunas redes de tráfico de personas es utilizar el vudú como aval de la deuda del viaje. “En la actualidad, las redes nigerianas de explotación sexual han encontrado en el vudú un mecanismo de coerción para sostener su negocio transnacional de tráfico de mujeres y niñas, procedentes de familias hundidas en la pobreza, principalmente originarias del estado de Edo. El vudú (y sus variantes) es la práctica religiosa local dominante de la región, y el ritual jujú, una de las ceremonias más enraizadas en la cultura ámbito local. Durante la ceremonia se realiza una promesa que debe cumplirse pagando la deuda contraída, ya que, en caso contrario, ello tendría consecuencias muy graves para la persona objeto del ritual y para su familia. El “contrato mercantil” entre las chicas y los explotadores se liga a la fe y la superstición; la única salida es pagar una deuda que oscila entre 10 a 40.000€ o la prostitución. Mediante el vudú, las personas se ligan a la familia y sus antepasados, que une el pasado, el presente y el futuro, y los

relaciones exteriores de la UE. *La lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE*. Documento nº 2015/2340 (INI). Derechos de las víctimas, incluido el derecho de recurso. Párrafo 55 (disponible online en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0300&from=ES>)

²⁵ Defensor del pueblo (2016), cit., p. 244.

²⁶ Red Europea de Migraciones (2009). La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados. (Disponible online en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/unaccompanied-minors/25b_spain_national_report_on_unaccompanied_minors_published_version_28april10_es.pdf)

²⁷ Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España, cit., p.35.

vivos son los responsables de mantener esta cadena intacta.”²⁸

Estas mujeres, que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, si no iniciaron su camino ya en manos de las redes mafiosas caerán a lo largo del viaje. La mayoría de estas víctimas realizan la entrada en España por vía marítima o terrestre y, tanto durante su trayecto hasta Europa como en las semanas o meses que esperan hasta poder embarcar, son explotadas sexualmente y sus embarazos son decididos por la red.²⁹ Serán embarcadas en las pateras una vez lo decida el tratante³⁰ pues lo tratantes conocen la ley y conocen que una mujer que entra en territorio español acompañada de menores, o embarazada, no será expulsada³¹ y es una apuesta segura con la que continuar la explotación.

El informe de la Comisión Europea realizado en mayo de 2016 en Bruselas sobre los progresos en la lucha contra la trata de seres humanos ya advertía de que la crisis migratoria estaba siendo utilizada por los tratantes como una vía fácil para aprovecharse de las personas vulnerables, en especial mujeres y niños y captarles para la red.³² Por ello, por el simple hecho de tratarse de mujeres que viajan con niños o embarazadas deberían saltar las alarmas del sistema y plantearse que lo más probable es que este colectivo se encuentren bajo el fenómeno de la trata³³ y si no lo han hecho ya, al menos tener en cuenta que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que puede llevarlas a caer en las redes más adelante “como fruta madura”.

Como punto de partida para la detección e identificación de la trata, en España existe el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres humanos, pero la realidad es que caben ciertas dudas sobre su efectividad. Si tenemos en cuenta los datos registrados, parece que España no está consiguiendo identificar a las mujeres víctimas y por ende, tampoco identifica a sus hijos menores quienes quedan invisibles ante el sistema sufriendo una terrible vulneración de sus derechos.

²⁸ Boudiaf, Habiba Hadjab (2019). La religión y las nuevas tecnologías al servicio de las redes nigerianas de explotación sexual de niñas migrantes. *Sociology and Technoscience*, 9, (1), 49-68, p.60

²⁹ Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España, cit., p.35 y Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo, cit.

³⁰ Lopez Frias, D. (2016): “*Esclavizadas bajo amenaza de vudú con su vello púbico*”, El Español. (Recuperado de: http://www.lespanol.com/reportajes/20160507/122987743_0.html).

³¹ Por su especial vulnerabilidad, las mujeres que llegan a España con niños son acogidas en centros de acogida humanitaria, centros abiertos. Asimismo, en atención al artículo 23.6 del RLOEx no puede llevarse a cabo la devolución de mujeres embarazadas cuando sea peligroso para la gestación.

³² Comisión Europea (2016): “*Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings*”, Bruselas. (Disponible online en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/report_on_the_progress_made_in_the_fight_against_trafficking_in_human_beings_2016.pdf).^[1]^[SEP]

³³ Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo, cit.

4. LA LLEGADA A ESPAÑA

En este punto expondré la protección que se ofrece a los extranjeros, ya sean adultos, menores no acompañados o menores que vienen acompañados de adultos, que atraviesan las fronteras españolas de forma irregular.

4.1 Adultos que atraviesan las fronteras de España

4.1.1 *Leyes a las que se acogen*

En lo referente a la regulación de extranjería, destacan la “*Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. A la LOEx, complementariamente, se le adhiere el “*RD 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*”.

4.1.2 *Denegación de entrada*

En atención a la LOEx y al RLOEx, a cualquier persona que atravesase las fronteras españolas sin el visado correspondiente, le será denegada la entrada en el territorio (art. 26.2 LOEX) y le serán aplicados los efectos descritos en el artículo 60 de la Ley de Extranjería .

Artículo 60. Efectos de la denegación de entrada.

1. Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen.

La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento.

2. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio.

3. *El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados.*

4. *La detención de un extranjero a efectos de proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.*

Así, cuando un extranjero accede a España de forma irregular, será necesario que la policía le traslade a comisaría nacional en el menor tiempo posible para ser identificado y posteriormente enviado de vuelta a su país de origen. La policía nacional podrá solicitar al juez que dicho extranjero irregular sea internado en un Centro de Internamiento para Extranjeros (CIE) durante el periodo de transición entre la detención y la efectiva devolución. Esta solicitud se deberá llevar a cabo siempre que se prevea que la devolución no va a poder tener lugar en las 72 horas siguientes ya que por ley el extranjero no podrá permanecer en dependencias policiales sin sentencia condenatoria a la privación de la libertad más de dicho período de tiempo. Será entonces cuando deba ingresar en un CIE.

El tiempo máximo de permanencia en los Centro de Internamiento para Extranjeros es de 60 días. Si en ese tiempo no se ha podido ejecutar la devolución del extranjero a su país de origen éste quedará en libertad no pudiendo volver a internarse en un CIE por la misma causa.

Artículo 62. 2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

Cuando la policía sepa que no va a ser posible llevar a cabo la devolución antes de los 60 días (por haber presentado una solicitud de asilo político, porque se desconoce tu verdadera nacionalidad, por no existir un tratado de repatriación con tu país de origen o por un simple retraso en la tramitación de tu expediente), tiene la obligación de poner al extranjero en libertad.³⁴

³⁴ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Pueblos Unidos (2011), *Estancia irregular: ¿Multa o expulsión?* (Disponible online en: <https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2011/10/guia-prc3a1ctica-sancic3b3n-o-expulsic3b3n.pdf>)

4.2 Menores que atraviesan las fronteras de España

4.2.1 Leyes a las que se acogen

Cuando son menores los que atraviesan las fronteras españolas, estos tienen una protección especial por su condición de menores, quedando sometidos tanto al régimen de extranjería como al régimen de protección del menor, en concreto a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor (LOPJM).

La LOPJM, en sus artículos dos y tres enuncia los principios que fundan la base sobre los que se construye el resto de articulados. El artículo 2.1 de la LOPJM despliega que *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*. Por su parte, el artículo 3 de la LOPJM: recuerda que *“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, (...) sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”*.

Cabe mencionar que si bien a todos los menores les es de aplicación la LOPJM (ley estatal), a cada menor también le afectará la legislación propia sobre protección a menores de la Comunidad Autónoma en que resida.³⁵

4.2.2 Acogida en centros de menores extranjeros

Tal y como expresa el artículo 62.4 de la Ley de extranjería, los menores no podrán ser ingresados en los centros de internamiento de extranjeros sino que deberán ser puestos a

³⁵ Por ejemplo se pueden mencionar: Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección de Menores de Extremadura; Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha; Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia de Aragón; Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del País Vasco; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Illes Balears. Además, en Cataluña la protección de estos menores tiene su reconocimiento en la Ley Catalana 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, que se adecua a los procesos migratorios en que se ve inmersa la Comunidad;

disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, en concordancia con la Ley de Protección Jurídica del Menor.

