



Editado por Servicios Académicos Internacionales para eumed.net
Derechos de autor protegidos. Solo se permite la impresión y copia de este texto para uso Personal y/o académico.

Este libro puede obtenerse gratis solamente desde
<http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1430/index.htm>
Cualquier otra copia de este texto en Internet es ilegal.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

El delito de Trata de Seres Humanos

Las víctimas del delito de trata de seres humanos

Identificación de las víctimas

Magnitud del problema

CAPITULO I

Víctimas de Trata y Obligaciones de los Estados

Principios interpretativos en esta materia

Vulnerabilidad de las víctimas de trata

No penalización de las víctimas

Superior protección del menor

Enfoque de derechos humanos de las víctimas

Enfoque integral en relación con la situación de las víctimas

CAPITULO II

La Identificación de las Víctimas de Trata

1.-Identificación por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

2.-Identificación por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

3.-Identificación por otros servicios o entidades

4.-Identificación en frontera o en centros de internamiento de extranjeros.

Dificultad en la identificación de las víctimas de la trata

CAPITULO III

Derechos de las víctimas del Delito de Trata de seres humanos.

Las víctimas del delito de trata y su situación administrativa.

A) La Directiva 2011/36/UE

B) La Directiva 2004/81/CE

B.1.-Víctima de Trata extranjera y en situación irregular en España.

Procedimiento

Resolución

Periodo de restablecimiento y reflexión

Resolución sobre el periodo de restablecimiento y reflexión

Garantías

Efectos

Autorización de residencia y trabajo

B. 2.-Víctima de Trata extranjera y en situación regular en España.

B.3.-Retorno voluntario

B. 4.-Reagrupación familiar y Trata de Seres Humanos

CAPITULO IV

Víctimas de Trata menores de edad

Determinación de la minoría de edad

Principio de igualdad de los menores

1.- Víctimas menores extranjeras no acompañadas

2.-Víctimas menores extranjeras acompañadas cuya filiación no resulte acreditada.

3.-Aspectos procesales comunes

Determinación de la edad

Previo

1.-Minoría de edad indubitada

2.-Minoría de edad dudosa

A.-Medidas a adoptar

B.-Información

C.-Procedimiento

C.1.-Competencia sobre el procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado y actuaciones previas

C.2.- Procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado.

Incoación

Alegaciones y determinación del periodo de prueba.

Trámite de audiencia y resolución del procedimiento.

Ejecución de la repatriación.

D.-Residencia del menor extranjero no acompañado

E.-Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado

Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia.

Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia.

F.-Registro menores extranjeros no acompañados

Naturaleza Registro

Ámbito subjetivo de actuación

Ámbito objetivo: hechos, actos, datos y documentos inscribibles.

V BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El delito de Trata de Seres Humanos

La Relatora Especial sobre la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, Sigma Huda, en su primer Informe sostuvo de manera definitoria que *“la trata representa la negación de prácticamente todos los derechos humanos: el derecho a la libertad, la integridad y la seguridad de la persona; el derecho de no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la libre circulación; el derecho a fundar un hogar y una familia; el derecho al mayor nivel posible de salud; el derecho a la educación. Con arreglo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en determinadas circunstancias la trata puede constituir un delito de lesa humanidad o un crimen de guerra¹.”*

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños², que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional³ cuyo artículo 3 establece que:

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

¹HUDA, S. “Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género”, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2004. Documento E/CN.4/2005/71. Pág. 6.

²Publicado en Diario Oficial de la Unión Europea. Núm. 262 de 22 de Septiembre de 2006 y BOE núm. 296 de 11 de Diciembre de 2003.

³Publicado en BOE de 29 de Septiembre de 2003.

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”.

Las víctimas del delito de trata de seres humanos

Para proporcionar una definición de víctima de trata, se hace preciso acudir al Convenio del Consejo de Europa⁴ sobre la lucha contra la trata de seres humanos que establece que el término víctima “designa a toda persona física sometida a la trata de seres humanos”.

El Preámbulo del Protocolo contra la trata de personas se señala que “para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos.”

Además señala que uno de los fines del mismo es “proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos”⁵ y todo ello sin que contenga una definición de lo que debe entenderse por víctima de trata.

⁴ Artículo 4, apartado e) del Convenio del Consejo de Europa.

⁵ Artículo 2, párr. b del Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de seres humanos.

