



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

“La invisibilidad de los niños inmigrantes: Cuestiones en torno al derecho a la identidad y la documentación”

Autor: María Ferradanes Vázquez

5º E-3 A

Derecho Internacional Privado

Tutora: Isabel Lázaro González

Madrid

Junio 2021

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quería agradecerle a mi tutora su completa disponibilidad, compromiso, dedicación a la hora de guiar y aconsejarme a lo largo de esta última exigente aventura académica del Grado, incluso con la pandemia actual.

Sin duda a mi familia, a la que le debo mis valores, mi ética de trabajo y de quiénes continúo aprendiendo todos los días. Gracias por vuestro apoyo todos estos años.

No podría haber llegado hasta aquí sin vosotros.

RESUMEN

Los mecanismos de protección jurídica ofrecidos por el Estado español presentan varias deficiencias a la hora de salvaguardar los derechos básicos de los menores migrantes que llegan a sus puertas. En concreto, teniendo en cuenta que la mayoría no llega con la documentación apropiada para identificarse, se profundiza en qué problemas enfrenta este colectivo especialmente vulnerable en términos de su derecho a una identidad y a la documentación pertinente para hacerla valer.

Palabras Clave: migración irregular, vulnerabilidad, menores acompañados, MENAs, derechos del niño, apatridia, documentación.

ABSTRACT

The legal protection mechanisms offered by the Spanish State have several shortcomings when it comes to safeguarding the basic rights of migrant minors who arrive on its doorstep. In particular, taking into account that most of these minors do not arrive with the appropriate documentation to identify themselves, this Thesis delves into the problems faced by this particularly vulnerable group in terms of their right to an identity and the relevant documentation to assert it.

Key Words: irregular migration, vulnerability, accompanied minors, MENAs, children's rights, statelessness, documentation.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
1.1. VISION GENERAL E IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN ANALIZADA	1
1.2. OBJETIVOS.....	2
1.3. METODOLOGÍA	2
1.4. ESTRUCTURA.....	3
2. LA AVENTURA MIGRATORIA DE LOS MENORES	5
2.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LOS FLUJOS MIGRATORIOS ACTUALES	5
2.2. LA SITUACIÓN MIGRATORIA ACTUAL EN ESPAÑA	9
2.3. MENORES EN MOVIMIENTO.....	13
3. MIRADA HACIA EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS MENORES MIGRANTES	21
3.1. EL ACCESO AL ESTADO CIVIL DE LA MINORÍA DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	21
3.2. LA EXTRANJERÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	25
3.3. LA INMIGRACIÓN IRREGULAR	26
3.4. LA PROTECCIÓN DEL MENOR INMIGRANTE IRREGULAR.....	33
3.4.1. La protección de la infancia.....	33
3.4.1.1. Marco jurídico internacional	34
3.4.1.2. Marco jurídico nacional.....	36
3.4.2. Especial consideración a las menores víctimas de trata de seres humanos 40	
3.4.2.1. Marco jurídico internacional	40
3.4.2.2. Marco jurídico nacional.....	41
3.4.3. La entrada y/o permanencia irregular de los menores inmigrantes	43

4. LOS MENORES APÁTRIDAS E INDOCUMENTADOS: EL DERECHO A TENER DERECHOS.....	51
4.1. LOS NIÑOS APÁTRIDAS Y SU ACCESO AL SISTEMA	51
4.2. EL ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN DE LOS MENORES INMIGRANTES IRREGULARES	55
4.2.1. La inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos en España	55
4.2.2. Las pruebas de ADN para la acreditación de la filiación	57
5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	59
5.1. SOBRE LA CONJUGACIÓN DE UN MARCO JURÍDICO PROTECTOR Y OTRO EXCLUYENTE: ¿MENORES ANTES QUE INMIGRANTES IRREGULARES?	59
5.2. SOBRE LA DESPROTECCIÓN DE LOS NIÑOS MIGRANTES IRREGULARES APÁTRIDAS E INDOCUMENTADOS.....	62
6. BIBLIOGRAFÍA	66

LISTADO DE ABREVIATURAS

ADN	Ácido desoxirribonucleico
Art(s).	Artículo(s)
CC	Código Civil
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDN	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
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
LOPIVI	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
MENA	Menor extranjero no acompañado
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.
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Visión general e importancia de la cuestión analizada

“Si no tienes papeles, no existes. Y cómo vas a tener papeles si no tienes país.”

– Fátima, saharai. 22 años en situación irregular en España. Madre de Lamina (2 años), Salka (5), Mustafá (6), Mhamed (7) y Azouza (8).¹

Nuestro país no es ajeno a continuas crisis migratorias en su frontera sur. La última, este último se produjo en Ceuta donde en dos días inéditamente alrededor de 8.000 migrantes intentaron quedarse irregularmente.² Muchos de ellos son niños y niñas, que solos o acompañados, sueñan con una vida mejor empezando por entrar bajo el cobijo de nuestro Estado de Derecho.

En respuesta, el Estado debe ofrecerles un verdadero sistema de protección garantista para con el ejercicio de sus derechos fundamentales. Monitorizar y supervisar que así sea es de gran importancia para estos colectivos así como para constatar que vivimos en un Estado social que respeta sus obligaciones humanitarias. Es más, la forma en que este se comporta con los grupos de población más vulnerables, especialmente con sus niños, ilustra cuál es el cimiento de su dignidad colectiva.³ No obstante, desafortunadamente a su llegada deben enfrentarse a numerosas deficiencias en este sistema junto a sentimientos de rechazo y condena sin más motivo que su situación administrativa irregular.

Es más, muchos viajan indocumentados con respecto a su identidad y, en ocasiones, sobre ellos pesa el riesgo de acabar siendo apátridas; especialmente la infancia acompañada nacida en un país de tránsito durante la ruta empezada por sus progenitores. Este colectivo es si cabe aún más vulnerable y a menudo acaba siendo invisible para el sistema, insensible respecto a sus necesidades de protección específica.

¹ Fanjul, G., Gálvez, I. y Zuppiroli, J., “Crece Sin Papeles en España”, *Fundación porCausa y Save the Children*, 2021, p.6 (disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2021-02/Crece_sin_papeles_en_Espana_SC_PC.pdf; última consulta 16/06/2021).

² Martín, M. “Qué está pasando en Ceuta: claves de la crisis migratoria entre España y Marruecos”, *El País*, 20 de mayo de 2021 (disponible en <https://elpais.com/espana/2021-05-24/ultima-hora-de-la-crisis-migratoria-entre-espana-y-marruecos-entradas-de-inmigrantes-en-ceuta-y-melilla-en-directo.html>; última consulta 11/06/2021).

³ “Crece Sin Papeles en España”, cit., p. 48.

1.2. Objetivos

El objetivo principal de este TFG consiste en determinar hasta qué punto el Estado español está fracasando en su labor de documentar de forma debida a los menores inmigrantes irregulares arribados a nuestro país dentro de lo que actualmente le corresponde a tenor del marco jurídico vigente.

No se trata de una defensa categórica acerca de cómo la regulación de todo menor inmigrante irregular indocumentado es la única vía para garantizar su efectiva protección necesaria dada su condición de niño. En su lugar se pretende realizar un análisis crítico de cuándo a este colectivo se les está exponiendo indebidamente a riesgos innecesarios por el mero hecho de no contar con la documentación apropiada o por adolecer de la condición de apátridas en los casos más extremos. Todo ello dentro del estatuto jurídico que les es aplicable, en consideración de su carácter híbrido al ser con ellos garantista por su condición de menores pero también restrictivo por extranjeros irregulares.

Sentado lo anterior, es necesario elaborar de antemano una radiografía exhaustiva, desde una perspectiva general, sobre el antedicho estatuto jurídico que les es aplicable. En otras palabras, estudiar el mecanismo jurídico de entrada en el sistema español que atraviesa el referido colectivo una vez llegado a territorio español. Asimismo, en el proceso se pretende ir más allá de recoger objetivamente las normas que le son aplicables para también identificar notorias deficiencias en el sistema, con la forma de lagunas jurídicas o incompatibilidades manifiestas, que operan en detrimento de la infancia migrante irregular. Se pretende ponerlas en relación con la realidad fáctica del día a día de estos menores dónde se vulneran sus derechos más básicos a fin de detectar dónde el sistema está manifiestamente fracasando a la hora de efectivamente ofrecerles su protección.

1.3. Metodología

A lo largo de su elaboración, se utiliza una metodología cualitativa a fin de conseguir realizar una revisión exhaustiva de la literatura existente y de esta forma se ha logrado

evaluar y presentar resultados acordes con los objetivos establecidos en el apartado anterior.

Esta metodología implica la investigación de las fuentes primarias y secundarias disponibles sobre esta materia, como son: legislación (internacional y nacional), jurisprudencia (*idem*), manuales, artículos doctrinales, informes de las instituciones del Estado relevantes (principalmente el Defensor del Pueblo) así como de ONGs; todas ellas accesibles a través de medios electrónicos y las bases de datos disponibles a los alumnos de la Universidad Pontificia Comillas.

1.4. Estructura

En consonancia con los objetivos expuestos en el apartado 1.2, el estudio responde a la estructura tradicional tripartita compuesta por una introducción, el cuerpo y la conclusión. Empieza con una visión general de la problemática utilizada, sus objetivos, su metodología y su estructura.

El cuerpo se estructura sobre la base de tres partes conexas: en primer lugar, una aproximación inicial a los flujos migratorios actuales, las tendencias imperantes en la práctica estatal como respuesta y el retrato de los menores que se ponen o son puestos en movimiento (poniendo al Estado español en el epicentro); en segundo lugar, el estudio del régimen jurídico aplicable a los menores inmigrantes irregulares conforme a la normativa nacional e internacional; y, en segundo lugar, la profundización en cómo la indocumentación sobre su identidad o la absoluta falta de Estado propio les impide hacer valer sus derechos.

La segunda parte, conforme a la intención de encontrar un consenso o pilares fundamentales en la revisión bibliografía exhaustiva a la hora de dibujar las líneas generales del antedicho régimen jurídico aplicado a la infancia, se subdivide a su vez en cuatro apartados: cómo se accede generalmente a la minoría de edad y qué supone el estatuto jurídico de ser menor; las implicaciones jurídicas de la condición de extranjero

así como de ser inmigrante irregular; y finalmente, presentar un estudio conjunto e integrado del ordenamiento jurídico internacional e interno a la hora de dilucidar qué leyes son aplicables a los menores inmigrantes irregulares y sus notorias deficiencias.

La tercera parte, se relaciona de forma directa con el objetivo principal de este Trabajo de Fin de Grado y tiene por finalidad responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿En qué ámbitos específicos se está vulnerando el derecho a una identidad y/o documentación de la infancia migrante conforme al marco jurídico vigente? En consonancia con los resultados obtenidos, se presentan, en este orden, las deficiencias que presenta el sistema a la hora de salvaguardar estos derechos dotándolos de verdadero contenido con respecto a la infancia apátrida, los nacidos en España de padres migrantes indocumentados y los menores acompañados que deben probar su vínculo de filiación ante las autoridades policiales a su llegada.

Finalmente, se presentan las respectivas conclusiones acordes con las observaciones y el análisis crítico realizado a lo largo de este estudio.

2. LA AVENTURA MIGRATORIA DE LOS MENORES

2.1. Aproximación conceptual a los flujos migratorios actuales

No existe una definición del término “migrante” acordada internacionalmente; su uso varía según el contexto y el propósito.⁴ Las Naciones Unidas definen el concepto de migración a través de un acercamiento subjetivo hacia las personas que conforman este fenómeno. En este sentido, una persona migrante es aquella “*que se desplaza, o se ha desplazado, a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia independientemente de: 1) su situación jurídica; 2) el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento; 3) las causas del desplazamiento; o 4) la duración de su estancia*”.⁵ No obstante, es importante matizar que, a los efectos de este Trabajo de Fin de Grado dado su principal objetivo de estudio ya descrito, cualquier referencia al fenómeno migratorio comprende únicamente su vertiente internacional.

La migración no se trata de un fenómeno reciente nacido en los últimos años. Aunque es uno de los resultados inevitables de un mundo cada vez más globalizado. La posición del continente europeo como un territorio constante receptor de migrantes puede remontarse a la década de los años cincuenta del siglo XX. En él, se han legalizado once millones de ciudadanos extranjeros y residen un millón más en situación de irregularidad desde 1950.⁶

Ahora bien, aunque la humanidad siempre ha sido una especie originariamente migratoria, los flujos migratorios actualmente imperantes en nuestra realidad derivan principalmente de las desigualdades de riqueza Norte-Sur y, en consecuencia, crece el número de individuos dispuestos a desplazarse internacionalmente en busca de mejores condiciones de vida. En otras palabras, los flujos migratorios actuales son un rasgo

⁴ UNICEF, “Child Migration”, 2021 (disponible en <https://data.unicef.org/topic/child-migration-and-displacement/migration/>; última consulta 01/03/2021).

⁵ Naciones Unidas, “Desafíos Globales: Migración”, s.f. (disponible en <https://www.un.org/es/global-issues/migration/>; última consulta 27/02/2021).

⁶ Gimenez Bachmann, M., “La Situación Jurídica de los Inmigrantes Irregulares en España”, *Tesis Doctoral*, 2014, pp. 21.

endémico del sistema global dominante inherente a los procesos económicos, políticos, culturales y cualquier otro factor que lleve a sus sujetos a percibir tales amenazas a su seguridad y/o libre desarrollo que les lleven a dejar atrás su vida actual para comenzar una aventura migratoria.⁷

Sin embargo, es necesario tener en mente que la migración es un fenómeno complejo que no permite generalizaciones rígidas (ya sean en términos cuantitativos o cualitativos) o una comprensión desde únicamente los comportamientos aislados de sus participantes. Por lo tanto, el estudio de la población migrante no debe desvincularse de los diferentes contextos sociales presentes en el Estado desde el que emigran o al que inmigran.⁸

Sentado lo anterior, a los efectos de delimitar un marco conceptual migrante sobre el que asentar el estudio llevado a cabo en este Trabajo de Fin de Grado, se acoge la clasificación de los flujos migratorios ideada por el sociólogo estadounidense Stephen Castles⁹, expuesta a continuación. Conforme a la actitud positiva o negativa del Estado receptor, podemos encontrar:

- Flujos “buenos”, esto es, que gozan de libre circulación dado su atractivo normalmente empresarial o financiero. Incluyen la propiedad intelectual, los trabajadores cualificados y/o necesarios para determinados nichos empresariales ubicados especialmente en las grandes potencias del hemisferio norte.
- Flujos “no deseados” compuestos por trabajadores de baja cualificación, inmigrantes forzosos y refugiados, los cuales tienden a compartir modos de vida alternativos en base a valores culturales no occidentales. Ellos se enfrentan al

⁷ García González, S., “La vida desechable. Una mirada necropolítica a la contención migratoria actual”, *Migraciones*, vol. 50, 2020, p. 5.

⁸ Huaylupo Alcázar, J., “Nación, nacionalismo y fronteras: Los dilemas y paradojas de la migración”, *Pacarina del Sur*, vol. 12, núm. 35, 2021 (disponible en <http://pacarinadelsur.com/home/mascaras-e-identidades/162-nacion-nacionalismo-y-fronteras-los-dilemas-y-paradojas-de-la-migracion>; última consulta 18/06/2021).

⁹ Castles, S., “Globalization and migration”, *International Symposium on Immigration Policies in Europe and the Mediterranean*, Barcelona, 2002. s.p.

endurecimiento actual de las políticas restrictivas migratorias en la mayoría de Estados de Occidente.¹⁰

Gran parte de los integrantes de este último bloque conceptual son los que acaban en situación de irregularidad administrativa con respecto a su residencia. Estas personas llegan incluso a recibir en los Estados receptores la calificación de “ilegales”. Un desvío manifiesto de la concepción generalizada de la migración como un fenómeno positivo y enriquecedor acogida (por primera vez) en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible.

Ello sumado a las propias políticas y disposiciones jurídicas imperantes diseñadas desde la división, en el contexto europeo actual, permite supeditar derechos humanos a la categoría de ciudadanía en lugar de a la humanidad que compartimos todos. En última instancia, la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos “no deseados” contribuye en la creación a largo plazo de una brecha social entre personas de primera y de segunda clase. Ello implica consecuencias en la garantía efectiva de derechos solo para los primeros, esto es, la creación *de facto* de un derecho diferencial a la vida.

Todo ello supone que en el imaginario colectivo se haya reforzado la representación negativa de los migrantes “no deseados”, independientemente de su edad, como potenciales invasores a los que considerar bien una amenaza (en el extremo más alejado del espectro) bien, como mínimo, sujetos de una vida *de facto* “desechable” ante la percibida “necesidad” de contar con políticas de contención migratoria endurecidas. Las desapariciones y muertes de migrantes en espacios fronterizos no son supuestos aislados, sino la consecuencia de políticas que priorizan el control de los flujos migratorios no deseados a la protección de la vida y la seguridad humana; llegando a justificar así las violaciones de derechos humanos continuas que conllevan las antedichas

¹⁰ “En relación con ello, resulta oportuno advertir que, a pesar de que la tendencia a la securitización respecto a las políticas migratorias comenzaba ya en los años 80 tanto en Europa como en Estados Unidos, los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Norteamérica reavivaron con fuerza dicha tendencia. El endurecimiento actual de las políticas migratorias, de manera concreta, puede encuadrarse en este giro que ha sufrido la política internacional a partir de estos hechos, pasando por la creación de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en 2004, más conocida como Frontex, hasta llegar a nuestros días.” “La vida desechable. Una mirada necropolítica a la contención migratoria actual”, cit., p. 6.

políticas.¹¹ A modo ilustrativo, cabe destacar que el Comité de Derechos del Niño¹² ha adoptado catorce decisiones contra España desde 2019 por violaciones de sus derechos a la identidad, a ser escuchado y a la especial protección de los menores privados de sus allegados familiares.¹³

Con todo, es dudosa la eficacia de estas políticas migratorias de endurecimiento ante la migración “no deseada”, en la medida que, tal y como se ha puesto anteriormente de manifiesto, los flujos migratorios actuales son resultado inherente al orden socio-económico globalmente dominante en la actualidad y, por ello, no se detendrán mientras este siga vigente. Ante estas migraciones irregulares de carácter inexorable, el hecho de elevar las alturas de las vallas y afilar las concertinas no conlleva reducir la llegada de migrantes a sus fronteras ante la rápida adaptación de las rutas a cada vuelta de llave de los candados de Europa.¹⁴

En consecuencia, con este tipo de medidas únicamente se benefician las mafias encargadas de anticiparse y asegurar el tránsito de migrantes irregulares; mientras quienes pierden siempre son las personas más vulnerables, entre ellas, los niños y las niñas.¹⁵ Nos encontramos ante un *impasse* donde se utilizan métodos ineficaces que, sin conseguir sus objetivos de control y estabilidad, acrecientan los costes humanos, en muchos casos con independencia de su edad.¹⁶ En 2015, la opinión pública fue sacudida ante el cuerpo sin

¹¹ “La vida desechable. Una mirada necropolítica a la contención migratoria actual”, cit., p. 19.