Artículo 62

No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1. i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley.

Ahora bien, si bien es cierto que la LOPJM recoge los principios rectores de las actuaciones con menores y todos los derechos y obligaciones de los menores y de las administraciones públicas frente a estos, no determina el procedimiento concreto que se debe aplicar cuando un menor traspasa de forma ilegal las fronteras accediendo al territorio español. Frente a ello, se redactó el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, aprobado por resolución de 13 de octubre de 2014 por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia.

El mencionado Protocolo determina que todo menor no acompañado que entre en España será puesto bajo la tutela de las Administraciones Públicas y se le aplicará el sistema de protección al menor descrito en la LOPJM, ingresando, tras ser detectados, en un centro de acogida para menores extranjeros. Cuando un inmigrante atraviesa las fronteras y dice ser (o parece ser) un menor pero no posee un documento válido que lo acredite ni se pueda determinar de forma indudable, se deberá someter a pruebas de determinación de la edad. Cuando dichas pruebas determinen una edad por debajo de los 18 años, se calificará como menor, no podrá ser expulsado y se le aplicarán todas las garantías que le corresponden por dicha condición. En caso de que de los resultados de las pruebas se determine que su edad se encuentra por encima de los 18 años, dicho extranjero se calificará como adulto y se procederá a iniciar el procedimiento de devolución ingresando en un CIE hasta que se ejecute la expulsión.

El apartado segundo, párrafo segundo de las Disposiciones Generares del Protocolo Marco hace referencia los casos en los que, además de a los MENA (Menores Extranjeros No Acompañados), es de aplicación el Protocolo, incluyendo a los menores acompañados:

Apartado segundo. Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación del Protocolo.

2. El presente Protocolo también se aplicará a:

A) Los menores extranjeros que se encontraren en situación de riesgo por haber entrado de manera clandestina o subrepticia en territorio nacional o pretendieren traspasar los puestos fronterizos españoles en unión de un adulto que, aparentando ser su progenitor, pariente o responsable del niño, no aporte documentación veraz o fiable del vínculo alegado, y además se aprecie un peligro objetivo para la protección integral del menor.

B) Menores extranjeros que se hallaren en situación de patente desamparo o desprotección, significadamente por padecer riesgo de sometimiento a redes de trata de seres humanos.

C) Menores extranjeros que como polizones se hallen a bordo de un buque, nave o aeronave que se encuentre en un puerto o aeropuerto español.

Los pasos a seguir cuando se detecta en las fronteras menores acompañados viene descrito en el Capítulo IV del Protocolo.

En primer lugar la policía solicitará que presenten una documentación que pueda justificar la relación paterno-filial que existe entre el menor y el adulto que dice tener esta relación con él. En caso de no poder presentar dicha documentación y que el menor, por su edad, no presente el juicio necesario para ser oído³⁶, los cuerpos de seguridad entrevistarán de forma reservada al adulto con el fin de conocer las circunstancias que les rodean y calificar su situación. Además, el adulto será invitado a realizarse voluntariamente una prueba de ADN que pueda corroborar que su relación paterno-filial es verdadera. Dichas pruebas, siempre que se preste consentimiento, serán llevarán a cabo por la Comisaría General de Policía Científica del CNP y se exige que se realicen con la mayor brevedad posible salvo causa justificada.

Los menores acompañados no son internados en un centro de acogida para menores sino que son trasladados, por su especial vulnerabilidad, a centros de ayuda humanitaria junto con sus madres, quienes tampoco son internadas en un CIE, hasta que se obtenga el resultado de las pruebas de ácido desoxirribonucleico y se pueda verificar su relación filial. El programa de Atención Humanitaria está gestionado por la Dirección General Inclusión y Atención Humanitaria

³⁶ La cuestión sobre cuándo el mejor presenta el juicio necesario para ser oído se planteará más adelante en el apartado “6.5: Derecho a expresar su opinión” de este trabajo.

y, tal y como expresa el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones³⁷ “está dirigido a atender el estado de necesidad de las personas inmigrantes en situación de vulnerabilidad debido al deterioro físico y a la carencia de apoyos sociales, familiares y medios económicos y que lleguen a las costas españolas o formen parte de asentamientos que comporten graves riesgos sociales y sanitarios y precisen de programas de actuación inmediata para su subsanación”.

Así, del resultado de las pruebas de ADN dependerá el paradero del menor. Si las pruebas resultaren positivas, el menor quedará bajo la tutela de su madre pero si los resultados de las pruebas revelaran la inexistencia del vínculo materno-filial que se venía afirmando o si el adulto se negare de forma injustificada a realizarse la prueba de ácido desoxirribonucleico, se podrán solicitar que se decreten las medidas judiciales de protección recogidas en el artículo 158 del Código Civil³⁸ e incluso se podría solicitar que la Entidad Pública correspondiente se hiciera cargo de su tutela cuando, además, las circunstancias revelen que el menor se no presenta las suficientes garantía de asistencia material o moral.³⁹ Cuando no hay relación familiar y se comprueba que permanecer junto al adulto con el que viajaba supone un peligro, por lo que se debe proceder a la

³⁷ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Portal de Inmigración, Atención humanitaria. (Disponible online en: <http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/atencionhumanitaria/index.html>; última consulta 20/04/2020).

³⁸ Art.158 CC. El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

³⁹ Sedano, T. G. (2020). Víctimas de Trata de seres humanos, Madres de seres humanos: protegiendo derechos. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, (3), 94-107, p.100.

declaración de desamparo por la administración, que lleva consigo la asunción de la tutela.⁴⁰ En caso de que el menor quedase bajo la tutela de las entidades públicas se le tratará como un MENA y quedará sujeto a dicho sistema de protección.

4.3 Aplicación del Protocolo Marco para la Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos

Ahora bien, si se tienen en cuenta los datos aportados en el capítulo dos, sabemos que las madres que entran en territorio español acompañadas de sus hijos son un colectivo especialmente vulnerable del cual se aprovechan las redes de la trata de seres humanos, por lo que se les deberá aplicar el Protocolo Marco para la Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos. Dicho protocolo fue aprobado en 2011 y tal y como se expresa en su primer apartado “*tiene por objeto establecer pautas de actuación para la detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos, favorecer la coordinación de las instituciones implicadas en dichos procesos y definir los mecanismos de relación entre las administraciones con responsabilidades en la materia, así como los procesos de comunicación y cooperación con organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, en particular, aquellas que proporcionan una asistencia de carácter integral y participan en los programas de las administraciones públicas para la asistencia y protección de las mismas*”.

El apartado cuarto de dicho protocolo viene a establecer el ámbito de aplicación del Protocolo: *1. El presente protocolo será de aplicación a todas las Personas que pudieran resultar víctimas del delito de trata de seres humanos, sin discriminación alguna por razón de sexo, nacionalidad o situación administrativa en el caso de supuestas víctimas extranjeras. 2. Su ámbito*

⁴⁰ Artículo 174.1. Incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección. 2. A tal fin, la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. El Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias. 3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe. 4. Para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes. A estos efectos, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor.

territorial de aplicación se extiende a todo el territorio del Estado, sin perjuicio de la aprobación de protocolos autonómicos y locales para su desarrollo.

4.3.1 Proceso de detección, identificación y derivación.

La detección consiste en “tener conocimiento de la existencia de una supuesta víctima o detectar indicios de trata de seres humanos en una persona, puede producirse de distintas maneras.”⁴¹

El apartado V.E. del Protocolo sobre “detección en frontera o en centros de internamiento de extranjeros” establece en su primer párrafo que “*cuando la supuesta víctima de trata de seres humanos hubiera sido detectada en frontera, la unidad policial competente en materia de control de inmigración comunicará este hecho de manera inmediata a la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería que, a la mayor brevedad posible, adoptará las medidas oportunas para la identificación de la misma por agentes con formación específica, y la tramitación, en su caso, del período de restablecimiento y reflexión. Asimismo, si procediese su regreso, éste no se ejecutará en tanto no finalice el procedimiento de identificación de la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000*”.