Identificación de las víctimas

El respeto de los derechos de las víctimas de Trata así como su protección hace imprescindible que existan procedimientos efectivos para su identificación, así como recursos materiales y humanos suficientes para poder asistirlos⁶.

Según la Relatora Especial sobre la trata de personas de Naciones Unidas⁷ nos encontramos ante un problema tan grave y extendido como, paradójicamente, oculto, lo cual introduce una serie de dificultades que impiden conocerlo de forma precisa y analizarlo en profundidad y ello porque la información estadística disponible plantea problemas, ya que a menudo incluye tanto a las personas objeto de tráfico ilícito como a los inmigrantes ilegales, y porque las víctimas, especialmente los adultos víctimas de trata con fines de explotación sexual, rara vez denuncian su situación. Además, en los países en que no hay leyes para combatir la trata tampoco hay un registro de las víctimas de un delito que legalmente no existe.

La identificación de las víctimas de Trata es una cuestión que plantea múltiples dificultades por diversas razones. En el contexto de nuestro país, el Informe del Defensor del Pueblo de España de 2012, “Trata de seres humanos en España: víctimas invisibles⁸” enumera algunas de ellas entre las que podemos destacar:

⁶ Párrafo número 22 del Informe sobre el seminario: "Enfoque basado en los derechos humanos en la lucha contra la trata de personas: dificultades y oportunidades. Aplicación de los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas" celebrado en Ginebra, 27 y 28 de mayo de 2010 “Y ello destacándose la importancia de un enfoque basado en los derechos humanos en lo referente a la protección y el apoyo a las víctimas”.

⁷ Párrafo número 6 del Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo. Consejo de derechos humanos. Décimo período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

⁸ El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Informe_Defensor_del_Pueblo_trata.pdf.

La confusión que rodea las respectivas definiciones de trata y tráfico, así como la superposición existente entre los dos fenómenos, especialmente cuando el individuo comienza siendo un migrante voluntario que busca mejores oportunidades en otro país, pero se convierte en víctima de trata durante el tránsito o al llegar al país de destino;

La naturaleza intensiva de los plazos y recursos del proceso de investigación requeridos para determinar si una persona ha sido objeto de trata, así como la tendencia de los funcionarios de migración a identificar a los individuos como migrantes traficados y no como víctimas de trata, ya que las responsabilidades de los Estados con el primer grupo son menores;

La suposición errónea de que las víctimas de trata pueden haber consentido su explotación, sobre todo cuando están involucradas en trabajo sexual y otras actividades que enfrentan la desaprobación general de la sociedad;

La capacitación inadecuada que reciben los oficiales de policía y de migración con respecto a la identificación y protección de las víctimas de trata, unida al silencio del Protocolo sobre trata en relación a las obligaciones de los Estados en esta área;

La falta de comprensión de que la conducta defensiva, taciturna y errática de estas personas puede ser consecuencia del trauma que han sufrido o del temor a las represalias que pueden tomar quienes las han convertido en víctimas de trata;

La frecuencia con la cual la identificación inadecuada de las víctimas de trata conduce a la deportación o detención inmediatas, en ocasiones sin el debido proceso y sin asistencia legal.

Magnitud del problema

Según los datos sobre trata de personas presentados en el Foro de Viena⁹, uno coma dos millones de menores son víctimas de trata infantil cada año.

Las edades de las víctimas oscilan entre los 18 y los 24 años. El 95 % de las víctimas sufre violencia física o sexual y el 43 % del total de víctimas (en su mayoría mujeres) es forzada a la prostitución.

De los dos coma cinco millones de víctimas de trata, unas 250.000, o sea el 10 %, proceden de América Latina y 1.4 millones, el 56 % de Asia. 161 países en el mundo están afectados por el problema de trata de personas.

La trata mueve 31.700 millones de dólares al año. De este total, 1.300 millones se generan en América Latina, aunque la mayor parte del negocio se encuentra en los países industrializados, con 15.500 millones de dólares, es decir, el 49 % del total calculado. Asia el Pacífico generan 9.700 millones dólares al año, Oriente Medio y el Magreb 1.500 millones.

⁹Foro de Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas se llevó a cabo los días 13, 14 y 15 de febrero de 2013 en Viena.

CAPÍTULO I

Principios interpretativos en relación con las víctimas de trata

Vulnerabilidad de las víctimas de trata

En los documentos oficiales de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos se señala que: “la alusión al abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata.”