¹² El Comité de Derechos del Niño es el órgano de las Naciones Unidas compuesto por dieciocho expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los Estados Partes. Naciones Unidas, “Comité de Derechos del Niño”, s.f. (disponible en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>; última consulta 04/04/2021).

¹³ Estaire, O., “La ONU reprocha a España su trato a los menores migrantes no acompañados”, *El País*, 13 de octubre de 2020 (disponible en <https://elpais.com/espana/2020-10-13/la-onu-reprocha-a-espana-su-trato-a-los-menores-migrantes-no-acompanados.html>; última consulta: 23/04/2021).

¹⁴ “Si a principios de 2015 la mayoría de las personas refugiadas llegaba a Italia a través de Libia, esta tendencia cambió a partir del verano de 2015, con un incremento de las llegadas a Grecia. Al país heleno llegaron 856.723 personas en 2015, mientras que en 2014 tan sólo fueron 40.000 las llegadas.” Escorial, A., Marcos, L., y Perazzo, C., “Infancias Invisibles”, *Save the Children*, 2016, p. 68 (disponible en <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancias-invisibles-ninos-migrantes-refugiados-trata-save-the-children.pdf>; última consulta 03/05/2021).

¹⁵ “Infancias invisibles”, cit., p. 82.

¹⁶ “La vida desechable. Una mirada necropolítica a la contención migratoria actual”, cit., p. 10.

vida de Alan Kurdi, un niño refugiado sirio de tres años, ahogado a unos metros de la orilla del mar. Desde entonces, UNICEF calcula que una media de dos menores de edad se han ahogado cada día en su intento de cruzar el Mediterráneo.¹⁷

En definitiva, los flujos migratorios actuales requieren de un análisis sofisticado, pues en el transcurso de una misma ruta se acaban mezclando aquellas personas que huyen de situaciones conflictivas, con las que huyen de la pobreza y tienen la esperanza de mejorar sus condiciones de vida; ya sea voluntaria o forzosamente en ambos casos. Por lo tanto, se diluye la posible distinción entre personas refugiadas, migrantes y otros colectivos especialmente vulnerables, como las víctimas de trata.¹⁸ Asimismo, los sujetos migrantes “no deseados”, incluyendo a los menores parte de este tipo de flujos migratorios, deben de enfrentarse a la reticencia por parte del Estado receptor en forma de impedimentos jurídicos, administrativos, burocráticos o incluso verdaderas violaciones de sus derechos. Todo ello disminuye sus posibilidades de obtener protección jurídica efectiva a la luz de sus particulares situaciones, aumentando así su vulnerabilidad y riesgo.

2.2. La situación migratoria actual en España

Sin ánimo exhaustivo, es importante comprender la situación actual de España con respecto a las tendencias imperantes respecto a los flujos migratorios actuales. Al principio del primer periodo de globalización en el siglo XX, podía encuadrarse a la mayoría de la población activa española dentro del sector agrario, mientras que los movimientos migratorios se dirigían principalmente hacia el continente americano, donde emigraron aproximadamente 3,5 millones de personas entre 1850 y 1950.¹⁹ La superación de la crisis financiera de los años setenta y la entrada de España en la Unión Europea,

¹⁷ UNICEF, “Ayuda refugiados: 2 niños mueren cada día en el Mediterráneo”, s.f. (disponible en <https://www.unicef.es/noticia/ayuda-refugiados-2-ninos-mueren-cada-dia-en-el-mediterraneo>; última consulta 05/04/2021).

¹⁸ “Infancias invisibles”, cit., p. 82.

¹⁹ Gimenez Bachmann, M., “La Situación Jurídica de los Inmigrantes Irregulares en España”, *Tesis Doctoral*, 2014, pp. 20-21.

fueron los principales puntos de inflexión que hicieron que nuestro país diera una vuelta de 180 grados para convertirse de un Estado emisor a uno receptor y de tránsito.²⁰

Si bien la crisis financiera de 2008 supuso temporalmente la reversión de este cambio en el ciclo migratorio,²¹ actualmente el Estado español se encuentra incurso en una nueva fase de crecimiento de la inmigración debido en parte a la recuperación del empleo y en parte a la reagrupación familiar de los que inmigraron con anterioridad.²² El Defensor del Pueblo, en su último Informe de Gestión publicado, distingue cuatro datos necesarios para valorar la situación migratoria en España:²³

- i. el número de extranjeros residentes legales (con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor). A 30 de junio de 2019, era de 5.535.079, siendo destacable que 425.000 extranjeros residentes legales tenían menos de dieciséis años;
- ii. los solicitantes de protección internacional alcanzaron un récord histórico en 2019 con 118.264²⁴ nuevas solicitudes. Ahora bien, el Defensor del Pueblo insiste en la escasa respuesta dada por la Administración ante las continuas demandas de asilo y protección internacional. En concreto, a finales de 2019, España contaba con más de 135.000 solicitudes pendientes de resolver; aunque la antedicha institución del Estado formuló más de medio centenar de

²⁰ Izquierdo, A., “El modelo de inmigración y los riesgos de exclusión”, *Caritas Española*, vol. 25, 2009, p. 4.

²¹ España se vio obligada de nuevo a hacer las maletas y a convertirse en un "país de emigración", con la salida de población autóctona y el regreso a casa o la “reemigración” de inmigrantes a otros países. Oso, L., López-Sala, A., y Muñoz-Comet, J., “Políticas migratorias, participación y construcción política de la migración en España”, *Migraciones*, núm. 51, 2021, pp. 2. <https://doi.org/10.14422/mig.i51y2021.001>.

²² González Enríquez, C., “Inmigración en España: una nueva fase de llegadas”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, vol. 28, núm. 1, 2019, p.3.

²³ Defensor del Pueblo. “Informe anual 2019: Volumen I. Informe de gestión”, 2020, pp. 165-166 (disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/I_Informe_gestion_2019.pdf; última consulta 03/06/2021).

²⁴ Cabe destacar que las peticiones de asilo en España, cayeron entre marzo y agosto de 2020 un 39% con respecto a las solicitudes entre marzo y agosto de 2019. Eurostat, “Asylum and first time asylum applicants by citizenship, age and sex - monthly data (rounded)”, 2020 (disponible en <https://ec.europa.eu/eurostat/web/main/home>; última consulta 28/01/2021).

sugerencias a la Secretaría de Estado de Migraciones para que asignara recursos de forma inmediata a estas personas;²⁵

- iii. más de un millón de personas extranjeras han adquirido la nacionalidad española en el último periodo de diez años estudiado al efecto (de 2009 a 2018); y,
- iv. el número de personas interceptadas intentando acceder irregularmente a territorio español en 2019 ascendió a 32.513.²⁶

Sin embargo, con respecto a esta última vertiente, resulta importante notar que, aunque suele ser el centro de la atención mediática inmediata, la migración irregular no solo engloba la detectada en la frontera. Fernández-Huertas Moraga (2020) enfatiza que, históricamente, gran parte de la inmigración llegada a España ha consistido en entradas legales seguidas de estancias irregulares.²⁷ Continúa defendiendo que la España pre-COVID no contaba con una verdadera política migratoria con respecto a los inmigrantes extracomunitarios, pues no merece dicho nombre una basada en el control represivo.

De manera que, sin verdaderos canales legales para los potenciales inmigrantes exteriores a la Unión Europea y ante la presencia de valores fundamentales demográficos (poblaciones jóvenes), económicos (diferencias de ingreso medio) y políticos (crisis de refugiados en Mali o Venezuela), que generan incentivos a la emigración; los individuos que desean emigrar encuentran canales alternativos, como las facilidades de entrada sin visado de turista o, en magnitudes notablemente menores, los saltos en la valla de Ceuta y Melilla o las peligrosas travesías por el Atlántico o el Mediterráneo.²⁸

²⁵ “Informe anual 2019: Volumen I. Informe de gestión”, cit., p. 165.

²⁶ Las detecciones de cruces ilegales en la frontera española cayeron entre marzo y julio de 2020 en un 78% con respecto a los meses de marzo y julio de 2019. FRONTEx, “Risk Analysis for 2020”, 2020 (disponible en https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2020.pdf; última consulta 05/06/2021).

²⁷ “Ese mismo año (en 2019) 712.734 inmigrantes entraron en total en España. Aún en el caso de que todos los intentos de cruce se dirigiesen a España y no hubiese intentos duplicados en la estadística, lo cual es muy discutible, dada la naturaleza de los datos, la entrada de inmigrantes en pateras, cayucos y saltos de valla que tantos titulares de prensa e imágenes espectaculares para televisión proporciona solo supondría el 3,7 por ciento de los inmigrantes recibidos por España en 2019.” Fernández-Huertas Moraga, J., “Inmigración y políticas migratorias en España”, FEDEA, 2 de octubre de 2020, p. 23 (disponible en <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2021-10.pdf>; última consulta 16/04/2021).

²⁸ “Inmigración y políticas migratorias en España”, cit., *id.*

Con respecto a la situación actual, la crisis provocada por las consecuencias de la pandemia vivida a raíz del virus COVID-19 ha supuesto un descenso del saldo migratorio positivo en España. En atención a los últimos datos publicados (correspondientes al primer semestre de 2020), el número de inmigrantes es de 245.301 mientras que, en el primer semestre de 2019, ascendió a 400.539.²⁹ No obstante, con respecto a las llegadas irregulares, en 2020, las restricciones derivadas de la COVID-19 en España han tenido un efecto temporal: desde agosto de 2020, el número de llegadas viene siendo superior al de 2019. En concreto, 2020 fue testigo de un aumento del 46 por ciento (35.800 personas) de las llegadas irregulares en España (especialmente las Islas Canarias) en comparación con 2019.³⁰

De acuerdo a las estimaciones de *Save the Children*, la crisis de 2008 supuso en España el aumento del volumen total de inmigración irregular entre un 48% y un 55%. Por lo tanto, trabajando con la presunción de que esta fenómeno puede aplicarse analógicamente a la situación post-pandémica, la referida ONG estima que la irregularidad en España podría verse incrementada en un número superior a las 160.000 personas.³¹

Con una perspectiva de futuro, la actual crisis sanitaria es un factor contribuyente hacia un nuevo escenario migratorio en España. En el contexto de una sociedad con mayores niveles de desigualdad y menos cohesionada, cabe considerar no sólo una reconfiguración de la dinámica de los flujos, sino también un escenario en el que los sentimientos antiinmigración pueden consolidarse y ejercer una influencia aún mayor en la configuración de la opinión pública y los discursos políticos, en consecuencia, poniendo en riesgo la protección efectiva de los más vulnerables.³²

²⁹ INE, “Estadística de migraciones. Últimos datos”, 2020 (disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177000&menu=ultiDatos&idp=1254735573002; última consulta 07/04/2021).

³⁰ Asimismo, es destacable cómo el mar Mediterráneo sigue cobrándose vidas humanas. Si bien 2020 fue testigo de una disminución en el número de salidas, se notificó el fallecimiento o la desaparición de 1.754 personas, frente a las 2.095 personas fallecidas o desaparecidas en 2019. Comisión Europea, “Últimas estadísticas de la migración: Impacto de la COVID-19”, *Zona de Prensa*, 29 de enero de 2021 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_232; última consulta 24/02/2021),

³¹ “Crecer sin papeles en España”, cit., p.24.

³² “Políticas migratorias, participación y construcción política de la migración en España”, cit. s.p.

2.3. Menores en movimiento

“La historia de las naciones se ha forjado al calor de migrantes que han traído nuevas ideas y energías, crecimiento económico y enriquecimiento cultural. Lo mejor que los países de origen dan a los receptores son sus gentes. Y de entre estas personas, lo mejor de lo mejor, su presente y su promesa de futuro: sus niños y niñas.”³³

Volviendo a poner el foco del estudio en los menores migrantes, en 2020 UNICEF sitúa el número de migrantes internacionales en 281 millones; de los cuales 36 millones eran menores de edad.³⁴ Con respecto a su llegada a España, resulta destacable cómo su número ha aumentado con el paso de los años, mientras que su edad media es cada vez menor. En concreto, *Save the Children* estima que en el periodo entre el año 2000 y 2015 estudiado en su informe *Infancias Invisibles*, la cifra de menores migrantes de cero a cuatro años de edad aumentó en un 41%. En 2015, un 15% de toda la migración transfronteriza eran personas con una edad inferior a veinte años (en total 36 millones de migrantes). Entre ellos, 25 millones tenían menos de quince años y casi 16 millones no llegaban a los once.³⁵

Diversas razones subyacen la decisión de emprender una aventura migratoria para la infancia. Respecto a esta cuestión, es relevante comprender que, dada su minoría de edad, no siempre media su consentimiento en la decisión migratoria tomada por sus progenitores, a quienes incluso muchas veces tampoco les queda otra opción que forzosamente abandonar su hogar dadas las circunstancias en su entorno original.

Ahora bien, decidir si migrar no siempre proviene de una situación de riesgo a su integridad física, sus derechos humanos o de una precarización económica familiar, entre otros factores. En ocasiones, se comienza a meditar la posibilidad de migrar a partir de las creencias, valores y predisposiciones circulantes en su comunidad que divisan la

³³ “Infancias invisibles”, cit., p. 12.

³⁴ “Child Migration”, cit., s.p.

³⁵ “Infancias invisibles”, cit., p. 6.

migración como una mejor opción de vida a la que aspirar. Estos procesos de socialización e interrelación con el medio circundante suceden principalmente en la adolescencia y en la primera juventud; momentos en los que psicológicamente los menores comienzan a configurar los elementos esenciales de su personalidad. Estas creencias serán su principal guía a seguir ante las futuras encrucijadas que deban enfrentar sobre decisiones vitales fundamentales tales como seguir estudiando, insertarse en el mercado laboral, formar una familia propia o comenzar una aventura migratoria.³⁶

A rasgos generales, ya sea si deciden o se ven obligados a comenzar una ruta migratoria, en su camino deberán enfrentarse a números riesgos y obstáculos. En especial, son triplemente vulnerables los menores inmigrantes en situación administrativa de irregularidad. En 2019, el número de migrantes irregulares en España y con menos de 19 años era de casi 147.000 personas, dividido casi a partes iguales entre niños y niñas. Entre ellos, aproximadamente el 50% tiene menos de diez años, de los cuáles casi un 40% tiene menos de cinco años (unos 55.000). Por otro lado, casi un tercio es mayor de quince años y, por tanto, se encuentran sujetos a las consideraciones correspondientes en materia de educación e inserción laboral.³⁷ Este amplio y diverso colectivo incluye a:

- a. Aquellos llegados a España con el fin de reunirse, que no se han inscrito en los esquemas oficiales de reunificación familiar o no cuentan o consiguen la documentación válida a través de estos programas;
- b. Menores que han accedido al territorio nacional de manera irregular con uno o varios parientes o no acompañados;
- c. Aquellos que han huído de sus familias y se encuentran solos;
- d. Niños nacidos en el Estado receptor, pero cuyos padres o tutores son irregulares;
- e. Menores con estatus regular pero que viven con padres o tutores en situación irregular;

³⁶ Echeverría, M., Lewin Fischer, P.L., “Jóvenes Con Intención De Salir. Cultura De La Migración En Estudiantes De Yucatán”, *Península*, vol. 11, núm. 2, 2016, p. 23. <https://doi.org/10.1016/j.pnsla.2016.08.001>.

³⁷ “Crecer sin papeles en España”, cit., p.7.

- f. Niños sin permiso de residencia o con visados caducados; y
- g. Aquellos que forman parte de familias cuyas solicitudes de asilo han sido rechazadas.³⁸

Especial consideración merecen aquellos llegados con la intervención de mafias y diferentes grupos de crimen colectivo por vía marítima en la frontera sur de España. El Defensor del Pueblo, en el análisis de los últimos datos oficiales que podía manejar entonces (correspondientes a 2018), anunciaba que fueron localizados 7.026 MENAs llegados a España por vía marítima en pateras incluyendo todas las Comunidades Autónomas costeras. Este dato representa un gran incremento, de casi un 200%, con relación a 2017, más de la mitad con procedencia marroquí.³⁹

La peligrosa ruta a través del Mediterráneo, dada su proximidad con el continente africano, es considerada como la principal zona de paso a otros países europeos de estos menores inmigrantes provenientes fundamentalmente de Marruecos, Argelia, Angola, Burundi, Nigeria o Etiopía y en menor medida del continente asiático, como China, entre otros.⁴⁰ Dentro de este grupo es necesario conocer diferentes colectivos que se enfrentan por multitud de razones a un alto riesgo de exclusión y vulnerabilidad social.⁴¹ En general, los menores y sus familiares en situación irregular se ven expuestos a un mayor riesgo de pobreza, explotación, discriminación, exclusión social y violencia que el resto de migrantes.⁴² En concreto, es altamente probable que se vean expuestos a lo largo de su

³⁸ “Jóvenes Con Intención De Salir. Cultura De La Migración En Estudiantes De Yucatán”, cit. p. 12.

³⁹ “Informe anual 2019: Volumen I. Informe de gestión”, cit., p. 193.