Así, cuando las fuerzas de seguridad detecten a una supuesta víctima deberán proceder a su identificación, proceso que consiste en la realización de una entrevista reservada y confidencial llevada a cabo por los cuerpos de seguridad especializados en materia de trata de seres humanos. En dicha entrevista se deberán examinar todas las circunstancias que rodean a la persona, no únicamente aquellas que puedan estar relacionadas con la trata, para finalmente determinar si presenta indicios o motivos razonables para ser considerada víctima de este delito.

Una vez han sido identificados indicios o motivos razonables para identificar a la supuesta víctima, el apartado VII especifica la información que debe trasladarse al presunto afectado. En concreto, nos interesa la letra d) de su párrafo primero, el cual acuerda que: “*En el caso de que se trate de una persona extranjera en situación irregular, sobre el derecho a un período de restablecimiento y reflexión y la posibilidad de obtener la autorización de residencia y trabajo o el retorno asistido, de acuerdo con lo previsto, en los artículos 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y 142 y siguientes de su Reglamento*”.

⁴¹ Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España, cit., p.13.

El artículo 59 bis de la LOEX, apartado 2, párrafo 2 viene a explicar en qué consiste dicho período de establecimiento y reflexión: *“Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, noventa días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal”*. Además, el sometimiento a este período exime de la incoación del expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a). de esta misma ley y suspende la ejecución de devolución de dicho extranjero a su país de origen. Durante esta etapa, se autorizará la entrada temporal de las presuntas víctimas y serán las autoridades autonómicas quienes se encarguen de velar su subsistencia, extendiendo todos estos efectos a los hijos menores o discapacitados que se encuentren en territorio español en el momento de la identificación como potencial víctima de la trata. La duración del proceso de reflexión de cada individuo queda en manos del Delegado o Subdelegado del Gobierno, quien comunicará de forma motivada su decisión.

Más adelante, en el apartado decimotercero párrafo primero establece que *“Expresamente se le hará saber que durante ese período se le facilitarán los medios necesarios para su recuperación física, psicológica y emocional, así como la separación de la influencia de los presuntos tratantes, de manera que pueda tomar una decisión meditada y sopesada de colaborar o no con las autoridades en la investigación y persecución de los autores del delito”*.

El apartado noveno párrafo segundo del Protocolo Marco determina que en caso de que la víctima, una vez le haya sido trasladada toda esta información, dé su consentimiento para someterse al período de restablecimiento y reflexión descrito *“se le facilitará la derivación a las Administraciones autonómicas o locales competentes en materia de asistencia social o a los servicios de las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, en particular, aquellas que proporcionan una asistencia de carácter integral y participan en los programas de las administraciones públicas para la asistencia y protección de las mismas”*.

Si por el contrario, la víctima decide voluntariamente no someterse al período de restablecimiento y reflexión, no se le abrirá expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a). Ahora bien, la mayoría de las mujeres que entran en España acompañadas por un menor, previsiblemente su hijo, pero sin presentar un documento que pueda acreditarlo fehacientemente,

aunque presentan indicios de ser víctimas de la trata rechazan voluntariamente el período de restablecimiento y reflexión. Por el hecho de ir acompañadas de un menor, como sabemos, son acogidas junto a estos menores en los centros de acogida humanitaria en lugar de ingresar en un CIE dejando a estos menores bajo su tutela. Es en este momento en que se deja a estos niños sin ningún tipo de garantía ni protección, quedando invisibles ante el sistema. Los centros de acogida humanitaria son centros abiertos del que escapan con estos niños.

Por tanto, la cuestión es: ¿No deberían ser estos niños declarados en situación de riesgo?⁴² ¿No se deberían tener en cuenta en esta situación las medidas cautelares recogidas en el artículo 158 CC? ¿Realmente están protegidos estos niños bajo la tutela de sus madres quienes presentaban indicios de ser víctimas de trata de personas? La protección de estos niños tal y como está configurado el sistema queda ante la decisión de sus madres, quienes presentan indicios de víctimas de trata, de someterse o no a este período de restablecimiento y reflexión sin que se les ofrezca a ellos, los más vulnerables ante esta situación, una protección específica y directa. ¿Dónde queda ante este colectivo el interés superior del menor que tan presente está en la regulación de los menores extranjeros?

5. LOS MENORES ACOMPAÑADOS SON NIÑOS

Tras haber analizados las distintas actuaciones que se llevan a cabo según la edad de los inmigrantes, se puede concluir que si bien existe un procedimiento claro para los adultos y para los MENAS, cabe discutir si en el caso de los menores acompañados estos están siendo protegidos como deben. Estos menores quedan sometidos a las actuaciones y decisiones de sus madres sin que se les ofrezca un sistema de protección especializada.

En este contexto, conviene recordar los derechos que poseen los niños, por el simple hecho de ser niños, y las obligaciones a las que España se comprometió al ratificar el Convenio de los Derechos del Niño de 1989.⁴³

⁴² La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia define en su artículo 17 la situación de riesgo como: “aquella en la que, a causa de las circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentaría una situación de desamparo y asunción de tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”.

⁴³ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 d diciembre de 1990).

5.1 Convención de los Derechos del Niño de 1989 (CDN)

Fue en 1989 cuando la CDN se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas como tratado internacional de derechos humanos de las Naciones Unidas, adoptando carácter obligatorio para todos los estados firmantes y estableciéndose como primer instrumento jurídico internacional sobre los derechos del niño. Entró en vigor en España en el año 1991 tras ser ratificada en 1990. Esta Convención tiene como base la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la cual estableció que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Teniendo esta disposición como pilar, la CDN de 1989 reconoce, a lo largo de sus 54 artículos que "los niños son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones" reconociendo "la dignidad humana fundamental de la infancia así como la necesidad de garantizar su protección y desarrollo". Además, tal y como se establece en el Preámbulo, la Convención "es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana".

5.1.1 *Ámbito de aplicación y principios rectores de la CDN*

La CDN será de aplicación a "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" tal y como expresa el propio artículo 1, y se inspira en tres principios fundamentales: el interés superior del niño (art.3), la no discriminación (art.2) y el derecho de opinión (art.12). Además, en base a lo establecido en su Introducción y Preámbulo, suele añadirse otra pata a estos pilares de la Convención: el derecho a la vida, a la supervivencia y al pleno desarrollo del niño.

Art. 3 CDN: "1. 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. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan^[11] las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de

seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Art. 2 CDN: *“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.*

Art.12 CDN: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.*

5.1.2 Derechos de todos los niños según la CDN

Por otro lado, la Convención también determina todos los derechos que poseen los niños y que deberán ser respetados por los 195 Estados firmantes. Estos derechos son:

- Derecho a la supervivencia y el desarrollo (art. 6)
- Derecho a un nombre y a una nacionalidad (art. 7)
- Derecho a vivir con su madre y con su padre salvo cuando sea necesaria la separación para proteger el interés superior del menor (art. 9)
- Derecho a la reunificación familiar (art. 10)
- Derecho a la libertad de expresión (art. 13)
- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14)
- Derecho a la libertad de asociación (art. 15)
- Derecho a la protección de la vida privada (art. 16)
- Derecho a la salud y acceso a los servicios médicos (art. 24)

- Derecho a beneficiarse de la Seguridad Social (art. 26)
- Derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo (art. 27)
- Derecho a la educación (art. 28)
- Derecho al descanso y a las actividades recreativas propias de su edad (art. 31)
- Derecho a ser protegido del uso y tráfico de estupefacientes (art. 33)
- Derecho a ser protegido de la explotación sexual (art. 34)
- Derecho al acceso a la administración de la justicia de menores (art.40)

5.1.3 Obligaciones de los Estados Firmantes al amparo de la CDN

Todos los países que hayan ratificado la CDN tienen la obligación de preservar y proteger estos derechos así como otra serie de obligaciones cuyo fin, como se menciona en la propia introducción de la Convención, es el de “contribuir a resolver sus (de los niños) necesidades básicas y ampliar sus oportunidades a fin de que alcancen su pleno potencial”.

El artículo 4 de la CDN es el esqueleto de todas las obligaciones que la CDN impone a los estados partes estableciendo que : “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.” Ahora bien, a lo largo del texto encontramos otra serie de obligaciones que, aunque inspiradas en la obligación general del artículo 4, es de gran importancia exponerlas para el objetivo de este trabajo de investigación. Dichas obligaciones son:

- Obligación de respetar las responsabilidades y derechos de los padres (art. 5)
- Obligación a preservar la identidad del niño (art. 8)
- Obligación de luchar contra las retenciones y traslados ilícitos de niños (art. 11)
- Obligación de proporcionar el acceso a una información adecuada y no perjudicial para su bienestar (art. 17)
- Obligación de ofrecer protección contra los malos tratos (art. 19)
- Obligación de ofrecer protección a los niños privados de su medio familiar (art. 20)
- Obligación de asegurar la educación primaria gratuita y obligatoria (art. 28)
- Obligación de proteger al niño contra cualquier trabajo nocivo para su salud, educación o desarrollo (art. 32)

- Obligación de tomar las medidas necesarias para impedir la venta, tráfico, trata de niños y cualquier forma de explotación (art. 35 y 36)
- Obligación de proteger a los niños contra la tortura y la privación de libertad (art. 37)
- Obligación de promover la recuperación y reintegración social (art. 39)
- Obligación de rendir cuentas al Comité de los Derechos del Niño sobre sus actuaciones y cumplimiento de lo impuesto esta Convención (art. 44)

Desde la aprobación de la Convención sobre Derechos del niño se han producido avances formidables en la guarda de los derechos de la infancia “a la supervivencia, la salud y la educación, a través de la prestación de bienes y servicios esenciales; así como un reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de la cooperación internacional para instaurar un entorno protector que defienda a los niños y niñas y mejore sus condiciones de vida en todos los países del mundo, en particular en los países en desarrollo”.

5.1.4 Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño

En este sentido, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia realizó el documento *Observaciones Generales* en base a los informes que, entre 2001 y 2014, fueron emitiendo periódicamente los Estados Firmantes sobre sus actuaciones y medidas adoptadas para el cumplimiento de la Convención, obligación contenida en el artículo 44. Este documento contiene diecisiete observaciones generales que muestran los problemas que estos países experimentan a la hora de promover el cumplimiento de los derechos a la infancia recogidos en la CDN y ofrece orientación sobre el trato, la atención y las medidas que deben tomarse para que los niños tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de ellos. Este documento debe servir como guía a todos los Estados Firmantes a la hora de llevar a cabo sus protocolos y procedimientos de actuación.

6. NIÑOS DESPROTEGIDOS: DERECHOS QUE SON VULNERADOS

Una vez enumerados los derechos que poseen estos niños y las obligaciones que el estado tiene para con ellos, describiré la realidad a la que se enfrentan analizando los derechos que les están siendo vulnerados a causa de los numerosos puntos débiles que presenta el sistema de protección a la infancia español. Así, partiendo del marco teórico podremos afirmar que la realidad se encuentra, con creces, muy lejos de los fines que dice tener el sistema. Los menores acompañados son extranjeros pero también niños y en un porcentaje muy alto víctimas de trata,

por lo que la protección de este colectivo especialmente vulnerable no puede depender de las decisiones de sus madres ni derivar de normas generales.

6.1 Derecho a la identidad

Como sabemos, una de las primeras actuaciones que se llevan a cabo con los extranjeros que llegan a las fronteras españolas en patera e indocumentados, es la identificación por parte de la policía asignando a cada uno de ellos un NIE (Número de Identidad de Extranjero). El informe anual del Proyecto Ödos⁴⁴ nos detalla que la tramitación del NIE de los menores se separa de la tramitación del de sus presuntas madres, no recibiendo con la misma rapidez que los adultos dicho número y por tanto quedando inidentificados. “La madre suele recibirlo enseguida; sin embargo, no sucede lo mismo con los niños, a quienes la rapidez de la entrega del NIE depende del puerto de entrada”.⁴⁵ Como consecuencia, un menor indocumentado no podrá ser inscrito en el Registro Central de Extranjeros ni, por ende, empadronado hasta que no se le proporcione dicho número de identificación.

Por otro lado, cuando los menores arriban acompañados de adultos se solicita que se sometan a pruebas de ADN para poder comprobar dicha conexión, dichos resultados determinarán la calificación que les dará y los protocolos a seguir con ellos. Por tratarse de un colectivo que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, las madres con sus presuntos hijos son trasladados a centros de acogida humanitaria, por lo menos hasta que se les comunique los resultados de la prueba de ADN. Los resultados de dichas pruebas de filiación son información interna de la policía, quien únicamente comunica el resultado pero no llega a facilitar un certificado o documento oficial que lo acredite. Como consecuencia, cuando abandonan los centros de acogida humanitaria, la integridad de su unidad familiar se encuentra en peligro y podrán verse obligados a tener que someterse de nuevo a la realización de dichas pruebas para poder probar su relación materno-filial sin que fuera necesario.⁴⁶ Por tanto, nos encontramos con niños que llegan de por sí a nuestras fronteras indocumentados a los cuales no se les acredita con

⁴⁴ El Proyecto Ödos (del griego), es un proyecto pionero en Córdoba (España) liderado por la Fundación Emet Arco Iris y formado por diferentes entidades (la Universidad Pontificia Comillas, la Universidad Loyola de Andalucía, la Fundación Emet Arco Iris, las Hermanas Hospitalarias, las Esclavas del Sagrado Corazón, el Servicio Jesuita a Migrantes, el Proyecto Solidaridad de Responsabilidades, Cáritas española, Villa Teresita, Save the Children, Fundación Profesor Uría, Fundación Abogacía Española, Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba y Delegación Diocesana de Migraciones (Tánger)) que ofrece acogida, atención integral y acompañamiento a las mujeres subsaharianas que llegan a las costas andaluzas embarazadas o con hijos menores para proteger a este colectivo tan vulnerable y evitar que caigan en redes de trata de seres humanos. (Disponible online en: <https://redodos.org/el-porque>; última consulta 29/04/2020).

⁴⁵ Proyecto Ödos, Informe de seguimiento interno anual periodo 01.03.18 – 01.03.19, p36

⁴⁶ *Ibid.* Proyecto Ödos, Informe de seguimiento interno anual periodo 01.03.18 – 01.03.19, cit.op.37

la rapidez que se debería un número que acredite su identidad y que, aunque son sometidos a la prueba de ácido desoxirribonucleico nunca reciben un documento acreditativo con el que justificar que existe dicha relación con sus madres.

Se plantea otro problema en relación con el registro de los bebés que nacen en España de mujeres migrantes. El artículo 44.2 de la Ley del Registro Civil relativo a la inscripción de nacimiento y filiación establece que: *“La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito”*. Ahora bien, muchas mujeres no pueden presentar la documentación necesaria para inscribir a sus hijos que requiere el artículo 46 de la Ley del Registro Civil porque carecen de ella, surgiendo entonces innumerables obstáculos hasta que puede llevarse a acabo. Sin embargo, se debe recordar que aunque se trata de un nacimiento de extranjero, por haber sucedido en territorio español, es inscribible en el Registro Civil.⁴⁷ *“La inscripción del nacimiento en el Registro Civil constituye un elemento esencial para la protección del niño pues acredita su identidad y lo identifica frente a cualquier otro ser humano: El niño existe para el sistema y el certificado de nacimiento que puede acompañarlo protege su identidad”*.⁴⁸ El niño queda, de nuevo, bajo la sombra de su madre sin que se le garanticen los derechos que posee, que son intrínsecos a su persona e independientes a los de los progenitores. Parece que al sistema se le olvida que el interés superior del menor es el principio bajo el que se deben tomar todas las decisiones en las que se vea implicado cualquier menor.