⁴⁰ Garavito Tarrifa, S., Sánchez Camacho, A.M., y Carbacas Bru, Y., “Menores inmigrantes no acompañados, las orillas de la vulnerabilidad, estatus de irregulares y su tratamiento al llegar a España”, *Summa Iuris*, vol. 6, núm. 2, 2018, p. 285-296. <https://doi.org/10.21501/23394536.3178>.

⁴¹ UNICEF, en su informe *Estado Mundial de la Infancia*, define la exclusión social aplicada a la infancia como “un niño o niña está excluido con respecto a otros niños o niñas cuando se cree que corre el riesgo de no beneficiarse de un entorno que le proteja contra la violencia, los malos tratos y la explotación, o cuando no tenga posibilidades de acceder a servicios y bienes esenciales y esto amenace de alguna manera su capacidad para participar plenamente algún día en su sociedad. Quienes excluyen a estos niños pueden ser sus familias, la comunidad, el gobierno, la sociedad civil, los medios de comunicación, el sector privado y otros niños y niñas”. UNICEF, “Estado Mundial de la Infancia”, 2006. (disponible en <https://www.unicef.org/colombia/informes/estado-mundial-de-la-infancia-2006-excluidos-e-invisibles>; última consulta 20/03/2021).

⁴² Jóvenes con intención de salir. Cultura de la migración en estudiantes de Yucatán”, cit. p. 12.

travesía migratoria a situaciones que ponen en peligro sus vidas, que les ponen en riesgo de ser explotados sexual y laboralmente. Además, los menores se enfrentan a la posibilidad de desaparecer o quedar aislados de sus familiares directos o indirectos, sin contar con el trauma que sufren por desarraigo de sus costumbres, entorno y amigos.⁴³

En un intento de síntesis, el sistema diferencia a aquellos menores que llegan acompañados de los que no. Estos últimos, los menores inmigrantes en situación de irregularidad que llegan o se quedan solos y solas en España, son denominados administrativamente como Menores Extranjeros No Acompañado/a (en adelante “MENA” o “MENAs”).⁴⁴ En el ámbito privado, la institución esencial para la infancia es la familia. De manera que, su situación de riesgo y vulnerabilidad se manifiesta alrededor de la ausencia de una figura familiar o tutelar que les apoye, ayude y proteja a lo largo de su ruta migratoria y en el momento de llegada al país de destino.

A modo ilustrativo, *Save the Children*, en sus últimos informes sobre esta materia denominados *Infancias Invisibles*⁴⁵ y *Los más solos*⁴⁶, denuncia que a la vista de la realidad fáctica, al contrario de lo previsto jurídicamente sobre cómo el Estado debe proteger, ser el tutor legal y garantizar la educación y desarrollo de los MENAs; existen alrededor de 5.000 menores que no son tutelados, viven en la calle y sobreviven como pueden al margen del sistema que debería garantizarle su integración, acogida y acompañamiento por instituciones cuya función primordial es protegerlos.

⁴³ “Menores inmigrantes no acompañados, las orillas de la vulnerabilidad, estatus de irregulares y su tratamiento al llegar a España”, cit., p. 286.

⁴⁴ Para una mayor concreción, el artículo 1 de la Resolución de la Unión Europea 97/C 221/2003, relativa a menores no acompañados nacionales de terceros países, de 26 de junio, define a este colectivo, bajo su ámbito de aplicación, como “los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos. La presente Resolución podrá aplicarse también a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos.”

⁴⁵ “Infancias invisibles”, cit., p. 6.

⁴⁶ Perazzo Aragoneses, C., y Zuppiroli, J., “Los más solos”, *Save the Children*, 2018, p. 39 (disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/los_mas_solos_vok.pdf; última consulta 05/05/2021).

Por otro lado, en contraposición a los anteriores, se considera a aquellos que son acompañados de un familiar cercano que durante la travesía vele por su protección y bienestar. En contraste, estos presentan *ab initio* mejores expectativas debido a contar con una figura familiar directamente interesada en velar su cuidado. Si bien la constante criminalización de su condición migratoria irregular y la de sus familiares, supone que vivan en una situación de miedo constante de ser detectados y, en consecuencia, deportados. Por lo tanto, al encontrarse “sin papeles” es mucho menos probable que *de facto* decidan hacer valer sus derechos humanos más básicos en comparación con el ciudadano medio.⁴⁷

Dentro de esta categoría, en estos últimos años, la Fiscalía General del Estado, en sus últimas Memorias publicadas anualmente, manifiesta un importante crecimiento en las llegadas en patera de niños de corta edad acompañados de sus madres.⁴⁸ En atención a los datos provisionales facilitados por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras correspondientes a 2019, fueron 416 los menores acompañados por adultos interceptados al intentar acceder irregularmente a territorio nacional en patera.⁴⁹ Se debe tener en cuenta que un gran número de estas madres comenzaron su viaje migratorio embarazadas y, acaban por tener a sus hijos, usualmente en lugares ajenos a zonas hospitalarias, durante el tránsito de su viaje migratorio.⁵⁰

Ahora bien, se deben tener en cuenta a los menores “mal acompañados” de forma inadecuada por su familia extensa o red social. En principio ello parecería resultar positivo para los intereses del menor, debido a que el menor mantiene así sus lazos, redes de apoyo, y demás elementos que ayuden a ablandar el golpe de haber sido alejado de su

⁴⁷ “Jóvenes con intención de salir. Cultura de la migración en estudiantes de Yucatán”, cit. p. 17.

⁴⁸ Con un máximo de llegadas alcanzado en 2014, un total de 145 bebés o niños de corta edad en unión de mujeres que afirmaban ser sus madres sin acreditarlo; después de una disminución puntual en 2015 (59), se ha mantenido una tendencia alcista, habiéndose registrado 107 y 126 niños/as llegados en pateras a las costas españolas con un adulto que afirmaba tener un vínculo paterno-materno durante 2016 y 2017, respectivamente. Lázaro González, I., “Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 107, 2019, pp.1-29. <https://doi.org/10.14422/icade.i107.y2019.004>.

⁴⁹ “Informe anual 2019: Volumen I. Informe de gestión”, cit., p. 212.

⁵⁰ UNICEF, “El registro de nacimiento: El derecho a tener derechos”, *Innocenti Digest*, núm. 9, 2002, p. 4 (disponible en <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf>; última consulta 05/03/2021).

comunidad en su país de origen. No obstante, esto no siempre ocurre de esta forma, sino que sufren muchas veces de falta de atención o indiferencia en los mejores casos.⁵¹ En los casos más extremos, estos menores aparecen acompañados por los integrantes de las organizaciones criminales que se dedican activamente a su explotación haciéndose pasar por sus progenitores o familiares cercanos.

A fin de evitar esta situación cuando carecen de la documentación pertinente, en 2019 se realizaron 651 pruebas de ADN para acreditar el vínculo de filiación a los menores acompañados interceptados intentando acceder a las costas españolas en patera y en los CETI de Ceuta y Melilla; de las que 39 fueron negativas (38 seguían pendientes a la hora de realizar el antedicho Informe de Gestión).⁵² El problema, tal y como manifiesta el Defensor del Pueblo en su Comparecencia este año en el Senado, “(...) aparece cuando *les fueron retirados niños a las mujeres adultas que los traían, mientras se les realizaban las pruebas de ADN, para comprobar su parentesco. Es una situación dramática que se debería haber evitado. Nosotros seguimos con preocupación esta situación desde 2013, pues creemos que debemos ser capaces de mirar a estos menores como lo que son: niños y niñas. Separarlos debe ser siempre la última de las opciones.*”⁵³

Sentado lo anterior, hay que considerar la existencia de un componente de género que hace de las niñas inmigrantes irregulares un grupo más vulnerable que sus compañeros menores inmigrantes también en situación de irregularidad. En cuanto a su proyecto

⁵¹ Ello se aprecia con el relato que una joven procedente de Ecuador, quien transmitía a las investigadoras: “(...) *Viví con mis primos casi dos años, no me pagaban porque me decían que cuando cumpliera los dos años de estar acá me iban a pagar. Tampoco me dieron para comprar ropa,... de la comida, de desayuno nada, porque no me daban, sólo almuerzo... Yo trabajaba en mercadillos... vendiendo de pueblo en pueblo... Recogíamos a las 4 y después al piso a cocinar para comer, comíamos a las 5, yo cocinaba, después me decía que la ropa, a mano, y después me decía si sobra tiempo haz pulseras,... me acostaba a las 10 o las 11..., siempre estaba vigilada, no me dejaban hablar con nadie.*” García de Diego, M. J. “«Bajo el casco de Hades»: menores migrantes no acompañadas como posibles víctimas de trata y su triple invisibilización.” *Migraciones*. Publicación Del Instituto Universitario De Estudios Sobre Migraciones, núm. 28, 2010, p. 206.

⁵² “Informe anual 2019: Volumen I. Informe de gestión”, cit., p. 212.

⁵³ Defensor del Pueblo. “Comparecencia sobre la migración en Canarias”, 27 de abril de 2021, Palacio del Senado, Sala Europa, p. 9 (disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2021/05/Comparecencia_migracion_canarias.pdf; última consulta 03/06/2021).

migratorio y las razones que lo impulsan, estas menores son mucho más propensas a huir de situaciones persecutorias por motivos de género, que incluyen la violencia doméstica, la violencia sexual, mutilación genital femenina, la planificación familiar forzada o la explotación laboral, aún sin que la protección en el país receptor esté garantizada. A ello se suma que, desde una perspectiva de género, las niñas son más vulnerables a razón de las relaciones de género en los sistemas de poder y autoridad construidas tanto en el Estado de origen como en la receptora, que inciden específicamente en sus situaciones de exclusión social y vulnerabilidad.⁵⁴

Sobre todos estos grupos, dada su situación de especial vulnerabilidad (pero especialmente las niñas), planea la sombra de la trata de seres humanos.⁵⁵ Este fenómeno debe estudiarse desde dos vertientes: menores que son víctimas y los hijos e hijas de mujeres adultas víctimas. Las Naciones Unidas estiman que hoy en día los niños y niñas representan un tercio de las víctimas detectadas y de cada tres menores víctimas, dos son niñas y uno es niño.⁵⁶ En concreto, existe un nexo de conexión entre la migración de las MENAs y la trata de menores. En algunos casos llegan a España como inmigrantes y son después captadas por redes de explotación; o al contrario, vienen por medio de la trata y, tras escapar de esta, permanecen en España como inmigrantes irregulares.⁵⁷

Por otro lado, las madres e hijos llegadas a la costa española son trasladadas a centro de acogida humanitaria, sin encontrarse privados de libertad al contrario que en los CIEs.

⁵⁴ «Bajo el casco de Hades»: menores migrantes no acompañadas como posibles víctimas de trata y su triple invisibilización”, cit. p. 206.

⁵⁵ Dicho término es utilizado a lo largo de este Trabajo de Fin de Grado, conforme a su definición jurídica recogida en el Protocolo de Palermo: “Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos” (artículo tercero).

⁵⁶ APRAMP, “Menores Víctimas de Trata y Explotación. Una realidad oculta, cada día más visible”, Publicaciones, 2017 (disponible en <https://apramp.org/download/menores-victimas-de-trata-y-explotacion-una-realidad-oculta-cada-dia-mas-visible/>; última consulta 03/06/2021).

⁵⁷ «Bajo el casco de Hades»: menores migrantes no acompañadas como posibles víctimas de trata y su triple invisibilización”, cit. s.p.

No obstante, la experiencia dictamina que en el caso de las víctimas de trata todavía en contacto con su red explotación no tardan en desaparecer del centro y así se pierde la pista de su presencia irregular en España o a través de Europa en la ruta prevista por dicha red. En consecuencia, se acaba por desconocer qué ocurre con ellas, si encuentran otros medios para salir o salen adelante por sí mismas. No obstante, más preocupantemente, no se conoce que ocurre con sus hijos para los que los mecanismos de protección a la infancia no han un papel significativo (salvo verificar su vínculo de filiación o examinar su situación de riesgo de considerarlo pertinente las autoridades policiales).⁵⁸

En definitiva, puede concluirse que la inmigración de la infancia está tomando un primer plano dentro del marco general del fenómeno migratorio, aumentando el número de niños que se exponen en el proceso a una mayor vulnerabilidad. En consecuencia, es necesaria una respuesta del legislador desde una perspectiva principalmente proteccionista a este grupo tan vulnerable (en particular con respecto a los menores migrantes irregulares), junto con soluciones coherentes que no creen antinomias ni lagunas legales en el ordenamiento jurídico.⁵⁹ De seguido, se procede a estudiar si este es el caso del Estado español.

⁵⁸ “Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo”, cit., s.p.

⁵⁹ García Vázquez, S., “El Régimen Jurídico Del Menor Inmigrante”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, p. 423.

3. MIRADA HACIA EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS MENORES MIGRANTES

A su llegada en España, los menores inmigrantes en situación de irregularidad se mueven entre dos marcos jurídicos opuestos: el de protección de la infancia y el control de los flujos migratorios “no deseados”. A continuación, se estudian qué debemos considerar por “menor de edad”, extranjero e inmigrante en situación de irregularidad así como sus implicaciones jurídicas aplicadas a la infancia.

3.1. El acceso al estado civil de la minoría de edad en el ordenamiento jurídico español

En primer lugar, es necesario matizar cuál es el alcance de la categoría “menores”, “menores de edad” y “minoría de edad” utilizadas a lo largo de este Trabajo de Fin de Grado. Estos términos se refieren a aquellos individuos con el estatuto jurídico propio de quien no ha alcanzado la mayoría de edad.

El artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas define como menores de edad a aquellos que no hayan alcanzado los dieciocho años, con la excepción de haber alcanzado la mayoría de edad con anterioridad “*en virtud de la ley que le sea aplicable*”.⁶⁰ Si bien esto puede parecer evidente a la luz de nuestro derecho nacional vigente, es importante recordar que las definiciones de la minoría de edad han cambiado con el tiempo y a menudo no coinciden en todos los Estados dadas las diferencias culturales e históricas a considerar.

Es más, todavía hoy en día varían las definiciones y categorías utilizadas por los responsables del gobierno estatal que recogen información en los puntos de entrada y salida de las fronteras o durante el proceso de solicitud de protección internacional.⁶¹

⁶⁰ Esta norma internacional comenzó a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, como norma con eficacia vinculante directa, a través del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990). No obstante, también se considera incluida en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 10.2 CE y a través de la remisión expresa que realiza el artículo 39.4 CE.

⁶¹ MiRAC, “Child and young migrants”, *Migration Data Portal*, 6 de mayo de 2021, (disponible en <https://migrationdataportal.org/themes/child-and-young-migrants>; última consulta 03/06/2021).

Estas disparidades entre denominaciones o clasificaciones suponen una dificultad añadida a los académicos y las organizaciones internacionales que buscan estudiar y comprender el fenómeno migratorio y/o asistir de primera mano a los sujetos migrantes llegados a las fronteras en atención a sus necesidades concretas delimitadas por su clasificación. Ahora bien, la categoría mutuamente exclusiva de acompañados o no acompañados dadas sus diferentes consecuencias jurídicas acerca de su tutela, sobre las que se profundiza más adelante, suele ser la más empleada.

El artículo 12 de nuestra Carta Magna expresamente establece que: “*los españoles son mayores de edad a los 18 años.*” La utilización de la edad como aspecto delimitador de la capacidad de obrar encuentra su fundamento en los datos de la biología y la psicología evolutiva. En concreto, la elección de los dieciocho años para asentar el comienzo de la mayoría de edad responde a la aproximación del grado de discernimiento que corresponde a una determinada edad de los ciudadanos a través de un modelo de distribución estadística normal; puesto que resulta inviable comprobarlo caso por caso. En España, este criterio objetivo de poner fin al estado civil de la minoría de edad llegados los dieciocho años supone el culmen de un proceso de reducción desde los veinticinco pasando por los veintitrés y veintiuno en nuestra historia legislativa.⁶²

Nuestro Código Civil repite, en atención a razones de operatividad y seguridad jurídicas, el criterio objetivo de los dieciocho años de edad (art. 315.1) para presumir la capacidad de obrar del individuo, aunque como norma particular cabe citar el artículo 4.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, a tenor del cual: “*Es mayor de edad [...] b) el que ha contraído matrimonio.*” Ahora bien, no es ajeno a nuestro Derecho la utilización de un criterio subjetivo donde la ley en cuestión se remite a las condiciones de madurez del individuo para determinar su capacidad de obrar respecto a un acto jurídico concreto,

⁶² Ruiz De Huidobro De Carlos, J.M., *Derecho de la Persona: Introducción al Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 216-217.

respetando el derecho del menor a ser oído. Véase a modo ejemplificativo los artículos 92.2,⁶³ 154,⁶⁴ 156,⁶⁵ 162.1^o⁶⁶ del Código Civil español (en lo sucesivo “CC”).

Desde la perspectiva del Derecho español, se definen los estados civiles de la mayoría de edad, la minoría de edad y el menor emancipado⁶⁷. Cada uno atiende a diferentes regímenes jurídicos con sus respectivas normas aplicables (en atención a su capacidad de obrar) y sus particulares instituciones jurídicas de protección. En especial, el régimen jurídico de la minoría de edad se encuentra disperso en numerosas disposiciones legales, principalmente ubicadas en el Código Civil. Se caracteriza principalmente por un intercambio: mayor protección a cambio de una capacidad de obrar no plena, especialmente en el ámbito patrimonial.⁶⁸ En concreto, con respecto a la capacidad limitada del menor para contratar, el art. 1263 CC dispone que: “*Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por*

⁶³ “2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.”

⁶⁴ “Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

2.º *Representarlos y administrar sus bienes.*

3.º *Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.*

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

⁶⁵ “(...) En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. (...)”

⁶⁶ “(...) Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el **previo consentimiento de éste** si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.”

⁶⁷ “La emancipación es un acto jurídico por el cual al menor se le constituye en un nuevo estado civil: el del menor emancipado, caracterizado por la extinción de la patria potestad y el disfrute de la capacidad de obrar incompleta; por lo tanto constituye un estado intermedio entre la menor edad y la mayor edad.” *Derecho de la Persona: Introducción al Derecho civil*, cit. p. 232.

⁶⁸ *Derecho de la Persona: Introducción al Derecho civil*, cit. pp. 220-221.

sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales."⁶⁹

Ahora bien, en el plano jurídico, no prevalece únicamente el criterio objetivo de los dieciocho años, sino también se presume así la capacidad de obrar que corresponde a los individuos de una determinada edad para configurar diversos estados civiles al respecto.⁷⁰ Es decir, se trata de un sistema que considera la mayoría de edad de forma evolutiva de manera que el sujeto gana autonomía progresivamente. A modo ilustrativo, sin ánimo de exhaustividad, en el Derecho español son edades importantes a tener en cuenta:

- Los catorce años determinan la capacidad de obrar del individuo, asistido por su representante legal, respecto de ciertas actuaciones personalísimas como otorgar testamento a excepción del ológrafo (*vid.* arts. 662 y 633 CC) o la adquisición de la nacionalidad española por ejercicio del derecho de opción o por residencia (*vid.* arts. 20-23 CC). También, supone el comienzo de la aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que establece el régimen penal aplicable a los menores de 14 a 18 años.
- Los dieciséis años delimitan la posibilidad de contraer matrimonio o ser emancipado por concesión así como de prestar consentimiento informado frente a un acto médico (aunque tiene edad de ser oído por la sanidad con anterioridad).⁷¹

Cabe destacar que el acceso al estado civil de la minoría de edad implica necesariamente que el sujeto tenga la capacidad de probar el criterio objetivo de la edad (o excepcionalmente subjetivo de ser el criterio elegido por la ley para el caso concreto) delimitando así *de facto* su aplicación. Ello suele ser, como regla general, por vía del Documento Nacional de Identidad o el Pasaporte.

⁶⁹ El artículo 1264 CC completa esta disposición legal estableciendo que "*Lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer.*"

⁷⁰ No solo en cuestiones de minoría de edad, por ejemplo los setenta y cinco años es la edad que determina la reducción a cinco años del plazo para la declaración del fallecimiento en la hipótesis ordinaria (art. 193.2º CC). *Derecho de la Persona: Introducción al Derecho civil*, cit. pp. 216-217.

⁷¹ Millán Calenti, R.A., "Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro", *Derecho y salud* vol. 19, 2010, p. 125.

3.2. La extranjería en el ordenamiento jurídico español

De forma paralela, el ordenamiento jurídico español recoge la extranjería desde una definición negativa pues es extranjero quien no es nacional, esto es, quien no pertenece a una Nación concreta. Aunque generalmente se hable de forma imprecisa de la “condición” de extranjero, esta representa un estado civil propio, opuesto al de la nacionalidad. En este sentido, supone la aplicación de una legislación específica a los extranjeros que accedan al territorio nacional o así lo intenten.

El principio fundamental sobre el que se erige es el de territorialidad, cuya manifestación más notoria es a través del término “frontera”, entendida como un acto de poder, dimanante de la soberanía nacional, que representa *“un ejercicio hegemónico vertical sobre el espacio, a través del cual jerarquizamos un ‘nosotros’ y un ‘los otros’*.”⁷²

En consiguiente, el Derecho de extranjería se caracteriza por suponer para el individuo que la ostente un régimen jurídico menos pleno, esto es, cuenta con la titularidad (y correspondiente ejercicio) de unos derechos limitados en comparación con el nacional. Históricamente, la limitación de la capacidad de obrar impuesta de forma jurídica sobre los extranjeros era excesiva, a veces partiendo incluso de no contar si quiera con la condición de persona. No obstante, actualmente en los ordenamientos jurídicos modernos, inspirados en los principios del Derecho internacional (en especial la centralidad de la dignidad humana) así como la necesidad de facilitar el tráfico y las relaciones internacionales, prima la equiparación de los derechos civiles entre nacionales y extranjeros, aunque admitiendo ciertas excepciones.⁷³

En consiguiente, el estado civil de la extranjería admite ciertas categorías diferenciadas. En primer lugar, se reconoce el estatuto común de extranjería aplicable genéricamente a quien no sea nacional. En el ordenamiento jurídico español, estas líneas generales encuentran su ubicación en el artículo 13 de la Constitución Española (en adelante “CE”); el artículo 27 del Código Civil; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos

⁷² Burgos Goya, M. “Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. La historia interminable”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 53, 2020, p. 3.

⁷³ *Derecho de la Persona: Introducción al Derecho civil*, cit. p. 297.

y libertades de los extranjeros en España⁷⁴ (en lo sucesivo “LOEx”); el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (“RLOEx”); y otras normas especiales aplicables a la situación de extranjeros no comunitarios.

En segundo lugar, existen los estatutos especiales de extranjería en atención a los cuáles el extranjero a quien les resulta aplicable gozará de un trato favorable en comparación con aquel que se rige por el estatuto común. Estos hayan su origen tanto en las leyes nacionales como en los tratados internacionales, bilaterales y multilaterales. Entre ellos, sin ánimo exhaustivo, deben citarse aquellos aplicables a:

- i. Los ciudadanos procedentes de la Unión Europea (y sus similares) cuya regulación se ubica principalmente en el Derecho de la Unión Europea, aunque también cabe mencionar el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (modificado por el Real Decreto 16/2012).
- ii. Los refugiados, contenido principalmente en el artículo 13.4 CE, la Convención de Ginebra de 1951, su Protocolo Adicional de 1967 y la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

3.3. La inmigración irregular

Por último, también es relevante a los efectos de este Trabajo de Fin de Grado, profundizar en las implicaciones jurídicas de la condición de extranjero “irregular” o “en situación de irregularidad”. Estos términos se refieren a *“las personas que no son*

⁷⁴ En la literalidad actual tras las grandes reformas de las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009 y 10/2011, el Real Decreto-Ley 16/2012 y la Ley 2/2012.

*nacionales de ninguno de los Estados miembros de la UE, y que se encuentran en alguno de ellos sin visado ni permiso de residencia”.*⁷⁵

En consonancia con el principio de equiparación de los derechos civiles entre nacionales y extranjeros antes expuesto, los Estados deben atenerse a un conjunto de normas jurídicas humanitarias esenciales. Es decir, los Estados no están obligados a proveer las mismas prestaciones a los inmigrantes irregulares que a sus nacionales, pero sí deben respetar el Derecho internacional, europeo y nacional en materia humanitaria de manera que los inmigrantes irregulares en su territorio no vean amplificada su situación de vulnerabilidad. En concreto, sin ánimo exhaustivo, en atención a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“CDFUE”), cabe destacar que, independientemente de su condición administrativa de irregularidad, los Estados deben garantizar en todo momento su acceso a:

- i. Una asistencia sanitaria necesaria, incluyendo aquella que surge por motivos de urgencia, la esencial (examinación médica y recibir los medicamentos precisos). También para las embarazadas y los menores en iguales condiciones que los nacionales.
- ii. Un proceso justo, que permita a las personas hacer reclamaciones y recibir una indemnización, por ejemplo, en el caso de sufrir un accidente de trabajo.

Volviendo al estatuto jurídico común del extranjero en España, se le otorga la condición de irregularidad a aquel llegado a España o permanecido en su territorio de forma que incumpla las exigencias previstas en la LOEx⁷⁶; en especial respecto a su artículo 25.⁷⁷

⁷⁵ FRA, “Los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea”, *Factsheets*, s.f., (disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT.pdf; última consulta 03/06/2021).

⁷⁶ En sintonía con el carácter represivo de las directrices marcadas por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

⁷⁷ Artículo 25 LOEx

1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que

A modo de síntesis, existen tres procedimientos previstos en esta normativa: la denegación de entrada (arts. 26.2 y 60 LOEX), la expulsión (art. 57 y 58 LOEX) y la devolución (art. 58 LOEX y art. 23 RLOEX). A este régimen general, debe sumarse la Disposición Adicional Décima que contempla un régimen especial para Ceuta y Melilla.⁷⁸

En primer lugar, en atención al régimen jurídico general, en el momento que un extranjero accede o permanece irregularmente en España, este será traslado forzosamente por la autoridad policial a la Comisaría Nacional cuánto antes a fin de ser identificado y, después, obligado a regresar a su punto de origen. En este período transitorio de espera (antes de que regreso forzoso se haga efectivo), la policía a cargo del asunto incoará el procedimiento administrativo de expulsión en correspondencia; solicitando a la autoridad judicial el internamiento de dicho individuo en un Centro de Internamiento para

justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

*2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un **visado**.*

No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso.

3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

4. Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.

5. La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.”

⁷⁸ Disposición adicionada a través de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (popularmente denominada como “Ley Mordaza”).

Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

*1. Los extranjeros que sean detectados **en la línea fronteriza** de la demarcación territorial de **Ceuta o Melilla** mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera **podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.***

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

Extranjeros (en los sucesivos “CIEs”) siempre dentro del supuesto en el que se estime una duración de este periodo superior a las siguientes 72 horas desde su detención.⁷⁹

A continuación, conforme al artículo 62.2 LOEx (en consonancia con el artículo 246 RLOEx): “*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.*”

Finalmente, en el momento que hayan dejado de cumplirse las condiciones enumeradas en el articulado de la LOEx previamente citado,⁸⁰ la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo pondrá al individuo inmediatamente en libertad, a su vez comunicándole este hecho al Juez que autorizó su internamiento. Asimismo, de la misma manera y en atención a las mismas razones, podrá ordenarse la finalización de su internamiento y consiguiente puesta en libertad inmediata por el Juez, ya sea de oficio, a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.⁸¹

En segundo lugar, en atención al régimen especial previsto para Ceuta y Melilla,⁸² el legislador ha previsto la introducción en nuestro ordenamiento de una figura jurídica: “el rechazo en frontera” (también denominado por la prensa “devoluciones en caliente”). Sus

⁷⁹ Ello es congruente con el artículo 17.2 CE, que establece una duración máxima absoluta de 72 horas desde el inicio de la detención, pasadas las cuáles el detenido no podrá permanecer en dependencias policiales sin sentencia condenatoria a la privación de la libertad más de dicho periodo de tiempo. El Protocolo de Actuación núm. 7289 del Consejo General de la Abogacía Española, p.12, recuerda que: “*se comprobará en todos los casos que no ha transcurrido el plazo máximo de detención, que se computará desde el momento de la recogida del extranjero en la embarcación o la detención en tierra, si hubiera sido detenido ya desembarcando. De haber transcurrido este plazo, se iniciará un procedimiento de “habeas corpus”.* (disponible en <https://www.reicaz.es/pagina.php?tipo=archivo&url=protocolos-de-actuacion-letrada-en-materia-de-extranjeria-coordinados-por-la-subcomision-de-extranjeria-y-proteccion-internacional>; última consulta 02/06/2021).

⁸⁰ Por ejemplo, al haber presentado una solicitud de protección internacional, porque se desconoce su verdadera nacionalidad, por no haber un tratado internacional bilateral u otro instrumento jurídico análogo que permita su repatriación a su punto de origen o debido a un simple retraso en la tramitación de su expediente.

⁸¹ Ministerio del Interior, “Centro de internamiento de extranjeros”, *Servicios al ciudadano*, s.f. (disponible en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/regimen-general/centro-de-internamiento-de-extranjeros>; última consulta 11/06/2021).

⁸² En consonancia con el Tratado de Readmisión entre España y Marruecos de 1992, relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente. BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992, rec. 8976, (corrección de erratas en BOE núm. 130, de 30 de mayo de 1992).

principales consecuencias *ad hoc* en la práctica consisten en la no obligatoriedad de tramitar un procedimiento sancionador de expulsión, y por tanto, la devolución inmediata al lugar de donde inicialmente provengan, entre otras.

Gran parte de la doctrina considera que estas prácticas no son únicamente contrarias al Derecho Humanitario sino que, no contiene las matizaciones necesarias en materia de derechos y libertades cuando corresponde a extranjeros extracomunitarios irregulares que los dejan en una situación de vulnerabilidad patente. Con ellas, es más fácil permitir vulneraciones a sus derechos de acceso a la protección internacional, a una preceptiva identificación, la garantía del acceso a la tutela judicial efectiva, a la presencia de intérprete (en caso necesario) o a los recursos necesarios en caso de identificarse como víctima del delito de trata de personas. En este sentido, esta normativa supone inequívocamente considerarlos como “sujetos sin derechos” o al menos mercedores de “menos derechos que nosotros.”⁸³

De acuerdo con lo expresado, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Dictamen del 12 de febrero de 2019, condenó estas prácticas realizadas por el Reino de España poniendo de manifiesto que la devolución en caliente de un menor no acompañado de nacionalidad subsahariana suponía violar los artículos 3 , 20 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en lo sucesivo “CDN”)⁸⁴ en tanto que las autoridades españolas no identificaron al menor, no tuvieron en cuenta el interés superior

⁸³ “Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. La historia interminable”, cit., p. 19.

⁸⁴ “(...) El Comité considera que, a la luz de las circunstancias del caso, el no haber sometido al autor, en su condición de niño no acompañado, a un proceso de identificación y evaluación de su situación previo a su deportación, y no haberle dado oportunidad de presentar objeciones a su eventual deportación, viola sus derechos contemplados en los artículos 3 y 20 de la Convención. (...) Por último, el Comité considera que la forma en que se llevó a cabo la deportación del autor, en su condición de niño no acompañado privado de su medio familiar, en un contexto de migración internacional, habiendo sido detenido y esposado, sin haber sido escuchado, recibido asistencia legal o de un intérprete o tenido en cuenta sus necesidades, constituye tratos prohibidos por el artículo 37 de la Convención.” Dictamen aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 4/2016, de 1 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016), p. 13.

del niño, no le proporcionaron asistencia especial como menor de edad e incumplieron la prohibición de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁸⁵

No obstante, contra todo pronóstico, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”), en su sentencia del 13 de febrero 2020,⁸⁶ recientemente ha considerado por unanimidad que los rechazos en frontera no conllevan la infracción de los arts. 4 del Protocolo número 4 (prohibición de las devoluciones colectivas) y art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo “CEDH”) puesto en relación con dicho artículo 4 del referido Protocolo. En el futuro, el TEDH tendrá la oportunidad de consolidar o rectificar la restrictiva doctrina sentada en la antedicha sentencia con la resolución pendiente de dos demandas individuales presentadas ante el TEDH contra el Reino de España por rechazos en frontera: los asuntos *Doumbe Nnabuchi c. España* (núm. 19420/15) y *Balde y Abel c. España* (núm. 20351/17).⁸⁷

En línea con esta restrictiva doctrina, el Tribunal Constitucional (en adelante “TC”), en su Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, ha declarado que la Disposición Adicional Décima de la LOEx no adolece de inconstitucionalidad y, por lo tanto, admite la procedencia de las devoluciones en caliente dentro de nuestro marco jurídico constitucional. Si bien, admite que *“el «rechazo en frontera» previsto específicamente para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre”*; acaba por concluir que, de manera abstracta, la Disposición permite que la actuación de las Fuerzas de Seguridad del Estado en su aplicación se llevé a cabo *“con las garantías que a las personas extranjeras*

⁸⁵ ECCHR, “Comité de la ONU condena a España por las devoluciones en caliente”, 2019 (disponible en <https://www.ecchr.eu/es/caso/comite-de-la-onu-condena-a-espana-por-las-devoluciones-en-caliente/>; última consulta 08/04/2021)

⁸⁶ Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 13 de febrero 2020. Asunto N.T. y N.D. contra España. Demandas núm. 8675/15 y 8697/15 (traducción disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20de%20Gran%20Sala%20en%20N.D.%20y%20N.T.%20v.%20España.pdf>)

⁸⁷ Martínez Escamilla, M., “Las «devoluciones en caliente» tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)”, *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2020, pp. 68-69.

reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del art. 10.2 CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades.”⁸⁸

En definitiva, la regulación jurídica en materia de extranjería e inmigración en nuestro país, no permiten un reconocimiento real de la protección en materia de derechos humanos para los extranjeros nacionales de terceros Estados no miembros de la Unión, cuando estos han conseguido entrar en el país irregularmente. A modo ilustrativo, el Defensor del Pueblo, en su último Informe de Gestión, incide en que la actuación de la Administración en lo relativo a los inmigrantes interceptados intentando entrar irregularmente a territorio español y la de aquellos que, por razones diversas, vuelven a caer en situación de irregularidad documental ha sido un año más objeto de supervisión y causa de quejas constantes.⁸⁹

El supuesto paradigmático son los rechazos en la frontera de Melilla y Ceuta. A pesar de la reciente doctrina jurisprudencial sobre su legalidad, su aplicación *en stricto sensu*, llevando al extremo el aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*, supone *de facto* la progresiva erosión del Estado de Derecho cada vez que se limita el acceso de los inmigrantes irregulares a derechos humanos básicos como su identificación o necesidad de protección internacional, entre otros.⁹⁰

⁸⁸ En mayor profundidad, el TC establece que: “*en todo caso, de las referidas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que, con motivo de esta actuación de «rechazo en frontera», los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), debiendo atender la especial salvaguardia de los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, estar en situación de mujer embarazada o resultar afectados por serios motivos de incapacidad, incluida la causada por la edad avanzada y personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables.*” FJ 8º de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, rec. 2896-2015, ECLI:ES:TC:2020:172, (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020).

⁸⁹ “Informe anual 2019: Volumen I. Informe de gestión”, cit., p. 196.

⁹⁰ “Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. La historia interminable”, cit., p. 18.

3.4. La protección del menor inmigrante irregular

El continente europeo en general y, en concreto España como Estado parte de la Unión Europea actualmente enfrenta el desafío de resolver el binomio que presenta la contraposición entre regularidad-irregularidad de la inmigración sumado a los sentimientos antiinmigración. Ante esta dicotomía, se produce una fractura jurídica y política entre el Derecho humanitario y la extranjería en *stricto sensu*; en consecuencia muchas veces dejando atrás la primera a favor de materializar la segunda.⁹¹

Por lo tanto, una vez finalizado este primer acercamiento a lo qué se considera un “menor de edad” a los ojos del ordenamiento jurídico español y a las líneas generales del Derecho de extranjería vigente, se procede a componer el específico régimen jurídico aplicable al menor inmigrante irregular; con la finalidad de entender las particularidades de su condición *tertium genus*, en el sentido de doblemente sometidos tanto al estatuto común de extranjería y al régimen de protección del menor.