Por tanto, en la práctica nos encontramos con niños a los que se les está vulnerando su derecho a un nombre y a una nacionalidad recogido en el artículo 7 CDN y el Estado está incumpliendo con su obligación del artículo 8 de la Convención de Derechos del Niño:

Artículo 8

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

⁴⁷ Art. 15 de la Ley del Registro Civil de 1957: *“En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y a los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros.”*

⁴⁸ Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo, cit.

6.2 Obligación de ofrecer protección al niño

Toda vulneración viene a agravarse cuando las madres no son identificadas como víctimas de trata aun presentando indicios de ello. A consecuencia de ello, la mayoría huyen junto con sus hijos de los centros de acogida humanitaria sin dejar rastro por la necesidad de empezar a pagar la deuda contraída. Perciben su estancia en estos centros como un límite más para ello. El informe del defensor del Pueblo de 2018 ya plasmaba su preocupación “continúa sin encontrarse un procedimiento eficaz que evite la desaparición de estos menores junto a las adultas que los acompañan a los pocos días de su llegada a los centros de acogida humanitaria”.⁴⁹

Este colectivo, con suerte, permanece 72 horas en estos centros de acogida y pasan a encontrarse en paradero desconocido para la policía. “En todo momento son controlados por la red: en apenas una semana las madres reciben un pasaporte y las instrucciones de cuándo deben abandonar el centro”.⁵⁰ Si, además, los trámites de documentación se demoran no sólo estarán en paradero desconocido sino además indocumentados ante el sistema, y en los casos en que los resultados de las pruebas de ADN resulten ser negativas, aquel menor se encontrará asimismo en situación de desamparo. “En ocasiones, los niños son controlados por la red como medio de presionar a la madre a la que explotan; otras veces son puestos bajo el cuidado o vigilancia de un miembro de la organización, incrementado la deuda de la víctima con la organización en concepto de manutención del menor; la red amenaza a la madre con dar al menor en adopción si disminuyen los ingresos económicos generados por la explotación sexual; a veces son sometidos a malos tratos (ataduras, lesiones y hasta muerte en un caso...), mientras sus madres ejercían la prostitución en otros lugares”.⁵¹

El verdadero problema nace al considerar la auto identificación como víctima de trata como elemento clave para que el Estado proporcione protección. Tanto la identificación como la protección de las víctimas de trata únicamente se hace efectiva cuando son identificadas formalmente como tal, quedando fuera de poder serlo todas las mujeres que deciden rechazar el período de restablecimiento y reflexión.

En este sentido cobran especial poder los estereotipos pues son los que en muchas

⁴⁹ Defensor del Pueblo (2019). *Informe anual 2018*, I, Informe de gestión. Madrid: Defensor del Pueblo, p.256.

⁵⁰ Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España, cit., p.36.

⁵¹ Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo, cit.

ocasiones, condicionan la identificación de las víctimas de trata⁵². El Informe de GRETA realizado en el año 2018 sobre España⁵³, reflejó la inquietud de las ONGs por el impacto negativo que presentan los estereotipos discriminatorios, sobre todo de género, que condicionan a los funcionarios a cargo de la identificación de víctimas de trata. Estas personas, que teóricamente son profesionales especializados, vienen presuponiendo que las mujeres que realmente son víctimas de este delito denigrante se comporten de cierta manera, de forma que si no lo hacen se cuestiona su posición de víctimas.

Además, si tenemos en cuenta que el Protocolo parte de la tipificación del delito de trata de seres humanos en el Código Penal y no del foco de la víctima para su identificación, se complica todavía más su efectiva identificación.⁵⁴ En el apartado tercero del artículo 177 bis el Código Penal establece que: *“El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo” que son, “empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera...”*. Desde este punto de vista, tal y como expresa Lázaro en su artículo *Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo* “Estamos ante otro elemento de difícil valoración en una mujer recién llegada porque no puede esperarse razonablemente expresen en los primeros momentos después de la llegada que se haya empleado alguno de estos medios contra ellas. Es más, según relatan las mujeres y confirman los especialistas a los que he consultado, pueden pasar años hasta que una mujer toma conciencia de su condición de víctima”.⁵⁵ La mayoría de ellas entienden que el pago de la deuda del viaje es una compensación de la deuda para los que han asumido los gastos de su viaje para que pudieran dejar atrás las terribles situaciones que las esclavizaban en sus países de origen abriéndoles una puerta a la prosperidad. No son conscientes de que ese “adelanto” es la puerta de la esclavitud de la que huían. Según Frontex, la aparición de muchos de los indicios de trata se hacen efectivos una vez dentro del territorio de destino ya que en ocasiones no es hasta entonces cuando se empieza a sufrir la

⁵² Víctimas de Trata de seres humanos, Madres de seres humanos: protegiendo derechos, cit., p. 98.

⁵³ Secretariat of the council of europe convention on action against trafficking in human beings (GRETA) (2018). Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain, second evaluation round. Strasbourg. p.35 (disponible online en: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-fg-esp-en/16808b51e0>).

⁵⁴ Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo, cit.

⁵⁵ *Ibid.* Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo, cit.

explotación.⁵⁶

Otro de los elementos que dificulta la identificación de las víctimas de trata tal y como expresa el Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea es su voluntad a colaborar en el proceso: “Esta voluntad está estrechamente vinculada a la protección de su seguridad y privacidad, la disponibilidad de asistencia, la asistencia jurídica y la disponibilidad de servicios de interpretación lingüística, a cómo es tratada en general la víctima por parte de la policía y de otras autoridades y, por último, al riesgo de ser deportada y de volver a sufrir represalias y ser revictimizada. En cambio si son protegidas y asistidas, las víctimas son menos propensas a desaparecer con el riesgo que esto conlleva de volver a convertirse en víctimas y objeto de trata. Si tienen poco que ganar y mucho que perder, lo más probable es que sean reacias a denunciar a sus explotadores y a cooperar en la investigación y el enjuiciamiento. Sólo se puede establecer la confianza de las víctimas en las autoridades a través de la puesta en marcha de medidas de asistencia y apoyo centradas en el respeto de los derechos humanos de las víctimas”.⁵⁷

Con todo ello, parece que es necesario recordar que la trata de seres humanos, por encima de ser un delito es una vulneración de los derechos humanos y que España, por haber ratificado acuerdos y convenios internacionales de lucha por la prevención y protección de trata de seres humanos tiene el deber de colaborar para acabar con ella. La Relatora Especial sobre la Trata de Personas en su primer Informe la definió como una privación de prácticamente todos los derechos humanos: “el derecho a la libertad, la integridad y la seguridad de la persona; el derecho de no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la libre circulación; el derecho a fundar un hogar y una familia; el derecho al mayor nivel posible de salud y el derecho a la educación”.⁵⁸

Por consiguiente, muchas de las víctimas de trata no son identificadas oficialmente como tal y ellas mismas, por miedo a las consecuencias que pueda traer someterse al sistema o por el simple hecho de no creer que lo sean, deciden voluntariamente no cometerse a la protección prevista en el art. 59 de la Ley de Extranjería y sin tener por ello no en consideración los riesgos a los que

⁵⁶ Frontex (2011). Situational Overview on Trafficking in Human Beings. Varsovia. p. 6. (Disponible online en: https://www.iemed.org/observatori-en/recursos/documents/documents-oficials/documents-oficials-adjunts/Situational_Overview_on_Trafficking_in_Human_Beings.pdf)

⁵⁷ ACNUDH, ACNUR & Co (2011) Prevenir, combatir, proteger la Trata de Seres Humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos, p.43 (disponible online en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9250.pdf?view=1>).

⁵⁸ Ngozi Ezeilo, J. Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Consejo de derechos humanos. Décimo período de sesiones. Tema 3 de la agenda.

quedan expuestos sus hijos. El sistema se olvida de que ellos también son potenciales víctimas de trata y quedan a lo que decidan hacer sus madres desconociendo qué ocurre con ellos para quienes los mecanismos de protección de la infancia que posee el sistema español no han jugado papel alguno.