3.4.1. La protección de la infancia

En la actualidad, la mayoría de sociedades comprenden la necesidad de establecer políticas específicas para la protección de los más débiles y, en concreto, de la infancia. Por ello, se caracterizan por haber encontrado un consenso entre la sujeción a un marco jurídico inclusivo contribuyente al desarrollo colectivo a la vez que al libre desarrollo de la personalidad; en el que sea posible la promoción personal con respeto al conjunto de derechos que le son propios al menor.⁹²

Dicho marco de protección jurídica presenta un fuerte contenido normativo tanto de ámbito internacional como nacional, desarrollado a continuación. Específicamente, cabe destacar su función a la hora de concretar un ámbito de actuación para los poderes públicos a la hora de tratar con este grupo más vulnerable.

⁹¹ “Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. La historia interminable”, cit., pp. 2-3.

⁹² Palomar Olmeda, A., “La protección del menor ¿avanzamos o retrocedemos?”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 62, 2019, p. 2.

3.4.1.1. Marco jurídico internacional

A un nivel general, es necesario tener en cuenta a los Tratados Internacionales que protegen a todo ser humano, escritos en un lenguaje inclusivo y basados fundamentalmente en los principios de igualdad y no discriminación.⁹³ Con un ámbito de aplicación universal, cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹⁴ y los cinco tratados fundamentales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Con un ámbito de aplicación general internacional más restringido, es necesario también enumerar, entre las normas que también le son de posible aplicación, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentran la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y, el CEDH junto con la CDFUE. Son especialmente relevantes, centrándonos en el caso singular del Estado español donde son de aplicación, estos dos últimos Tratados internacionales. Ambos sitúan en el eje el respeto de la vida familiar de *todos* los niños (art. 8 CEDH y art. 7 CDFUE), pero el primero menciona a los menores en numerosas ocasiones a lo largo de su gran articulado. Mientras que el segundo, dedica íntegramente su artículo 24 a los derechos del menor, y manifiesta la profunda preocupación de los pueblos de Europa por los derechos de los niños y niñas estableciendo la tajante prohibición del trabajo infantil (art. 32 CDFUE).⁹⁵

⁹³ Jóvenes con intención de salir. Cultura de la migración en estudiantes de Yucatán”, cit. p. 19.

⁹⁴ Las referencias a la infancia en su articulado, especialmente a su necesaria especial protección (art. 25.2), el derecho a la educación (art.26), entre otros. Esto nos permite indicar que la infancia y quienes se encuentran incluidos en la misma forman parte de la protección a la que se quiere referir la Declaración Universal de Derechos Humanos como norma suprema que se impone sobre la legislación nacional con el fin de erigir un acervo común al conjunto de las personas por el simple hecho de serlo. “La protección del menor ¿avanzamos o retrocedemos?”, cit., p. 3.

⁹⁵ FRA, “Manual de legislación europea sobre los derechos del niño”, *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2015 (disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_SPA.PDF; última consulta 02/06/2021).

Por otro lado, en un nivel más específico, la infancia también cuenta con su marco jurídico propio a fin de garantizar la efectiva protección de sus derechos. Ante todo, cabe citar la CDN, un tratado internacional de aceptación general y el más completo en lo que se refiere a la protección de los derechos de la infancia.⁹⁶ Esta recoge los derechos fundamentales de la infancia bajo un ámbito de aplicación universal pues deberán ser respetados por los 195 Estados ratificadores.⁹⁷ Se inspira en tres principios rectores: la primacía del interés superior del niño (art. 3), la no discriminación (art. 2) junto con el derecho a la vida y la garantía de la supervivencia y el pleno desarrollo, mental y social, y la participación infantil (art. 6) y el derecho de expresar libremente sus opiniones así como de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo (art. 12), conforme a su Introducción y Preámbulo.⁹⁸

Paralelamente, los Estados no solo deben garantizar la efectividad de estos derechos sino también cumplir con las obligaciones que les impone la CDN. Es notoria la obligación contenida en su artículo 4 que contiene la obligación general de respetar todos los derechos otorgados para con la infancia, reconocidos a lo largo de su articulado. Esta inspira al resto de obligaciones más específicas⁹⁹ y se constituye como la maqueta

⁹⁶ Jóvenes con intención de salir. Cultura de la migración en estudiantes de Yucatán”, cit. p. 22.

⁹⁷ Estos son el 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).

⁹⁸ Save the Children. “Convención sobre los derechos del niño”, s.f. (disponible en <https://www.savethechildren.es/trabajo-ong/derechos-de-la-infancia/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>; última consulta 29/01/2021).

⁹⁹ Junto con la obligación general sobre el respeto de los derechos reconocidos en la CDN (art. 4), se encuentran la obligación de respetar las responsabilidades y derechos de los padres (art.5), la obligación a preservar la identidad del niño (art.8), la obligación de luchar contra las retenciones y traslados ilícitos de niños (art.11), la obligación de proporcionar el acceso a una información adecuada y no perjudicial para su bienestar (art. 17), la obligación de ofrecer protección contra los malos tratos (art.19), la obligación de ofrecer protección a los niños privados de su medio familiar (art.20), la obligación de asegurar la educación primaria gratuita y obligatoria (art.28), la obligación de proteger al niño contra cualquier trabajo nocivo para su salud, educación o desarrollo (art. 32), la obligación de tomar las medidas necesarias para impedir la venta, tráfico, trata de niños y cualquier forma de explotación (art. 35 y 36), la obligación de proteger a

estructural sobre la estas se apoyan. Asimismo, cabe destacar el informe emitido por UNICEF de título *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*¹⁰⁰; elaborado sobre la base de todos los documentos realizados, entre 2001 y 2014 periódicamente, por los Estados firmantes en cumplimiento con de esta obligación contenida en su artículo 44. Estas Observaciones Generales deben ser consideradas por el Estado español como la guía principal a seguir a la hora de elaborar los protocolos e instar los procedimientos de actuación en correspondencia.

En el ámbito europeo, también rige la Carta Europea de Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo en 1992, en la que se solicita a los Estados miembros que se adhieran sin reservas a la CDN, y con fundamento en esta, enumera una serie de principios que afectan a los niños de la entonces Comunidad Europea.

Dentro del marco jurídico internacional más especializado, cabe también mencionar la posible sujeción (en casos más específicos) a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 y los Convenios de la OIT sobre Trabajo Infantil.

3.4.1.2. Marco jurídico nacional

El artículo 39 de la Carta Magna, en el Capítulo III del Título I sobre los principios rectores de la política social y económica, se erige como el punto de partida a examinar sobre la protección de la familia (apartado 1) y la infancia (apartado 4) dentro de nuestro marco jurídico constitucional:

los niños contra la tortura y la privación de libertad (art.37), la obligación de promover la recuperación y reintegración social (art.39), la obligación de rendir cuentas al Comité de los Derechos del Niño sobre sus actuaciones y cumplimiento de lo impuesto esta Convención (art. 44).

¹⁰⁰ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano con la función de supervisar a los Estados con respecto al cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Convención sobre Derechos del Niño.

Artículo 39 CE

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

Dicho precepto constitucional sienta las bases para considerar a los padres (apartado 3) y al Estado (apartado 2) como sujetos activos de una obligación destinada a proporcionar, de manera complementaria y no excluyente, protección y asistencia a la infancia bajo su ámbito de actuación.

Debe ser interpretado a la luz de artículo 10.1 CE, disposición dentro del título dedicado a los derechos y deberes fundamentales, puesto que conduce a los principios sobre la dignidad de toda persona y libre desarrollo de la personalidad. Ambos también operan como límites infranqueables en la protección constitucional del menor; entendido no solo protegido el menor nacional o al menor inmigrante en situación de regularidad, sino a todos los menores en general, independientemente de su situación administrativa.

Ahora bien, no solo deben entenderse como límites de protección hacia la actuación de los poderes públicos o para el legislador en su función de elaborar las normas jurídicas de desarrollo correspondientes. No obstante, la protección de los más débiles no debe suponer únicamente la prohibición de no traspasar dichos límites constitucionales, sino que, coherentemente con la condición de ser Estado social y democrático de Derecho, deben tratar de colmar el máximo número de lagunas jurídicas posibles en la legislación

de desarrollo y promover los valores estipulados en las disposiciones de carácter general en todos sus ámbito de actuación, incluido el control de la migración irregular.¹⁰¹

A un nivel legislativo, cabe destacar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (“LOPJM”), de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De un modo preliminar, los principios inspiradores del resto del articulado son el interés superior del menor (art. 2.1 LOPJM)¹⁰² y la no discriminación (art. 3 LOPJM).¹⁰³ Cabe destacar que esta normativa responde a los deseos de desarrollar en su ordenamiento jurídico un nuevo enfoque a los derechos humanos de la infancia en España a la luz de la CDN. En su día, supuso reforma en profundidad las instituciones de protección del menor reguladas por el Código Civil español así como definir un marco jurídico de protección que vinculará a los poderes públicos y las instituciones, relacionadas con el menor, a los padres y familiares. Asimismo, resultó innovador en su momento la distinción normativa entre las situaciones de riesgo (art. 17) y desamparo (art. 18) dando lugar a un grado de intervención diferente de las entidades públicas.¹⁰⁴

Asimismo, también les resulta de aplicación la muy reciente Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (“LOPIVI”), cuya

¹⁰¹ “El Régimen Jurídico Del Menor Inmigrante”, cit., p. 423.

¹⁰² El artículo 2.1 de la LOPJM dispone 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. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.*”

¹⁰³ El artículo 3 de la LOPJM dispone que: “*Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, **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. La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional.*”

¹⁰⁴ Recoge también el derecho de participación de los menores en asociaciones, manifestaciones estableciendo únicamente el requisito de autorización de padres o tutores así como la figura jurídica de la mediación familiar. “Dossier: Los derechos del niño”, cit., p.23.

Exposición de Motivos declara como objetivo principal *“el respeto de la dignidad, la libertad e igualdad de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos fundamentales garantizando el libre desarrollo de su personalidad en un entorno libre de violencia. Así, la ley supera las medidas de protección frente a la violencia sobre la persona menor de edad entendidas como acción administrativa con una aproximación basada en el respeto a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, a quienes se concibe en todo momento como titulares de derechos subjetivos (...)”*.

A fin de hacer de esta finalidad una realidad efectiva para los menores de nuestro país, la LOPIVI procede a continuación a delimitar un marco general de actuación a lo largo de las fases de concienciación, prevención y actuación en contra las situaciones que supongan para el menor algún tipo de violencia, concepto definido en su artículo 1.2.¹⁰⁵ Con respecto a sus implicaciones para los menores migrantes irregulares, resulta especialmente relevante la obligación asumida por el Estado español, en su Disposición Final Vigésima Cuarta, para que en el plazo de doce meses desde la aprobación de esta ley, proceda *“al desarrollo normativo del procedimiento para la determinación de la edad de los menores, de modo que se garantice el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España, así como la prevalencia del interés superior del menor, sus derechos y su dignidad”*.

Por último, es necesario mencionar que el acervo jurídico de protección del menor cuenta con varias fuentes distintas de la estatal, puesto que varias Comunidades Autónomas han definido en sus Estatutos de Autonomías la protección del menor como

¹⁰⁵ Su tenor literal dispone que *“2. A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.*

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar. ”

competencias exclusivas de las propias Comunidades. Desde entonces, cada Comunidad Autónoma ha desarrollado en mayor o menor forma su legislación específica.¹⁰⁶

3.4.2. Especial consideración a las menores víctimas de trata de seres humanos

3.4.2.1. Marco jurídico internacional

Sin ánimo de exhaustividad, cabe destacar que, España es parte de los siguientes instrumentos internacionales específicos sobre la lucha contra la trata: el Protocolo de Palermo,¹⁰⁷ el Convenio de Estambul,¹⁰⁸ y el Convenio de Varsovia.¹⁰⁹ Asimismo, al Estado Español le resulta de aplicación las obligaciones contenidas en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.¹¹⁰ En cuanto a normativa

¹⁰⁶ A modo ilustrativo, la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección de Menores de Extremadura; la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha; la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia de Aragón; la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del País Vasco; la 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. Asimismo, cabe referirse a Cataluña en tanto que la protección de estos menores se ha instrumentado autonómicamente a través de la Ley Catalana 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, de una forma adecuada con los procesos migratorios en que se ve inmersa la Comunidad. *Vid.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, “Dossier: Los derechos del niño”, 2016, pp. 23-28, (disponible en <http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfvrsn=2>; última consulta 26/05/2021).

¹⁰⁷ *Vid.* Instrumento de ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003). En concreto, su artículo 6.4 insta a los Estados parte considerar, cuando de la protección de las víctimas se trate, su edad, su sexo y sus necesidades especiales, “*en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.*”

¹⁰⁸ *Vid.* Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).

¹⁰⁹ *Vid.* Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio no 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009).

¹¹⁰ *Vid.* Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE L 101/1, de 5 de abril de 2011).

internacional general, el CEDH en su artículo 4 y la CDFUE en su artículo 5 condenan expresamente la trata de seres humanos.

En esta línea, es necesario remarcar que el Derecho Internacional recoge una especialidad propia para la definición de trata de menores; según la cual no es necesaria la existencia de un “medio”. En este sentido, basta con probar: i) la existencia de una “acción”, esto es, la captación, la venta o la compra; y ii) la cual tenía el fin específico de someterlo a explotación. Es decir, se da un caso de trata cuando el niño o niña haya sido sometido a algún acto, como la captación o el transporte, destinada a la explotación.¹¹¹ Será irrelevante si este consideraba que había prestado consentimiento para ser explotada y no necesitarán probar que existió alguna forma de fraude, engaño o coacción para ser considerados víctimas de trata.

3.4.2.2. Marco jurídico nacional

El ordenamiento jurídico español recoge el delito de trata de seres humanos en el artículo 177 *bis* del Código Penal, otorgándole la consideración de delito grave en atención a ser una flagrante violación de derechos humanos más básicos. Asimismo, la LOEx y su RLOEx destinan parte de su articulado a regular aquellos casos donde las víctimas hayan accedido al territorio español de forma irregular. Entre ellos, cabe destacar el artículo 59 *bis* de la LOEx que establece un periodo de restablecimiento y reflexión, dirigido a las víctimas de trata de seres humanos extranjera en situación irregular.¹¹² Por último, también les resulta de aplicación el Protocolo Marco para la Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, destinado a sentar unas líneas de actuación con respecto a la

¹¹¹ Al contrario, en general para el caso de los adultos deben darse tres elementos: i) acción (captación, ...); ii) medios (amenaza, ...); y iii) fines (explotación). Alto Comisionado de las Naciones Unidas, “Los derechos humanos y la trata de persona”, *Folleto Informativo núm. 36*, 2014, p.3, (disponible en https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36_sp.pdf; última consulta 29/05/2021)

¹¹² Este mecanismo de Derecho interno tiene naturaleza administrativa y busca dar asistencia y protección de las víctimas así como incentivar su colaboración. En esta línea, conforme al art. 142 del RLOEx, el Delegado o Subdelegado competente resolverá sobre la propuesta de concesión del periodo de restablecimiento y reflexión y sobre su duración en el plazo máximo de cinco días, transcurrido el cual el periodo se entenderá concedido por la duración reseñada en la propuesta. No obstante, si en el momento de elevarse a la Delegación o Subdelegación de Gobierno la propuesta favorable la víctima se encontrara ingresada en un Centro de Internamiento de Extranjeros, la resolución deberá realizarse en el plazo de veinticuatro horas.

exploración de las zonas, detección e identificación de las víctimas y su posterior protección.¹¹³

Sentado lo anterior, es importante evitar la confusión entre los delitos de trata de seres humanos y el de tráfico ilícito de inmigrantes; aunque ambos en realidad suelen aparecer a la vez en tanto que gran parte de las víctimas han accedido al territorio español con la asistencia de una red de tráfico ilegal o la propia red de trata también incurre en estos hechos delictivos. Ahora bien, sus tipos delictivos contemplan las siguientes diferencias. Primero, en el tráfico ilícito de inmigrantes, los migrantes prestan su consentimiento a dicho tráfico; mientras que las víctimas de trata nunca lo han llegado a consentir o lo hicieron de forma viciada por coacción, engaño o abuso. Segundo, el tráfico ilícito termina con la llegada de los migrantes a su destino; por otro lado, la trata de seres humanos es un delito continuado en tanto que supone la explotación persistente para generar ganancias ilegales. Por último, el tráfico ilícito es siempre cuenta con un carácter transnacional, mientras la trata puede o no serlo.¹¹⁴

A la luz de este régimen jurídico aplicable, las menores víctimas de trata (los datos estadísticos ya citados anuncian una predominancia de víctimas niñas) identificadas en frontera, podrán acogerse al periodo de restablecimiento y reflexión, sin que se pueda proceder a su devolución, en tanto que la autoridad responsable debe hacer la propuesta su concesión a la delegación o sub-delegación del Gobierno correspondiente a donde se hubiera llevado a cabo la identificación.

¹¹³ Asimismo, es importante conocer que en desarrollo de este Protocolo Marco estatal, algunas Comunidades Autónomas han decidido elaborar uno propio en desarrollo: el Protocolo de Galicia de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación y tratamiento a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual, el Protocolo de Cataluña de protección de las víctimas de trata de seres humanos, el Protocolo de Extremadura contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, el Protocolo del Gobierno de Navarra de coordinación y actuación con mujeres y niñas víctimas de trata con fines de explotación sexual, y el Protocolo para la protección de las víctimas de trata de seres humanos en la Comunidad de Madrid.

¹¹⁴ “Estado Mundial de la Infancia”, cit., p.9.

3.4.3. La entrada y/o permanencia irregular de los menores inmigrantes

A la luz de las consecuencias jurídicas de la llegada o estancia de forma irregular en España para el adulto medio, conforme a lo expuesto en el apartado 3.3, cabe preguntarse si existe un régimen jurídico propio para con los menores extranjeros. Si bien es cierto que el marco jurídico que le es aplicable va más allá de su estado civil como extranjero (tal y como se especifica en el apartado inmediatamente posterior), la respuesta es no. El Derecho español de extranjería no contempla un régimen jurídico propio y diferenciado para ellos.

En su lugar, tanto la LOEx como el RLOEx aluden a los menores en varias disposiciones legales dentro de su articulado.¹¹⁵ Por lo tanto, en vez de contar con un marco jurídico adecuado a las exigencias específicas de necesaria protección de la infancia, pero sin olvidar el imperativo estatal de controlar los flujos migratorios irregulares; los menores extranjeros irregulares también se encuentran sujetos a la generalidad de los imperativos jurídicos expuestos en este apartado, salvo que puedan acogerse a una excepción que expresamente recoja lo contrario. Es especialmente relevante el artículo 62.4 LOEx y su prohibición acerca del internamiento en CIEs de menores.¹¹⁶ En su lugar, conforme a la LOPJM, estos deben ser puestos a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente y, en caso de no encontrarse acompañados, conforme al artículo 35 LOEx (junto con las normas del Capítulo III del RLOEx).

No obstante, ninguna de estas leyes estatales recoge específicamente el procedimiento a seguir en el momento que un menor accede de forma irregular al territorio español. Aunque si bien es cierto, en términos generales, la LOPJM establece los principios

¹¹⁵ A modo ilustrativo, con el fin de garantizar su derecho a la educación (art. 9 LOEx), acceso a los servicios sanitarios y sociales (art. 14 LOEx), reagrupación familiar (arts. 17 y 18 LOEx), hijos víctimas de trata (art. 31 bis LOEx), entre los supuestos de exención del pago de la tasa relativa a visados de tránsito o estancia para los menores de seis años (art. 47 LOEx), respecto a la colaboración contra redes organizadas (art. 59 LOEx), entre otras. En concreto, es necesario tener en cuenta que la LOEx contempla un régimen propio para los menores no acompañados en su artículo 35.

¹¹⁶ Ministerio del Interior, “Centro de internamiento de extranjeros”, *Servicios al ciudadano*, s.f. (disponible en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/regimen-general/centro-de-internamiento-de-extranjeros>; última consulta 11/06/2021).

fundamentales que deben guiar de actuaciones con menores frente a las Administraciones Públicas así como todos los derechos y obligaciones de los menores.

Aquí entra en juego la Resolución del 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia (en lo sucesivo “Protocolo Marco MENAs”), aprobado con la finalidad de coordinar la actuación de todas las instituciones implicadas en el proceso de intervención con los menores, conseguir el verdadero funcionamiento del Registro de MENA y armonizar los procedimientos para la determinación de la edad y los modos de actuación de cada una de las autoridades implicadas.¹¹⁷ Este Protocolo incide de nuevo sobre cómo todo MENA en España debe ser puesto bajo la tutela de las Administraciones Públicas conforme a la LOPJM (a la que ahora debe incluirse la LOIVI) y la legislación autonómica que le resulte de aplicación. Asimismo, considera que en el momento que el inmigrante irregular manifieste o parezca ser menor de edad, pero no cuente con la documentación válida que lo acredite, se deberá someter a pruebas de determinación de la edad.

La determinación de edad supone un punto de inflexión para dicho menor en tanto que implica el acceso al estatuto jurídico de la minoría de edad y a todas las ventajas garantistas que ello conlleva. Por el contrario, si su edad se califica como mayor o igual a dieciocho años, será tratado como un adulto y, conforme al procedimiento descrito en el apartado 3.3, se procederá a iniciar el correspondiente procedimiento de devolución o expulsión, previo ingreso en un CIE hasta que esta sea ejecutada. Sentando lo anterior, es necesario respetar en todo momento la presunción de minoría de edad desde la detención del presunto o autodeclarado menor hasta que su edad sea determinada, conforme al artículo 12.4 LOPJM.¹¹⁸

¹¹⁷ Durán Bernardino, M., “Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social e integración laboral”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 50, 2019, p. 15.

¹¹⁸ Así, el texto literal del art. 12.4 LOPJM establece: “*Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad.*”

El gran problema es que, estos procedimientos de edad suelen contar con altos márgenes de error, hecho consensuado entre la comunidad médica. De hecho, el Comité de los Derechos del Niño, en un Dictamen adoptado el 27 de septiembre de 2018, condenaba a España por violar el interés superior del menor en el caso de un niño marfileño al concluir, entre otras consideraciones, que el *“proceso de determinación de la edad al que fue sometido el autor, quien alegaba ser un niño, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención [de los Derechos del Niño].”*¹¹⁹ Es más, el Comité sostiene que el método médico Greulich & Pyle usado por España es inadecuado y poco fiable para la determinación la edad, y en su lugar debería instrumentarse sobre la base de una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas.¹²⁰ Al respecto, el Defensor del Pueblo ha reiterado en numerosas ocasiones que dichas prácticas no tienen en cuenta los parámetros y pautas establecidas en el documento de consenso de buenas prácticas entre los Institutos de Medicina legal de España, ni tampoco con las directrices impartidas por el propio Ministerio Fiscal (Nota Interna 2/2018).¹²¹

Por último, es necesario tener en cuenta que dichos procedimientos de determinación de la edad solo deben realizarse en caso de indocumentación del menor puesto que el Tribunal Supremo, en su Sentencia del 24 de septiembre de 2014, fijaba la siguiente doctrina jurisprudencial: *“el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto procede realizar un juicio*

¹¹⁹ Dictamen aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 11/2017, de 27 de septiembre de 2018 (CRC/C/79/D/11/2017), p. 11.

¹²⁰ Save the Children, “Save the Children pide que se reforme el procedimiento de determinación de la edad tras un Dictamen del Comité de los Derechos del Niño sobre España”, *Prensa*, 16 de diciembre de 2018 (disponible en <https://www.savethechildren.es/notasprensa/save-children-pide-que-se-reforme-el-procedimiento-de-determinacion-de-la-edad-tras-un>; última consulta 06/02/2021).

¹²¹ Defensor del Pueblo, “Determinación de la edad de menores extranjeros indocumentados”, *Publicaciones*, 25 de enero de 2021 (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/otras-publicaciones/determinacion-la-edad-los-menores-extranjeros-indocumentados/>; última consulta 17/04/2021).

*de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.”*¹²² Es decir, aún cuando la documentación válida parece no corresponderse con la realidad física de la persona, prevalece su validez ante las aparentes discrepancias con su complejidad.

No obstante, deja abierta una brecha entre diferentes tipos de menores migrantes irregulares en atención a si cuentan con documentación válida o no. Dejando a estos últimos, por una razón fáctica, a la merced de unos procedimientos médicos con un alto margen de error a la hora de determinar si tienen acceso o no a la protección jurídica que le corresponde a la infancia.¹²³ A modo ilustrativo, recientemente ante la confrontación de las manifestaciones de un autodeclarado menor con los resultados de dichas pruebas, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de 24 de enero de 2020, confirma la Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, suponiendo el archivo del expediente de desamparo y el ingreso del demandante en un centro de protección hasta la comprobación de sus circunstancias personales, puesto que este no aportaba (no podía) ningún tipo de documentación.¹²⁴

En definitiva, una vez se determinada su minoría de edad, los MENAs son declarados en desamparo¹²⁵ y tutelados por los sistemas de protección autonómicos. Aunque su

¹²² FJ 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 452/2014 de 24 de septiembre de 2014, rec. 280/2013, ECLI:ES:TS:2014:3817.

¹²³ “*La máquina dice que tengo 18 años. Pero la máquina no es mi madre. Sólo mi madre sabe cuando nací.*” Relato de A. K. tras comunicarle el resultado de las pruebas médicas que indicaban que era mayor de edad. Defensor del Pueblo, “¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad”, 2011, pp. 1-260, (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinación-de-la-edad1.pdf>; última consulta 01/06/2021).

¹²⁴ Ortega, A., y Heredia, L., “Determinación de la edad de un extranjero indocumentado, a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de enero de 2020”, *Revista de Derecho*, núm. 31, 2021, p. 551.

¹²⁵ Al respecto, cabe destacar que la definición jurídica de desamparo está recogida por el artículo 18.2 LOPJM (conforme a la reforma realizada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), en concreción de la definición genérica prevista en el artículo 172.1 CC, que establece: “*De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o*

situación se considera regular hasta su mayoría de edad, la Administración es responsable de solicitar sus papeles para garantizar su acceso a todos sus derechos. En demasiados supuestos, la regularización no se realiza a tiempo, abocándoles a dejar el centro de protección como persona adulta en situación administrativa irregular; en consecuencia, pudiendo ser recluidos en un CIE y expulsados del país.¹²⁶

Ahora bien, a pesar de lo que intuitivamente pueda entenderse del título del Protocolo, este también resulta de aplicación a los menores acompañados a tenor de su Apartado Segundo de las Disposiciones Generales (Capítulo I).¹²⁷ En concreto, su Capítulo IV recoge el procedimiento a seguir cuando se localizan menores acompañados en situación de riesgo como medidas de prevención a la trata de seres humanos y contra la utilización de menores, expuesto a continuación.

En primer lugar, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado al localizar a un menor acompañado, deberán revisar la documentación acreditativa de un vínculo biológico, con frecuencia paterno-materno filial. En caso de no poder acreditarlo y que el menor, por razón de su poca edad, no presente juicio necesario para ser oído; el adulto será objeto de una entrevista reservada a fin de *“clarificar su situación, decisión migratoria, vínculo y relaciones con el menor extranjero que le acompaña, en particular destino en España, personas a las que va a visitar o con las que permanecerá en nuestro país”* (apartado primero).

del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.”

¹²⁶ “Crecer sin papeles en España”, cit., p.13.

¹²⁷ Apartado Segundo del Capítulo I del Protocolo Marco MENA

“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.”

En segundo lugar, el mayor de edad acompañante será invitado, previo consentimiento informado, a realizarse voluntariamente una prueba de ADN de las células epiteliales bucales propias y del menor, a fin de acreditar su relación (apartado segundo). Las pruebas serán practicadas por la Comisaría General de Policía Científica y con la máxima brevedad posible, salvo causa justificada (apartado cuarto).

En tercer lugar, en el período de espera, en lugar de ser internados en un centro de acogida para menores; dada su especial vulnerabilidad, son trasladados a un centro de acogida humanitaria junto con sus madres, quienes tampoco son internadas en un CIE, como les correspondería si se les aplicará de forma estricta la legislación de extranjería. Solo será pertinente la separación del menor y su autodeclarado progenitor en este tiempo, de apreciarse de las declaraciones del adulto o de cualquier otro indicador o noticia, una *“situación de riesgo inminente en la persona del menor”* (apartado sexto).¹²⁸ En consonancia, el menor será acogido provisionalmente *“mientras se practican las oportunas diligencias de investigación, que justifiquen la reagrupación del menor con dicho adulto, lo que será comunicado al Ministerio Fiscal para su conocimiento, seguimiento y protección de los intereses del menor”* (*idem*). Asimismo, *“en todo caso, se promoverán por el Ministerio Fiscal las acciones pertinentes ante el Juzgado de Guardia o Juzgado de Primera Instancia competente para asegurar que mientras se está evaluando la situación de riesgo, el menor no abandone el centro en compañía del adulto sin autorización judicial”* (*idem*).

De forma complementaria, en todo supuesto, el Ministerio Fiscal también ostenta el deber de interesar *“de la Entidad pública de protección de menores la asunción de la tutela urgente del menor, si de las circunstancias concurrentes se aprecia que el pariente*

¹²⁸ Al respecto, cabe destacar la definición jurídica de riesgo otorgada por el artículo 17.1 LOPJM (conforme a la reforma realizada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), que establece la consideración de situación de riesgo en caso de que *“a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se vea perjudicada 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 fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la 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.”*

o el adulto que acompaña al menor, no le garantiza la necesaria asistencia material o moral” (apartado octavo).

Ahora bien, de negarse a someterse a la prueba o de dar negativo y habiendo comprobado que quedarse junto al acompañante con el que viajaba conlleva riesgo para el menor, *“el Ministerio Fiscal interesará del servicio público de protección de menores la asunción de la tutela urgente del menor si de las circunstancias concurrentes se apreciase que dicho menor se encuentra privado de la necesaria asistencia material o moral” (apartado séptimo).* Ello supone recibir el mismo tratamiento jurídico por las instituciones que un MENA, quedando así sujeto a su específico sistema de protección.

Por otro lado, si da positivo el menor quedará bajo la tutela y protección de su progenitor ya acreditado. Su seguimiento y protección corresponde a los Servicios Sociales Municipales. Parecería una solución apropiada, de no ser por que hay que ponerlo en contexto con la posibilidad de que sus madres sean víctimas de tratas y no se hayan desvinculado del todo de su red de explotación. Es más, la realidad y experiencia de las ONG demuestra que sobre estos esos niños y niñas pesa una amenaza que debe ser identificada y enfrentada. Dicho seguimiento no es suficiente ni responde a sus necesidades específicas y las desapariciones para el sistema de las madres y sus hijos son frecuentes. Es decir, parece que el instrumento jurídico de declarar al menor en riesgo (previo al desamparo) es apropiado en el *interim* que se trabaja porque la mujer se desvincule totalmente. Para ello, es necesario que las autoridades competentes estén familiarizados con los indicios recogidos en el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos.

No obstante, a pesar de los intentos de las entidades que trabajan la primera acogida de estos menores (principalmente en Andalucía), y de haber puesto la situación de riesgo en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la adecuada entidad autonómica garante de su protección, poco se ha podido hacer para frenar su desaparición.

Algunos profesionales del ámbito de la protección son partidarios de limitar la libertad ambulatorio de sus madres, siempre con la cautela que la restricción de un derecho

fundamental merece. Prevén esta posibilidad al acogerse a la aplicación de medidas cautelares del artículo 158 CC para la protección del menor.¹²⁹ Otros sectores no son partidarios de esta limitación de derechos, manifestando que parece haber una polarización entre los derechos del menor versus los derechos de la mujer.¹³⁰

De todas formas, resulta claro que con la regulación jurídica actual existen muchos hijos de víctimas de trata que, por caer bajo la categoría administrativa de acompañados, acaban pasando desapercibidos para el sistema de atención y protección una vez se prueba el vínculo materno-filial. Cabe preguntarse si realmente se encuentran protegidos cómo deben bajo la tutela de sus madres en tanto que no se han desvinculado de la red de trata. No parece el caso, de manera que debería colmarse esta laguna con un régimen jurídico de protección específico donde prime el interés superior del menor y se cumpla con la obligación de ofrecer protección al niño conforme al artículo 19 CDN, tal y como disfrutaban (aunque con graves deficiencias) sus compañeros migrantes no acompañados.

¹²⁹ El artículo 158 CC sobre las medidas cautelares dispone que: *“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) 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”*.

¹³⁰ UNICEF, “Niños y niñas, son víctimas: Situación de los menores de edad víctimas de trata en España”, *Cuadernos para el debate*, 2017, p.9, (disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5073_d_ninos-victimasUNICEF.pdf; última consulta 22/05/2021).

4. LOS MENORES APÁTRIDAS E INDOCUMENTADOS: EL DERECHO A TENER DERECHOS

Una vez perfiladas las líneas generales del retrato general a considerar a la hora de construir el régimen jurídico aplicable a los menores inmigrantes irregulares, incluyendo sus deficiencias y lagunas, es necesario preguntarse qué menores parecen quedarse fuera del sistema de protección básica que este recoge por cuestiones relativas a su derecho a la identidad y la documentación.

Tal y como se ha puesto de manifiesto, existen importantes marcos de protección para algunos grupos de niños inmigrantes (como los solicitantes de protección internacional, los no acompañados o los que son víctimas de la trata), pero los derechos de los niños indocumentados, especialmente los que están acompañados por sus padres u otros cuidadores, están en gran medida desprotegidos, lo que da lugar a violaciones sistemáticas de sus derechos fundamentales. Al respecto, no existen estimaciones fiables sobre el número de niños indocumentados en la UE, situación que agrava la inadecuada atención prestada a la protección de estos niños.¹³¹

Son invisibles para el sistema y, en consecuencia, son altamente vulnerables, en concreto de acabar por desaparecer a las manos de todo tipo de mafias sin que el Estado receptor haya sido consciente incluso de su existencia, anulando así toda posibilidad de seguimiento y protección. A continuación, se estudia su situación a la luz de sus derechos a una identidad junto con la documentación acreditativa de esta y la vulneración de las obligaciones internacionales por el Estado español que ello comporta.

4.1. Los niños apátridas y su acceso al sistema

Conforme al artículo primero de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954, la apatridia se define jurídicamente como la carencia de

¹³¹ PICUM, “Protecting undocumented children: Promising policies and practices from governments”, 2015, (disponible en https://picum.org/wp-content/uploads/2019/10/Protecting-undocumented-children-Promising-policies-and-practices-from-governments_ReprintJan.2018.pdf; última consulta 28/05/2021).

nacionalidad o ciudadanía alguna por ningún Estado, conforme a su legislación.¹³² Esta engloba dos tipologías: *de iure*, en los casos que una persona desee solicitar la ciudadanía en el territorio de un Estado no reconocido a nivel internacional por los demás (por ejemplo, Palestina); y, *de facto*, cuando el Estado rechaza otorgar la ciudadanía al solicitante debido a que la persona no puede aportar pruebas legales (como el certificado de nacimiento) ya sea por razones económicas o debido a tensiones o problemas internos en su Estado de origen, entre otras razones.¹³³ A los efectos del análisis aquí realizado, resulta relevante la segunda concepción.

En España, la apatridia en la infancia migrante puede darse por numerosas razones. En primer lugar, por la pérdida de los documentos acreditativos de su registro de su nacimiento y no existe otro medio de vincular al menor a un Estado concreto. En segundo término, debido a la decisión de los padres de no registrar su nacimiento en el Registro Público correspondiente en su país de origen, ya sea por miedo de los padres a llamar la atención sobre su situación, por falta de medios u ocasión, o por pura ignorancia sobre, por ejemplo la ausencia del requisito de provenir de padres casados.