Con todo ello, cabe cuestionarse ¿existe en España un verdadero sistema de “protección” para estos niños? ¿Cumple el sistema actual con la obligación establecida en el artículo 19 de la CDN?

Artículo 19

“1. Los Estados Partes adoptarán 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.

2. Esas 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 relación con este derecho, el Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea ya recordó en 2011 que “Los menores víctimas de trata también deben tener derecho a recibir una reparación, independientemente de su situación administrativa, el carácter legal o ilegal del trabajo o actividad realizado por él/ella o de la cooperación con la policía o las autoridades judiciales. La consideración del interés superior del menor también se aplica a la cuestión de qué tipo de reparación sería la más apropiada para el menor, teniendo en cuenta sus opiniones. Los procedimientos para obtener y asegurar la reparación deben ser fácilmente accesibles y adaptados a la condición de menor.”⁵⁹ y España, casi diez años más tarde, sigue con un sistema que se aleja de todas estas consideraciones.

Asimismo, el Dictamen de la Fiscalía sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y-o en

⁵⁹ *Id.* Prevenir, combatir, proteger la Trata de Seres Humanos.

riesgo de victimización ya determinó en 2014 que “Cuando se hubiera apreciado la posible victimización de la madre o adulto de referencia por trata de personas al sólo efecto del art. 59 de la Ley de Extranjería, sin que concurrieran elementos suficientes para iniciar o continuar los trámites del proceso penal por delito, los riesgos para el niño deben considerarse muy importantes a fin de analizar y elegir las medidas de protección que sean precisas y que no afectarán a la madre”.⁶⁰

6.2.1 Interés superior del menor

Sin lugar a dudas el sistema español no sólo no está ofreciendo al menor la protección que debe sino que, además, no está teniendo en consideración el interés superior del menor. La Observación General nº14 del Comité de los Derechos del Niño *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* recuerda que “todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho”⁶¹ haciendo especial alusión a que “la pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en el concepto ‘medidas’”.⁶² Que no exista un sistema de protección especial dirigida a los menores acompañados y que éstos queden bajo las decisiones personales de sus madres es una vulneración al interés superior del menor.

Por otro lado, es incuestionable que todos los menores que llegan a las costas españolas en patera, ya vengán solos o acompañados de sus madres, se encuentran en una situación de riesgo que perjudica tanto sus derechos como su desarrollo y que, por tanto merecen una especial protección. La *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* define en su artículo 17 la situación de riesgo como: “aquella en la que, a causa de las circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar

⁶⁰ Dictamen 5/2014 de la Fiscalía sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y-o en riesgo de victimización.

⁶¹ Observación General nº 14 (2005) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6) p. 261 párrafo 13

⁶² *Ibid.* Observación General nº 14 (2005) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6) p. 263 párrafo 18.

o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentaría una situación de desamparo y asunción de tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”. Sin lugar a duda, por las circunstancias en las que los niños arriban en España, las autoridades tienen la obligación de poner bajo sospecha que este colectivo se encuentra en esta situación denominada de riesgo y, por ende, actuar al respecto.

Como se planteaba en el capítulo anterior, ¿Por qué si el Estado tiene la obligación de primar el interés superior del niño estos niños no son declarados en situación de riesgo en lugar de ser derivados a los centros de acogida con sus presuntas madres? ¿Por qué el sistema no hace uso de las medidas cautelares del artículo 158 del Código Civil? El Estado tiene el deber de estudiar las circunstancias personales de cada uno de estos niños y, en atención al interés superior del menor, llevar a cabo las actuaciones que le sean más beneficiosas, le protejan y le proporcionen un desarrollo adecuado a su edad. La Observación General nº14 describe el interés superior del menor como un concepto flexible y adaptable que “debe ajustarse^[11] y definirse de forma individual, con arreglo^[12] a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto,^[13] la situación y las necesidades personales”.⁶³ Por consiguiente, ya sea presunta víctima de trata o no, el Estado debe tener en cuenta a cada menor de forma individual y no como la “mochila” que lleva una madre a sus espaldas. Se debe estudiar en cada caso que es lo mejor para ese niño concreto y que dicho interés prime por encima de cualquier otra decisión en la que se vea implicado.

En este sentido se debe hacer especial referencia al derecho contenido en el artículo 9.1 de la Convención de Derechos del Niño:

Artículo 9.1

“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por

⁶³ *Ibid.* Observación General nº 14 (2005) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6) p. 265 párrafo 32

ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

Los niños tienen derecho a que se estudie su propio interés superior y que en atención a este se tomen las medidas pertinentes. Una decisión como la de permanecer con su madre o ser separados de ella marcarán el futuro del menor y tiene derecho a que antes de tomar dicha decisión se haga un análisis de qué es lo mejor para él. Estas decisiones son decisiones muy relevantes y el Estado tiene la obligación de no tomarlas a ciegas.

6.3 Obligación de tomar las medidas necesarias para impedir la venta, tráfico, trata de niños y cualquier forma de explotación.

Mientras no se lleve a cabo una individualización de estos menores y se les considere también como víctimas de trata seguirán desapareciendo y siendo expuestos a incontables riesgos que los sitúan en una situación de extrema vulnerabilidad. Mientras no ocurra esto el Estado seguirá incumpliendo su obligación recogida en el artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño.

Artículo 35

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”

Todos estos niños víctimas de trata terminan en la mayoría de casos quedan bajo la custodia de amigos o familiares de sus madres pero si no los tiene acaban siendo custodiados por los propios tratantes, quienes los utilizan con el fin de presionar a la madre a la prostitución. Por si esto no fuera suficiente, los tratantes además les cobran un precio extra por la manutención sus hijos, haciendo que la deuda de la madre con la red sea cada vez mayor. “En otras ocasiones, los pequeños son detectados por la policía en pisos donde son retenidos por los responsables de la red mientras su madre es obligada a ejercer prostitución en España u otro país. Si la red recibe una amenaza de seguridad antes de que esto suceda, los responsables desmontan el piso en el que están los niños, quienes acaban siendo entregados al sistema de protección. El problema es que para el sistema de protección es un niño abandonado, no el hijo de una persona que se encuentra en una situación de trata. No surge, por tanto, la necesidad de buscar a la madre y se inicia todo el

procedimiento de acogimiento familiar y de adopción, y entonces ese niño se pierde en el sistema de protección”.⁶⁴

Una vez planteada esta cuestión cobra incluso más sentido la cuestión planteada en el apartado inmediatamente anterior sobre el la declaración de situación de riesgo y el derecho de los niños a vivir con sus padres salvo que no sea lo mejor para ellos en virtud de su interés superior. Conociendo que las madres huyen de los centros de acogida con sus hijos sin dejar rastro y que ello supone que se den situaciones como las descritas desde una perspectiva crítica me planteo la siguiente cuestión: ¿están las autoridades judiciales analizando el interés superior de cada menor o más bien haciendo “oídos sordos” a la realidad de estos menores?

6.4 Derecho a la educación y a realizar actividades adecuadas a su edad

Otro de los derechos de los menores acompañados que se ven vulnerados por no tener en cuenta el interés superior del menor, en concreto en el proceso de la identificación de víctimas de trata de sus presuntas madres es su derecho a la educación recogido en el artículo 28 CDN y su derecho al descanso y a las actividades recreativas propias de su edad recogido en el artículo 31 CDN. Los menores que desaparecen no se escolarizan y, como consecuencia, terminan trabajando de forma ilegal o dedicándose a actividades delictivas, incumpliendo el Estado con su obligación de proteger al niño contra cualquier trabajo nocivo para su salud, educación o desarrollo recogida en el artículo 32 de la Convención en relación al trabajo de menores.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

⁶⁴ Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España, cit., pp. 37-38

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las

disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

En relación con el derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes recogido en el artículo 31, el Comité de la Convención de Derechos del Niño, en su Observación General nº17 establece que: “Juntos, esos elementos describen las condiciones necesarias para proteger la naturaleza singular y evolutiva de la infancia. Su aplicación es fundamental para la calidad de la niñez, el derecho de los niños a un desarrollo óptimo, el fomento de la capacidad de resistencia y recuperación y el ejercicio de otros derechos. De hecho, los entornos en que los niños juegan y las posibilidades recreativas que se les ofrecen establecen las condiciones para la creatividad; las oportunidades de competir en juegos iniciados por ellos mismos potencian la motivación, la actividad física y el desarrollo de aptitudes; la inmersión en la vida cultural enriquece la interacción lúdica; y el descanso permite a los niños tener la energía y la motivación necesarias para participar en los juegos y las actividades creativas.”⁶⁵