También son subsumibles en este supuesto, algunos menores migrantes nacidos en tránsito, apátridas no solo por carecer de la debida documentación acreditativa en el momento que son localizados, sino porque ni siquiera han sido registrados al nacer; todavía más probable si su nacimiento ocurrió en un Estado de tránsito, diferente al de origen de sus progenitores. También, es frecuente que su nacimiento se haya dado fuera de hospitales, dificultando en mayor medida la posibilidad probatoria.

En tercer lugar, se encuentran en esta situación el menor nacido en un Estado donde la regla general de transmisión de la ciudadanía es mediante el *ius sanguinis* como regla general (como es el caso de España), de padres migrantes. En atención a la antedicha regla general, el Derecho español prevé que el niño tiene derecho a la ciudadanía del país

¹³² Esta forma parte de nuestro ordenamiento jurídico conforme al Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, publicado en el BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997, páginas 20745 a 20753 (9 págs.)

¹³³ Humanium, “Apátridas e invisibles”, s.f. (disponible en <https://www.humanium.org/es/enfoques-tematicos/aislamiento-desarraigo/apatridas-invisibles/>; última consulta 24/05/2021).

de origen de los padres, salvo que rija excepcionalmente el *ius soli* en caso de que al menos uno de los progenitores haya nacido en España, ambos sean apátridas o la ley de ninguno de los padres le atribuya su nacionalidad (art. 17.1 b), c) y d) CC).¹³⁴

No obstante, en muchos casos por razones fácticas (pérdida) o burocráticas (errores que conlleven el no registro o seguimiento) su Estado de origen tampoco se la reconoce, quedándose el menor en un vacío legal al margen del sistema de protección de la infancia adecuado por su condición de apátrida.

En relación al marco jurídico aplicable, nuestra Carta Magna establece, en su artículo 13 apartado 4, una reserva de ley en materia de *“los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”* En cumplimiento de este mandato constitucional, el Derecho español contempla el estatuto jurídico de la apatridia en el art. 34 LOEx (con remisión a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas) y el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida. Respecto de cuál resultará su ley personalmente aplicable, el artículo 9.10 CC dispone que *“se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieran indeterminada, la ley del lugar de residencia habitual.”*

Conforme a esta normativa, la Subdirección General de Protección Internacional u Oficina de Asilo y Refugio tiene encomendada la tramitación de las solicitudes para el reconocimiento del estatuto de apátrida.¹³⁵ En todo caso, sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales de protección en el caso de solicitantes menores de edad, se entenderá autorizada su permanencia en territorio nacional durante la tramitación del procedimiento.

En consonancia con el art. 4.1 del Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, *“la solicitud habrá de presentarse en el plazo de un mes desde la entrada en el*

¹³⁴ *“A estos efectos se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.”* (art. 17.1 CC).

¹³⁵ Ministerio del Interior, “Estatuto de apátrida”, *Servicios al ciudadano*, s.f. (disponible en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/estatuto-de-apatrida>; última consulta 11/06/2021).

territorio nacional, salvo en los supuestos en que el extranjero disfrute de un periodo de estancia legal superior al citado, en cuyo caso podrá presentarse antes de la expiración del mismo. Cuando las causas que justifiquen la solicitud se deban a circunstancias sobrevenidas, se computará el plazo de un mes a partir del momento en que hayan acontecido dichas circunstancias.”

Ahora bien, el apartado segundo de este mismo artículo es tajante al establecer la incompatibilidad patente entre la estimación de la solicitud y la permanencia del interesado *“en situación de ilegalidad durante más de un mes, o haya presentado su petición de reconocimiento del estatuto de apátrida teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud se presumirá manifiestamente infundada. Este hecho se tendrá en cuenta a la hora de redactar la propuesta de resolución.”* De manera que para un menor acompañado irregular (o su progenitor responsable) únicamente contarán con el plazo de un mes para presentar la correspondiente solicitud. En otras palabras, ante las deficiencias del sistema de protección español y las necesarias pautas administrativas que deben seguir al ser detectados por los Cuerpos y Fuerzas, expuestos en el apartado 3.4.. Este breve plazo se convierte en muchos casos en una barrera insalvable que supone su desprotección *de facto* por el sistema, especialmente si no cuentan con el apropiado asesoramiento jurídico al respecto por las autoridades o ya en los centros de acogida humanitaria.

Al contrario, los MENAs apátridas estarán bajo la regulación más favorable del art. 6 del citado Reglamento de manera que, al haber sido declarado *“(…) en situación de desamparo según la legislación civil, éstos serán encomendados a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo asimismo en conocimiento del Ministerio Fiscal. 2. La entidad pública que ejerza su tutela los representará en el procedimiento de apatridia.”* Resultándoles más fácil hacer valer sus derechos una vez dentro del sistema, aunque no siempre es el caso.

La resolución favorable supondrá, conforme al artículo 34.2 LOEX, *“el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la*

condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su normativa de desarrollo. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951". Por el contrario, la resolución desfavorable determinará la aplicación del régimen general de extranjería.

4.2. El acceso a la documentación de los menores inmigrantes irregulares

La apatridia no debe confundirse con la indocumentación, puesto que la segunda puede darse sin la primera; esto es, que a pesar de ser nacionales o ciudadanos de un país extracomunitario, no cuentan con la documentación pertinente para probarlo ante las autoridades españolas. En este apartado se recoge el tratamiento jurídico español para determinados casos donde se permite (o debería) la documentación de los menores migrantes irregulares dentro las restricciones actuales del Derecho de la extranjería.

4.2.1. La inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos en España

Volviendo al colectivo de menores nacidos en España de padres inmigrantes, pero respecto a los que el Estado de sus progenitores les reconoce su nacionalidad conforme al *ius sanguinis*, es necesario conocer que, conforme al artículo 15 de la Ley del Registro Civil de 1957: "*En el Registro constarán los hechos inscribibles que afecten a los españoles y a los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros.*" Ello responde al entendimiento general de que la importancia de la inscripción de nacimiento en tanto que "*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.”*¹³⁶

Con respecto a su registro, 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 madres carecen de la documentación necesaria para inscribir a sus hijos de conformidad con el art. 46 de la Ley del Registro Civil, enfrentándose en consecuencia a innumerables obstáculos hasta que finalmente pueda practicarse.

De forma paralela a la tutela de los hijos e hijas de víctimas de trata, resulta un hecho de nuevo a criticar que, a pesar de la importancia de obtener un registro de nacimiento independientemente de la nacionalidad del menor, se deja en manos de sus progenitores de forma absoluta la decisión de si continuar con el procedimiento previsto en el citado art. 46 a pesar de los obstáculos encontrados. En su lugar, el sistema debería promover y supervisar que dicha inscripción se lleve a cabo, en atención al interés superior del menor como guía a seguir conforme a la LOPJM y la normativa internacional. De esta forma, se protegería el derecho del menor a registrar uno de los elementos de su identidad para que tenga eficacia probatoria, pues no debemos olvidar que sus derechos le son intrínsecos a su persona y debe considerarse independientes de los de sus progenitores.

Sentado lo anterior, en un Estado social y democrático de Derecho como el español es necesario garantizar el acceso de estos menores al Registro civil conforme a las condiciones establecidas. Debe lucharse contra toda actuación dentro de las instituciones del Estado que busque simular la extensión de la restrictividad propia del Derecho de extranjería en materia de control de fronteras a todas las instituciones del Estado. Al respecto, debe notarse los obstáculos sin respaldo jurídico que, en el marco del Proyecto Ödos,¹³⁷ debieron enfrentar niños de madres migrantes indocumentadas en el Registro

¹³⁶ “Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo”, cit., p.17.

¹³⁷ El Proyecto Ödos (del griego), es una iniciativa pionera 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

Civil de Montilla (Córdoba). En este caso, aunque se intentó tramitar la inscripción desde el propio hospital, como es la práctica habitual, la ausencia de documentación de la madre fue considerada *ab initio* como un obstáculo insalvable para practicar la inscripción a pesar de lo establecido en el ya citado art. 15 de la Ley del Registro Civil.¹³⁸

4.2.2. Las pruebas de ADN para la acreditación de la filiación

Tal y como se ha puesto de manifiesto previamente, los menores acompañados deben someterse a las pertinentes pruebas de ADN para corroborar su vínculo materno-paterno filial con su acompañante a falta de la documentación pertinente. El resultado de estas pruebas es de extrema importancia a la hora de determinar el marco jurídico que les resulta de aplicación: negativa suponer convertirse en MENAs con la consiguiente declaración en desamparo; o positiva, quedar bajo la tutela de su progenitor corroborado de no considerarse que existe situación de riesgo alguna para el menor.

No obstante, los resultados positivos de estas pruebas suponen un dato acreditativo que queda en manos de los Cuerpos y las Fuerzas de Seguridad del Estado, como un dato de tratamiento interno. Es decir, no supone contribuir a documentar al menor ni traslada por escrito a su progenitor el resultado favorable acreditativo de su vínculo biológico, de manera que ambos pueden verse sometidos a la repetición de las pruebas tantas veces como le fuera requerido. Asimismo, al menor no se le dota de una documentación (aún cuándo sería posible ofrecérsela sin dificultad) acreditativa de un elemento constitutivo de su identidad así como del derecho a no ser separado de los progenitores salvo que su interés superior así lo exija.¹³⁹

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 especialmente vulnerable y evitar que caigan en redes de trata de seres humanos. Programa Ödos, “Quiénes somos”, s.f. (disponible en <https://redodos.org/quienes-somos>; última consulta 08/06/2021).

¹³⁸ “Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo”, cit., s.p.

¹³⁹ *Id.*

En definitiva, es necesario velar por el fin de la apatridia y la indocumentación relativa a su identidad de los migrantes en España, y en particular, de la infancia pues, ante todo, supone la vulneración del derecho de la infancia a contar con un nombre y a una nacionalidad tal y como recoge el artículo 7 CDN. Es más, también supone el incumplimiento por parte del Estado de su obligación activa a la hora de preservar la identidad del niño, conforme al artículo 8 CDN, y otorgarle la necesaria documentación para hacer valer sus derechos en conformidad. Ambos preceptos de la CDN se recogen a continuación:

Artículo 7 CDN

“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

Artículo 8 CDN

“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.”

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

5.1. Sobre la conjugación de un marco jurídico protector y otro excluyente: ¿Menores antes que inmigrantes irregulares?

Tal y como se ha puesto de manifiesto, los menores inmigrantes irregulares son objeto de dos ámbitos normativos opuestos: uno incluyente y otro excluyente. Dicho de otra forma, ante un niño inmigrante irregular, el Estado español se mueve entre dos variables significativas: el control y la protección.

El primer bloque corresponde a la protección de la infancia, y es por definición garantista de sus derechos humanos por su condición, precisamente, de menores. A este se le sumará la legislación específica destinada a la protección de víctimas de trata de seres humanos o de protección internacional, en caso de resultar aplicación en el caso concreto. El segundo corresponde a la regulación de la inmigración irregular desde una perspectiva de control y freno ante estos flujos “indeseados”.

En consecuencia, para encontrar el régimen jurídico aplicable a los menores inmigrantes irregulares debe realizarse el estudio sistemático e integrado de estos bloques dispares. Ante incompatibilidades entre ambos y un sentir general donde predominan sentimientos antimigratorios, muchos niños migrantes irregulares se ven expuestos a continuas vulneraciones constantes de sus derechos humanos puesto que las normas y políticas nacionales de control de la migración irregular carecen de un enfoque verdaderamente garantista conforme a su condición de menores. A continuación, se recogen las deficiencias notables que presenta el actual régimen jurídico vigente para los menores inmigrantes irregulares en España, a la luz del retrato general elaborado al efecto:

- i. En primer lugar, tal y como se ha puesto de manifiesto, los menores no son ajenos a las “devoluciones en caliente” colectivas practicadas en Ceuta y Melilla, puesto que en muchos casos no es posible realizar su identificación efectiva y tampoco aplicar el derecho humanitario en lo respectivo a este grupo especialmente vulnerable ya sea por razones derivadas de su minoría de edad, de su condición de víctimas de trata o como solicitantes de protección internacional según el caso. Si

bien es cierto que el TEDH y el TC abogan en abstracto por el potencial de estas prácticas de ser realizadas conforme a las exigencias jurídicas del Derecho humanitario; la realidad fáctica concreta aplicada a la infancia demuestra lo contrario.

Por lo tanto, el hecho de que nuestro país dé cobertura legal a esta práctica de rechazo en frontera supone un fracaso real del sistema y la desprotección de muchos niños en nuestro país. Supone permitir vulneraciones sistemáticas y continuas de los derechos de la infancia migrante; negándoles la protección y derechos que son intrínsecamente suyos conforme a las obligaciones internacionales y el régimen jurídico nacional español. A fin de evitar este amparo jurídico hacia un “derecho de los menos que nosotros”, debe modificarse la LOEx para idealmente cesar estas prácticas o, al menos, garantizar un sistema que permita su efectiva identificación, junto con una valoración individual y personalizada de los perfiles más vulnerables que necesitan protección específica. Solo así el sistema velará verdaderamente por el interés superior de la infancia, de acuerdo con las exigencias del Comité del Derechos del Niño.

- ii. En segundo lugar, la creciente movilidad de los menores procedentes de países fundamentalmente en vías de desarrollo, ya se encuentren o no acompañados, supone simultáneamente que las autoridades españolas deben enfrentar a mayores casos de indocumentación respecto a su identidad al interceptarlos como migrantes irregulares. Ello supone que los procesos de determinación de edad se han posicionado en el sistema vigente como la piedra angular a la hora de definir la minoría de edad de los “autodeclarado” o declarado por sus acompañantes menores inmigrantes irregulares, pese a sus altos márgenes de error y rechazo deontológico por la comunidad médica, tal y como se ha puesto de manifiesto.

Debe buscarse una alternativa, consonante con las propuestas del Comité del Niño, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo en esta materia. Esto es, diseñar un proceso de evaluación global y coordinado por especialistas cualificados en el cuidado de la infancia para garantizar que el principio del interés superior del menor esté dotado de contenido en estos procesos. Ahora solo queda esperar que el Estado

español tenga en cuenta sus recomendaciones a la hora de redactar el desarrollo normativo del procedimiento para la determinación de la edad, conforme al mandato de la LOPIVI.

- iii. Los MENAs, junto con los solicitantes de protección internacional o las víctimas de trata, cuenta con un marco jurídico específico, el cual en abstracto busca protegerles dada su especial vulnerabilidad. No obstante no solo se puede juzgar desde su perspectiva de entrada en el sistema, sino también de salida.

La realidad de muchos MENAs en nuestro país es la incertidumbre total ante si alcanzar la mayoría de edad les supondrá caer en una situación de irregularidad y exclusión al abandonar la tutela y protección del Estado, debido a obstáculos en los trámites administrativos para obtener una autorización de residencia así como su mantenimiento y/o renovación.

Las líneas se desdibujan a la hora de determinar si el fracaso del sistema radica en el procedimiento administrativo y la burocracia que conlleva o en la cobertura jurídica propia que lo diseña. Aún así, resulta claro que o bien deben destinarse más medios y personal para procesar sus solicitudes, ofrecerles prioridad a estos trámites con cobertura jurídica en atención a la cercanía con respecto a su dieciocho cumpleaños, o diseñar un estado transitorio inocuo por el que se realice la ficción jurídica de que todavía son MENAs hasta que su solicitud sea tramitada, a fin de caer automáticamente en la extutelación y desprotección que ella conlleva.

- iv. Por último, el principio del interés superior del menor también brilla por su ausencia respecto a las actuaciones administrativas realizadas respecto a menores inmigrantes irregulares llegados a la frontera acompañados por sus progenitores. La realidad demuestra que dejarlos bajo su tutela, una vez se ha probado su vínculo biológico, no evita en muchos casos la desaparición de ambos del centro humanitario debido a los lazos todavía existentes con la red de trata de seres humanos con las que la madre (en la mayoría de casos) mantiene una deuda.

Estos niños y niñas no son meras “maletas” que sus madres llevan consigo en su travesía, sino que son sujetos de derechos propios que merecen de un procedimiento

específico de entrada en el sistema. En otras palabras, la labor del sistema no puede agotarse en probar su vínculo filial y realizar su seguimiento medio de su bienestar. Por el contrario, es necesario traer a un primer plano su interés superior como menores, valorar específicamente su situación de especial vulnerabilidad (en concreto hasta la verdadera desvinculación de su tutor con la red de explotación); todo ello también considerando la necesidad de respetar dentro de lo posible el derecho a vida familiar de las personas involucradas en los procesos de trata.

En definitiva, los principios informadores de ambos bloques dibujan las líneas generales del marco jurídico que conforman en conjunto bajo cuyo ámbito de actuación se mueven los menores inmigrantes irregulares. Ahora bien, ante incompatibilidades manifiestas entre la restrictividad de las normas de extranjería y la protección de las normas de la infancia, en un verdadero Estado social y democrático de Derecho debe siempre primar el segundo bloque.

Un menor es y será, por encima de todo, un niño. Su minoría de edad debe ser el punto de partida a la hora de realizar una ponderación de diferentes intereses jurídicos (control migratorio vs. protección) ante los diferentes problemas que enfrentan a su llegada a territorio español. La idea de que su condición administrativa debe permanecer en un segundo plano a favor del interés superior del menor debe verdaderamente permear el sistema de acogida y protección disponible en nuestro país. Por lo tanto, en un contexto de flujos migratorios cada vez más complejo (donde se mezclan menores, víctimas de trata y solicitantes de protección internacional), el Estado español debe dejar de eludir sistemáticamente sus responsabilidades para con estos colectivos. En concreto, debe dejar de mirar hacia otro lado con respecto a las necesidades específicas de cada menor.

5.2. Sobre la desprotección de los niños migrantes irregulares apátridas e indocumentados

En concreto, un sistema deficiente en detectar, identificar y realizar un seguimiento apropiado de los sujetos especialmente vulnerables que requieren de su protección

representa un fracaso estatal en el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas en materia de Derecho humanitario. Ahora bien, no podrá hacerlo respecto de los que son “invisibles” para el sistema. Debe minimizar en todo caso que diferentes colectivos, en especial en el contexto los menores migrantes irregulares, caigan bajo esta denominación por haber sido vulnerados sus derechos a una identidad (siendo la nacionalidad uno de sus elementos) y a la documentación debida a fin de efectivamente hacerla valer. Ambos conjuntamente construyen el derecho a tener derechos, a ser vistos e identificados por el sistema, en lugar de volar “bajo el radar”, expuestos a todos los riesgos que ello conlleva.

Con respecto a las particulares deficiencias que presenta el régimen jurídico de los menores inmigrantes irregulares, se concluye que:

- i. El riesgo de acabar sin patria, sin nacionalidad o ciudadanía, es significativamente mayor para los menores migrantes acompañados; especialmente aquellos nacidos durante el tránsito de su aventura migratoria en condiciones extrahospitalarias o los nacidos en España de padres migrantes que por razones de hecho (indocumentación como obstáculo insalvable) o burocráticas (error o retraso al su administración no otorga solución) no pueden adquirir la nacionalidad que el *ius sanguinis* del Estado de sus padres les otorga únicamente desde el plano jurídico en abstracto.

El Estado español cumple con las obligaciones impuestas por la Convención de 1961 con el desarrollo de un procedimiento específico para dar solución a los casos de apátrida, análogo a las solicitudes de protección internacional. De hecho, tal y como se ha puesto de manifiesto, estas son llevadas por la misma autoridad administrativa.

No obstante, el marco jurídico configurado entre el artículo 34 LOEx junto con el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida no contiene disposiciones concretas acerca de menores acompañados (como es el caso de los MENAs), no reconociendo el riesgo de los antedichos colectivos y ofreciéndoles una solución específica amparada en la ley. En otras palabras, supone un fracaso a la hora de proteger sus necesidades de protección concretas y así velar por su interés superior

dada la restrictividad (en el plazo de solicitud sobre todo) que vertebra el proceso de solicitud al efecto.

- ii. Por otro lado, debe garantizarse que la indocumentación de la madre a la hora de inscribir el nacimiento de su hijo en España en el Registro Civil español no suponga un obstáculo insalvable para efectivamente registrar su nacimiento, con todas las garantías jurídicas que supone para el menor en términos a dotar de contenido a un importante elemento de su derecho de identidad.

En estos casos, la Ley del Registro Civil les ofrece suficiente cobertura jurídica estableciendo expresamente su derecho a la inscripción del nacido en España, independientemente de su nacionalidad. La cuestión radica en garantizar la aplicación de esta norma de forma cohesiva a lo largo del territorio nacional y evitar cualquier permeación en su aplicación de los principios restrictivos propios del Derecho de la extranjería. De lo contrario, ante incontables obstáculos es muy probable que los padres desistan en sus intentos, en grave detrimento para el menor, quién no verá registrado su nacimiento, elemento esencial acreditativo de su identidad pues lo identifica frente a cualquier otro ser humano.

- iii. En esta misma línea, no se entiende cómo los resultados de las pruebas de ADN para la acreditación de la relación que deben realizar los menores indocumentados y sus acompañantes no tienen como función dotarles de documentación en lo que respecta a su vínculo de filiación. En su lugar, permanecen como un dato interno de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, exponiendo al menor a reiteraciones de la prueba siempre que las autoridades así lo requieran. Cambiar esta práctica supondría incidir en el Protocolo MENA y recoger el derecho de estos menores a que se les traslade por escrito los resultados de estas pruebas.

En atención al análisis realizado, se aparece una clara solución a la presencia y, en consecuencia la vulnerabilidad extrema que enfrentan, de menores invisibles dentro del territorio español: tomar la vía de regularización implicaría el cese de menores desprotegidos por su condición apátrida o la indocumentación que arrastran. Debería bastar su condición de menores y necesidad de protección adicional por parte de las

instituciones públicas para que el Estado tomara la decisión de siempre documentar y, en caso necesario, darle verdadero contenido a su derecho de identidad en lo que respecta a su nacionalidad. No obstante, esta petición desafortunadamente se presenta como utópica actualmente ante el fuerte clima de antiinmigración vigente en el contexto europeo. De manera que, cómo mínimo el sistema no debe olvidar su obligación de proteger a este colectivo especialmente vulnerable dentro del marco jurídico vigente. Nunca debe representar un obstáculo para que la infancia acceda a sus otros derechos justificando que se encuentran “sin los papeles apropiados”, al menos, con respecto a su identidad.

En concreto, con respecto a los menores apátridas, los nacidos en España en busca de inscribir su nacimiento y aquellos acompañados adecuadamente por sus progenitores, el Estado español, conforme al marco jurídico vigente, deberá optar por documentar estos hechos y reducir en la medida de lo posible la restrictividad de los trámites que deban enfrentar; adecuándolos a sus necesidades específicas. Ello no es más que el compromiso adquirido al ser Estado parte en la CDN. También, al haber reforzado la LOPJM con el interés superior del menor como principio fundamental en nuestro ordenamiento interno; pero sobre todo como verdadero Estado social y democrático de Derecho.

6. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

1. Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2010/C 83/02, (DOUE C 83/389, de 30 de marzo de 2010).
3. Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 (BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997).
4. 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 de diciembre de 1990).
5. Instrumento de ratificación del Protocolo número 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio nº 46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 (BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2008).
6. Instrumento de ratificación del Protocolo número 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, hecho en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004 (BOE núm. 130, de 28 de mayo de 2010).
7. Instrumento de ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003).

8. Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957).
9. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.)
10. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).
11. 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).
12. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021).
13. El Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos, adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial.
14. Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, aprobado por la Resolución de 13 de octubre de 2014 por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia (BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014).
15. 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).
16. Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida (BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001).
17. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y

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

18. 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).
19. Resolución del Consejo Europeo, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03), Diario Oficial nº C 221 de 19 de julio de 1997, pp. 23 – 27.

Jurisprudencia y asimilados

20. Dictamen aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 4/2016, de 1 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016).
21. Dictamen aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 11/2017, de 27 de septiembre de 2018 (CRC/C/79/D/11/2017).
22. Protocolo de Actuación núm. 7289 del Consejo General de la Abogacía Española, de 25 de mayor de 2017, pp. 1-92 (disponible en <https://www.reicaz.es/pagina.php?tipo=archivo&url=protocolos-de-actuacion-letrada-en-materia-de-extranjeria-coordinados-por-la-subcomision-de-extranjeria-y-proteccion-internacional>; última consulta 02/06/2021).

23. Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 13 de febrero 2020. Asunto N.T. y N.D. contra España. Demandas núm. 8675/15 y 8697/15 (traducción disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20de%20Gran%20Sala%20en%20N.D.%20y%20N.T.%20v.%20Espa%C3%B1a.pdf>)
24. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, rec. 2896-2015, ECLI:ES:TC:2020:172, (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020).
25. Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 452/2014 de 24 de septiembre de 2014, rec. 280/2013, ECLI:ES:TS:2014:3817.

Otros Recursos

26. Alto Comisionado de las Naciones Unidas, “Los derechos humanos y la trata de persona”, *Folleto Informativo núm. 36*, 2014, pp. 1-74, (disponible en https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36_sp.pdf; última consulta 29/05/2021).
27. APRAMP, “Menores Víctimas de Trata y Explotación. Una realidad oculta, cada día más visible”, *Publicaciones*, 2017 (disponible en <https://apramp.org/download/menores-victimas-de-trata-y-explotacion-una-realidad-oculta-cada-dia-mas-visible/>; última consulta 03/06/2021).
28. Burgos Goya, M. “Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. La historia interminable”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 53, 2020, p. 1-19.
29. Castles, S., “Globalization and migration”, *International Symposium on Immigration Policies in Europe and the Mediterranean*, Barcelona, 2002.

30. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, “Dossier: Los derechos del niño”, 2016, pp. 3-40, (disponible en <http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfvrsn=2>; última consulta 26/05/2021).
31. Comisión Europea, “Últimas estadísticas de la migración: Impacto de la COVID-19”, *Zona de Prensa*, 29 de enero de 2021 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_232; última consulta 24/02/2021),
32. Defensor del Pueblo. “Comparecencia sobre la migración en Canarias”, 27 de abril de 2021, Palacio del Senado, Sala Europa, pp. 1-21 (disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2021/05/Comparecencia_migracion_canarias.pdf; última consulta 03/06/2021).
33. Defensor del Pueblo, “Determinación de la edad de menores extranjeros indocumentados”, *Publicaciones*, 25 de enero de 2021 (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/otras-publicaciones/determinacion-la-edad-los-menores-extranjeros-indocumentados/>; última consulta 17/04/2021).
34. Defensor del Pueblo. “Informe anual 2019: Volumen I. Informe de gestión”, 2020, pp. 1-875 (disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/I_Informe_gestion_2019.pdf; última consulta 03/06/2021).
35. Defensor del Pueblo, “¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad”, 2011, pp. 1-260, (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinación-de-la-edad1.pdf>; última consulta 01/06/2021).

36. Durán Bernardino, M., “Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social e integración laboral”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 50, 2019, p. 1-19.
37. Fernández-Huertas Moraga, J., “Inmigración y políticas migratorias en España”, *FEDEA*, 2 de octubre de 2020, pp. 1-27 (disponible en <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2021-10.pdf>; última consulta 16/04/2021).
38. FRONTEX, “Risk Analysis for 2020”, 2020 (disponible en https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2020.pdf; última consulta 05/06/2021).
39. ECCHR, “Comité de la ONU condena a España por las devoluciones en caliente”, 2019 (disponible en <https://www.ecchr.eu/es/caso/comite-de-la-onu-condena-a-espana-por-las-devoluciones-en-caliente/>; última consulta 08/04/2021).
40. Echeverría, M., Lewin Fischer, P.L., “Jóvenes con intención de salir. Cultura de la migración en estudiantes de Yucatán”, *Península*, vol. 11, núm. 2, 2016, pp. 9-33. <https://doi.org/10.1016/j.pnsla.2016.08.001>.
41. Estaire, O., “La ONU reprocha a España su trato a los menores migrantes no acompañados”, *El País*, 13 de octubre de 2020 (disponible en <https://elpais.com/espana/2020-10-13/la-onu-reprocha-a-espana-su-trato-a-los-menores-migrantes-no-acompanados.html>; última consulta: 23/04/2021).
42. Eurostat, “Asylum and first time asylum applicants by citizenship, age and sex - monthly data (rounded)”, 2020 (disponible en <https://ec.europa.eu/eurostat/web/main/home>; última consulta 28/01/2021).
43. Fanjul, G., Gálvez, I. y Zuppiroli, J., “Crece Sin Papeles en España”, *Fundación por Causa y Save the Children*, 2021 (disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2021-02/Crece_sin_papeles_en_Espana_SC_PC.pdf; última consulta 16/06/2021).

44. FRA, “Los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea”, *Factsheets*, s.f., (disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT.pdf; última consulta 03/06/2021).
45. FRA, “Manual de legislación europea sobre los derechos del niño”, *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2015 (disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_SPA.PDF; última consulta 02/06/2021).
46. Garavito Tarrifa, S., Sánchez Camacho, A.M., y Carbacas Bru, Y., “Menores inmigrantes no acompañados, las orillas de la vulnerabilidad, estatus de irregulares y su tratamiento al llegar a España”, *Summa Iuris*, vol. 6, núm. 2, 2018, p. 285-296. <https://doi.org/10.21501/23394536.3178>.
47. García de Diego, M. J. “«Bajo el casco de Hades»: menores migrantes no acompañadas como posibles víctimas de trata y su triple invisibilización.” *Migraciones*. Publicación Del Instituto Universitario De Estudios Sobre Migraciones, núm. 28, 2010, pp. 193-223.
48. García González, S., “La vida desechable. Una mirada necropolítica a la contención migratoria actual”, *Migraciones*, vol. 50, 2020, pp. 3-27.
49. García Vázquez, S., “El Régimen Jurídico Del Menor Inmigrante”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pp. 423-460.
50. Gimenez Bachmann, M., “La Situación Jurídica de los Inmigrantes Irregulares en España”, *Tesis Doctoral*, 2014, pp. 1-407.
51. González Enríquez, C., “Inmigración en España: una nueva fase de llegadas”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, vol. 28, núm. 1, 2019, p.3.
52. Huaylupo Alcázar, J., “Nación, nacionalismo y fronteras: Los dilemas y paradojas de la migración”, *Pacarina del Sur*, vol. 12, núm. 35, 2021 (disponible en <http://pacarinadelsur.com/home/mascaras-e-identidades/162-nacion->

- nacionalismo-y-fronteras-los-dilemas-y-paradojas-de-la-migracion; última consulta 18/06/2021).
53. Humanium, “Apátridas e invisibles”, s.f. (disponible en <https://www.humanium.org/es/enfoques-tematicos/aislamiento-desarraigo/apatridas-invisibles/>; última consulta 24/05/2021).
 54. INE, “Estadística de migraciones. Últimos datos”, 2020 (disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177000&menu=ultiDatos&idp=1254735573002; última consulta 07/04/2021).
 55. Izquierdo, A., “El modelo de inmigración y los riesgos de exclusión”, *Caritas Española*, vol. 25, 2009, p. 4.
 56. Lázaro González, I., “Entre la vulnerabilidad y la resiliencia. Madres migrantes, hijos en riesgo”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 107, 2019, pp. 1-29 <https://doi.org/10.14422/icade.i107.y2019.004>.
 57. Martín, M. “Qué está pasando en Ceuta: claves de la crisis migratoria entre España y Marruecos”, *El País*, 20 de mayo de 2021 (disponible en <https://elpais.com/espana/2021-05-24/ultima-hora-de-la-crisis-migratoria-entre-espana-y-marruecos-entradas-de-inmigrantes-en-ceuta-y-melilla-en-directo.html>; última consulta 11/06/2021).
 58. Martínez Escamilla, M., “Las «devoluciones en caliente» tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)”, *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2020, pp. 61-71.
 59. Millán Calenti, R.A., "Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro", *Derecho y salud* vol. 19, 2010, pp. 125-128.
 60. Ministerio del Interior, “Centro de internamiento de extranjeros”, *Servicios al ciudadano*, s.f. (disponible en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano>).

- ciudadano/extranjeria/regimen-general/centro-de-internamiento-de-extranjeros; última consulta 11/06/2021).
61. Ministerio del Interior, “Estatuto de apátrida”, *Servicios al ciudadano*, s.f. (disponible en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/estatuto-de-apatrida>; última consulta 11/06/2021).
 62. MiRAC, “Child and young migrants”, *Migration Data Portal*, 6 de mayo de 2021, (disponible en <https://migrationdataportal.org/themes/child-and-young-migrants>; última consulta 03/06/2021).
 63. Naciones Unidas, “Comité de Derechos del Niño”, s.f. (disponible en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>; última consulta 04/04/2021).
 64. Naciones Unidas, “Desafíos Globales: Migración”, s.f. (disponible en <https://www.un.org/es/global-issues/migration>; última consulta 27/02/2021).
 65. Ortega, A., y Heredia, L., “Determinación de la edad de un extranjero indocumentado, a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de enero de 2020”, *Revista de Derecho*, núm. 31, 2021, pp. 550-575.
 66. Oso, L., López-Sala, A., y Muñoz-Comet, J., “Políticas migratorias, participación y construcción política de la migración en España”, *Migraciones*, núm. 51, 2021, pp. 1-29. <https://doi.org/10.14422/mig.i51y2021.001>.
 67. Palomar Olmeda, A., “La protección del menor ¿avanzamos o retrocedemos?”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 62, 2019, pp.1-16.
 68. Perazzo Aragoneses, C., y Zuppiroli, J., “Los más solos”, *Save the Children*, 2018, pp. 1-117 (disponible en

- https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/los_mas_solos_vok.pdf; última consulta 05/05/2021).
69. PICUM, “Protecting undocumented children: Promising policies and practices from governments”, 2015, (disponible en https://picum.org/wp-content/uploads/2019/10/Protecting-undocumented-children-Promising-policies-and-practices-from-governments_ReprintJan.2018.pdf; última consulta 28/05/2021).
70. Programa Ödos, “Quiénes somos”, s.f. (disponible en <https://redodos.org/quienes-somos>; última consulta 08/06/2021).
71. Ruiz De Huidobro De Carlos, J.M., *Derecho de la Persona: Introducción al Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2016.
72. Save the Children. “Convención sobre los derechos del niño”, s.f. (disponible en <https://www.savethechildren.es/trabajo-ong/derechos-de-la-infancia/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>; última consulta 29/01/2021).
73. Save the Children, “Save the Children pide que se reforme el procedimiento de determinación de la edad tras un Dictamen del Comité de los Derechos del Niño sobre España”, *Prensa*, 16 de diciembre de 2018 (disponible en <https://www.savethechildren.es/notasprensa/save-children-pide-que-se-reforme-el-procedimiento-de-determinacion-de-la-edad-tras-un>; última consulta 06/02/2021).
74. UNICEF, “Ayuda refugiados: 2 niños mueren cada día en el Mediterráneo”, s.f. (disponible en <https://www.unicef.es/noticia/ayuda-refugiados-2-ninos-mueren-cada-dia-en-el-mediterraneo>; última consulta 05/04/2021).
75. UNICEF, “Child Migration”, 2021 (disponible en <https://data.unicef.org/topic/child-migration-and-displacement/migration/>; última consulta 01/03/2021).

76. UNICEF, “El registro de nacimiento: El derecho a tener derechos”, *Innocenti Digest*, núm. 9, 2002, p. 1-22 (disponible en <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf>; última consulta 05/03/2021).
77. UNICEF, “Estado Mundial de la Infancia”, 2006. (disponible en <https://www.unicef.org/colombia/informes/estado-mundial-de-la-infancia-2006-excluidos-e-invisibles>; última consulta 20/03/2021).
78. UNICEF, “Niños y niñas, son víctimas: Situación de los menores de edad víctimas de trata en España”, *Cuadernos para el debate*, 2017, (disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5073_d_ninos-victimasUNICEF.pdf; última consulta 22/05/2021).