6.5 Derecho a expresar su opinión

Los niños tienen derecho a ser escuchados y expresar su opinión cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio tal y como expresa el artículo 12 de la CDN:

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante

⁶⁵ Observación General nº17 (2005) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes , aprobada por el Comité de los Derechos del Niño aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/C/GC/2005/17) p. 330 párrafo 8.

o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En este punto concreto conviene detenerse en determinar cuándo un niño está en condiciones de formarse un juicio propio. El Comité de los Derechos del Niño, elaboró una Observación General para aclarar esta cuestión. La Observación General n°12 sobre *El derecho del niño a ser escuchado*, establece que “la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”.⁶⁶

Por tanto, no se puede limitar la formación del juicio propio a ninguna premisa fija en concreto a ningún límite de edad que pueda restringir su derecho. A este respecto, el propio Comité en la menciona que “Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”.⁶⁷

Con ello, los Estados Partes están obligados a determinar la capacidad de cada menor en atención a sus circunstancias personales sin partir de la premisa de que un niño, por su edad, no es capaz para formarse una opinión propia, así como la obligación garantizar su protección plena adoptando todas las medidas que sean necesarias para garantizar que ejerce su derecho.

6.6 Derecho a la protección de la vida privada

Dadas estas circunstancias, los menores ven vulnerado su derecho a la protección de la vida privada contenido en el artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño.

⁶⁶ Observación General n°12 (2005) sobre El Derecho del niño a ser escuchado, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/C/GC/2005/12) p. 208 párrafo 29.

⁶⁷ *Ibid.* Observación General n°12 (2005) sobre El Derecho del niño a ser escuchado, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/C/GC/2005/12) p. 206 párrafo 21.

Artículo 16

“1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

Continuando con la perspectiva crítica y conociendo que los menores tienen el derecho a que su interés superior sea el pilar en el que se deben basar todas las decisiones que puedan tener repercusión sobre ellos me planteo si España, al no tener en cuenta el interés superior del menor en sus actuaciones con los menores extranjeros acompañados está, de alguna forma, llevando a cabo una injerencia arbitraria la vida privada de estos niños. Adicionalmente, el interés superior del menor no sólo es un derecho del niño sino también una obligación para las autoridades por lo que puede llegar a plantearse que dicha injerencia sea, no sólo arbitraria, sino además ilegal.

6.1 Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo

Artículo 6

“1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

Como se ha mencionado a lo largo de este capítulo, las actuaciones que se llevan a cabo con los menores extranjeros acompañados son decisiones que tienen repercusión en su desarrollo. El sistema de protección actual, como se puede comprobar, no garantiza la protección que este colectivo merece y, por sus omisiones, en concreto por no tener en consideración el interés superior del menor el Estado pone en peligro el desarrollo de estos niños.

6.2 Dispersión competencial en materia de inmigración

Finalmente, es importante mencionar que todas estas vulneraciones se agravan con la dispersión de competencias sobre materia de inmigración y extranjería que posee España. En nuestro sistema, tienen competencias de gestión sobre esta materia el Estado y las Comunidades Autónomas distribuidas en diferentes departamentos ministeriales, así como las Entidades Locales

poseen determinadas competencias de intervención, las cuales dependen de los distintos Estatutos de Autonomía. Además, por si fuera poco, el Ministerio Fiscal tiene un papel central.

Con toda esta complejidad, es imprescindible que todos ellos trabajen de forma coordinada y cooperen entre sí todos los organismos que tienen competencias en la materia poniendo todos sus recursos juntos y en cuyas actuaciones prime la colaboración. En este sentido ya se manifestó.

Ya comentaron las Organizaciones de la ONU en su comentario conjunto sobre la trasposición de la Directiva relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas que “El ejercicio no bien articulado de las diferentes competencias, por la ausencia de una coordinación eficaz y efectiva, se convierte ante este tipo de situaciones en una suerte de carrera contra el tiempo, que no solo no ofrece respuesta a los problemas de fondo, sino que tampoco logra coherente y adecuadamente la protección de los derechos de las personas extranjeras en situación de vulnerabilidad con los intereses del conjunto de la sociedad”⁶⁸, así como el Defensor del Pueblo, en su Informe de 2018 sigue refiriéndose a este asunto como una de las cuestiones que necesitan de mejora.⁶⁹

Tanta dispersión de competencias dificulta la identificación de las madres e hijos víctimas de trata ya que no todas las autoridades tienen acceso a sus expedientes y, además, como se comentaba anteriormente, los resultados de las pruebas de ADN que no quedan acreditadas no pueden trasladarse de una Comunidad Autónoma a otra.

7. CONCLUSIONES

Es asombroso que, después de algo más de treinta años de migración en patera a España, múltiples convenciones y acuerdos internacionales relativos a los derechos de los extranjeros y numerosos protocolos de actuación e incluso informes de buenas prácticas y recomendaciones, los derechos de muchos extranjeros, especialmente los de los menores, se sigan viendo vulnerados y España no posea un sistema garantista.

Los protocolos de actuación que se llevan a cabo, en lugar de estar enfocados a menores acompañados, está enfocado a adultos que entran acompañados de menores, quedando dichos niños bajo la sombra de sus madres y en absoluta desprotección, desprotección que se multiplican

⁶⁸ Prevenir, combatir, proteger la Trata de Seres Humanos, cit., p. 4

⁶⁹ Defensor del Pueblo (2018), cit., p. 251

cuando, además, sus madres no son identificadas como víctima de la trata de seres humanos. En la actualidad, estos niños son tratados como “la mochila” de la madre, no como personas y menos como niños que es lo que son. El interés superior del menor, el principio que se concibe teóricamente como el pilar de nuestra normativa sobre menor parece haberse diluido en el sistema violando los derechos de los menores. “El sistema de protección debe adecuarse a las exigencias del interés del niño, interés que consideramos primordial y se superpone a otros intereses presentes en cada situación. El compromiso que adquirimos al ser parte en la Convención de los Derechos del Niño y hemos reforzado en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor está llamado a realizarse en la vida de cada niño. Pesa sobre los responsables de la protección de los niños la obligación de desarrollar adecuadamente el sistema.”⁷⁰ Así, en cada decisión que se tome frente a un niño se debe revisar que se respeta el contenido del artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño para llegar a la mejor solución para cada niño. En concreto mediante resolución motivada en la cual se exprese las razones por las que para ese determinado niño, dicha resolución, toma en consideración su interés superior en función a sus circunstancias personales. El sistema no puede olvidarse que estas decisiones son decisiones sobre la vida de estos menores y marcarán su camino.

Por tanto, es necesario que se piense en un protocolo que tenga en cuenta a este colectivo tan vulnerable y que individualice a los niños de las madres. Los niños tienen derecho a que se les ofrezca de forma personal la atención que necesitan, tienen derecho a ser escuchados y se debe actuar frente a ellos desde la perspectiva de menor. Cuando los niños quedan a lo que las madres decidan, sus derechos pasan inadvertidos por el sistema quedando ante una situación de riesgo. Si bien es cierto que existe una especial protección para las personas que se encuentran en situación de riesgo, estos niños que son invisibles para el sistema tampoco llegan a ser protegidos por este canal.

Cuando además estos niños son hijos de víctimas de trata, ellos mismos también víctimas de este delito y se merecen un período de restablecimiento con la atención y ayuda psicológica que ello requiere. Han pasado de igual manera por muchas situaciones de estrés a lo largo del viaje y presenciado abusos y violencia de cualquier tipo por lo que por su derecho a un buen desarrollo se les debe ofrecer separadamente esa atención. Estos niños se merecen un sistema de protección que se adecúe a sus necesidades propias. La propia Fiscalía destaca los riesgos a los que quedan

⁷⁰ Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo, cit.

sometidos las madres y los niños que conforman este colectivo vulnerable.⁷¹

Mientras no se diseñe el protocolo que debe llevarse a cabo con estos menores desprotegidos es necesario que el sistema ponga sus esfuerzos en una detección temprana y realista de las víctimas de trata. Para ello es necesario cambiar la perspectiva y en lugar de centrarse en la persecución del delito se han de centrar todos los medios en las víctimas pues, la trata de seres humanos, antes que un delito es una vulneración de los derechos humanos. Cada víctima de este delito se merece un sistema en el que se encuentre segura y confíe. El sistema debe entender que es imprescindible identificar para proteger y prevenir y si no se emplean los recursos necesarios en la prevención seguirán aumentando las víctimas de este delito.

El sistema tiene la obligación de proteger a este colectivo especialmente vulnerable antes de que sufra tales violaciones de sus derechos. Un sistema que no detecta a las víctimas de trata es un fracaso estatal, es un sistema que permite que tanto mujeres como niños estén expuestos a todo tipo de maltratos, abusos y explotación.

La correcta y efectiva regulación de los flujos migratorios no es sólo un reto actual sino también de futuro y el imprescindible que el sistema ponga todos sus esfuerzos en hacer un examen exhaustivo de las prácticas que se llevan a cabo y esbocen un sistema en que ninguna persona pueda quedarse fuera de la protección que se merece. Para ello es necesaria la colaboración de todos los organismos, tanto gubernamentales como no gubernamentales y un verdadero afán de solucionar las lagunas presentes que tienen consecuencias fatales en las vidas de muchas personas, pero sobre todo, en la vida de los niños la cual no acaba más que de empezar y en muchas situaciones por no tener la protección que merece ya se ha arruinado.

⁷¹ Fiscal General del Estado (2016), cit., p. 491

8. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

1. Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 d diciembre de 1990)
2. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE núm.219 de 10 de septiembre de 2009).
3. Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que completa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003).
4. Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957).
5. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).
6. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000).
7. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» núm. 281, de 24/11/1995.)
8. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009).
9. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).
10. Protocolo Marco de Protección de las víctimas de trata de seres humanos de 28 de noviembre de 2011.
11. Protocolo Marco sobre Determinadas Actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados, aprobado por resolución de 13 de octubre de 2014 por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia (BOE de 16 de octubre de 2014).^[1]_[SEP]
12. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).
13. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

14. Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999)
15. Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2016 sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE. *La lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE*. Documento nº 2015/2340 (INI). Derechos de las víctimas, incluido el derecho de recurso (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0300&from=ES>).

Jurisprudencia

16. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 7 de enero de 2010. Asunto Rantsev vs Chipre y Rusia. Demanda. nº 25965/04 (ECHR) (disponible en https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/rantsev_vs_russia_cyprus_en_4.pdf)

Otros recursos

17. ACNUDH, ACNUR & Co (2011) Prevenir, combatir, proteger la Trata de Seres Humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos (disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9250.pdf?view=1>).
18. Boudiaf, Habiba Hadjab (2019). La religión y las nuevas tecnologías al servicio de las redes nigerianas de explotación sexual de niñas migrantes. *Sociology and Technoscience*, 9, (1) , 49-68.
19. Castaño Reyero, M. J., & Pérez Adroher, A. (2017). Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España.
20. Castilla Vázquez, C. (2017). Mujeres en transición: La inmigración femenina africana en España. *Migraciones internacionales*, 9 (2), 143-171.

21. Comisión Europea (2016): Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings, Bruselas. (disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organizedcrimeandhumantrafficking/traffickinginhumanbeings/docs/commission_report_on_the_progress_made_in_the_fight_against_trafficking_in_human_beings_2016_en.pdf).
22. Defensor del Pueblo (2013). Seguimiento del informe presentado en septiembre de 2012. *La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles*. Madrid: Defensor del Pueblo (disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2013/11/defensor_del_pueblo_-_actualizacion_a_octubre_de_2013_0.pdf).
23. Defensor del Pueblo (2016). *Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales*. Madrid: Defensor del Pueblo (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/02/Informe2015.pdf>).
24. Defensor del Pueblo (2019). *Informe anual 2018*. Madrid: Defensor del Pueblo (disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/06/I_Informe_gestion_2018.pdf).
25. Department of State, United States of America (2016): Trafficking in persons (disponible en <https://www.state.gov/documents/organization/258876.pdf>).
26. Dictamen 5/2014 de la Fiscalía sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y-o en riesgo de victimización.
27. Enemultimedia. (2018) Proyecto O2 Espabrok [Vídeo] (Disponible online en: <https://www.youtube.com/watch?v=2V8PsNTZqlc>)
28. Fiscalía General del Estado (2014). Memoria de la Fiscalía General del Estado (Ejercicio 2013). Madrid: Fiscalía General del Estado (disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS14.pdf).
29. Fiscalía General del Estado (2015). *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Ejercicio 2014). Madrid: Fiscalía General del Estado. (disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS15.pdf).
30. Fiscalía General del Estado (2016). *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Ejercicio 2015). Madrid: Fiscalía General del Estado (disponible en

- https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS16.pdf).
31. Fiscalía General del Estado (2017). *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Ejercicio 2016). Madrid: Fiscalía General del Estado (disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS17.pdf).
 32. Fiscalía General del Estado (2018). *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Ejercicio 2017). Madrid: Fiscalía General del Estado, (disponible en <https://www.elconfidencialdigital.com/media/elconfidencialdigital/files/2019/06/28/MEMFIS18.pdf>).
 33. Fiscalía General del Estado (2019). *Memoria de la Fiscalía General del Estado* (Ejercicio 2018). Madrid: Fiscalía General del Estado (disponible en https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2019/09/10/_memoria2019_76609dd4.pdf).
 34. Frontex (2011). *Situational Overview on Trafficking in Human Beings*. Varsovia (disponible en https://www.iemed.org/observatori-en/recursos/documents/documents-oficials/documents-oficials-adjunts/Situational_Overview_on_Trafficking_in_Human_Beings.pdf).
 35. González, I. E. L. (2019). Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo. *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (107).
 36. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Pueblos Unidos (2011), *Estancia irregular: ¿Multa o expulsión?* (disponible en <https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2011/10/guia-prc3a1ctica-sancic3b3n-o-expulsic3b3n.pdf>).
 37. Lopez Frias, D. (2016): “*Esclavizadas bajo amenaza de vudú con su vello púbico*”, El Español. (disponible de: http://www.elespanol.com/reportajes/20160507/122987743_0.html; última consulta 11/04/2020). ^[1]_{SEP}
 38. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Portal de Inmigración, Atención humanitaria. (Disponible online en: <http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/atencionhumanitaria/index.html>).
 39. Ngozi Ezeilo, J. Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos,

- económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Consejo de derechos humanos. Décimo período de sesiones. Tema 3 de la agenda.
40. Observación General nº12 (2005) sobre El Derecho del niño a ser escuchado, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/C/GC/2005/12)
 41. Observación General nº 14 (2005) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6)
 42. Observación General nº17 (2005) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes , aprobada por el Comité de los Derechos del Niño aprobada por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 (CRC/C/GC/2005/17)
 43. Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2006). La mujer y la inmigración internacional: informe elaborado por el Departamento de Asuntos Sociales y Económicos. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
 44. Red Europea de Migraciones (2009). La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados. (Disponible online en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/unaccompanied-minors/25b._spain_national_report_on_unaccompanied_minors_published_version_28april10_es.pdf)
 45. Secretariat of the council of europe convention on action against trafficking in human beings (GRETA) (2018). Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain, second evaluation round. Strasourg. (disponible en <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>).
 46. Sedano, T. G. (2020). Víctimas de Trata de seres humanos, Madres de seres humanos: protegiendo derechos. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, (3), 94-107.
 47. Proyecto Ödos, Informe de seguimiento interno anual periodo 01.03.18 – 01.03.19.