Es fundamental comprender que las víctimas de la trata, por ser víctimas vulnerables, están en una situación en la que no tienen más opción que someterse a la explotación y, por consiguiente, no pueden considerarse responsables de los actos cometidos bajo coacción o por haber sido víctimas de la trata.

No penalización de las víctimas

El reconocimiento de las personas objeto de la trata como víctimas exige la aplicación del principio de no penalización, según el cual la ley debe eximir a esas personas de responsabilidad penal por actos cometidos como resultado de la trata.

En contra de ese principio el Protocolo contra la trata de personas no establece específicamente el principio de no penalización¹⁰, aunque considera que la persona objeto de la trata es una víctima.

¹⁰En la publicación de la UIP y el UNICEF titulada Manual para Parlamentarios contra la Trata de Niños, Niñas y Adolescentes se señala que: "Bajo ninguna condición las leyes deben criminalizar a los niños, niñas y adolescentes. Aquellos que han sido víctimas de la trata o han sido explotados sexualmente deben ser tratados como víctimas, no como delincuentes.

La ley necesita incluir disposiciones específicas garantizando que los niños, niñas y adolescentes no sufrirán una sanción penal como resultado de haber sido víctimas de la trata para su explotación en

En los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se subraya que: “Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales.”

La Directiva 2011/36/UE consagra, de manera expresa, en el artículo 8¹¹ la previsión de no penalización y así se ha traspuesto al ordenamiento interno mediante el Proyecto de Reforma del Código Penal¹².

Superior protección del menor

En la aplicación de la Directiva 2011/36/CE el interés superior del menor debe ser una consideración primordial, de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño.

Asimismo debe prestarse una atención especial a los menores no acompañados víctimas de la trata de seres humanos, ya que necesitan asistencia y apoyo específicos por razón de su situación de vulnerabilidad particular.

Enfoque de promoción y protección de los derechos humanos de las víctimas

actividades ilegales, como la prostitución. Las víctimas no deben estar sujetas a encarcelamiento, detención u otra sanción”.

¹¹ Artículo 8: “Los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2”.

¹² Aprobado en fecha 20 de Septiembre de 2013.

Desde esta perspectiva deberá priorizarse la asistencia y protección de las víctimas que evite la victimización secundaria y anime a las víctimas a colaborar en los procesos penales contra los tratantes.

Enfoque integral en relación con las víctimas

Las medidas relacionadas con víctimas de trata se abordarán desde una perspectiva de género, garantizando además que las medidas puestas en marcha obedezcan a un enfoque integrado y que sean adecuadas al sexo, la edad y otras situaciones de vulnerabilidad de las posibles víctimas de trata, como el estado de gestación, el estado de salud y la discapacidad.

CAPITULO II

La Identificación de las Víctimas

En nuestro país se aborda esta cuestión en el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas¹³ que fue suscrito por acuerdo de los Ministerios de Justicia, Interior, Empleo y Seguridad Social, Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y el Consejo General del Poder Judicial.

El Protocolo tiene por objeto establecer pautas de actuación para la detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos, favorecer la coordinación de las instituciones implicadas en dichos procesos y definir los mecanismos de relación entre las administraciones con responsabilidades en la materia.

Entenderemos por identificación el proceso que se inicia con el reconocimiento de señales que sugieren una posible situación de trata.

¹³ El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica:

<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/homel.htm>

Identificación por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Cuando las fuerzas y cuerpos de seguridad encargadas de la investigación de un delito de trata de seres humanos o encargadas del control de la inmigración tuvieran conocimiento de la existencia de una supuesta víctima lo pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la formalización posterior del atestado.

La comunicación al Ministerio Fiscal de la detección de la supuesta víctima deberá realizarse de manera inmediata y, cuando sea posible, por medios electrónicos.

Identificación por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social o, en su caso, el organismo autonómico competente desarrollará en el ámbito de sus funciones cuantas diligencias de investigación considere necesarias en el ámbito de sus competencias a los efectos de detectar situaciones de explotación laboral.

En concreto, las actuaciones que realice la Inspección de Trabajo y Seguridad Social u organismo autonómico competente de forma programada en los supuestos de delitos de trata para la explotación laboral se realizarán de forma coordinada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y preferentemente de forma conjunta.

Si en el curso de una actuación inspectora no programada, el funcionario actuante detectara indicios de trata de seres humanos, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Jefe de la Inspección provincial, que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley 42/97 de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lo trasladará de inmediato, por el cauce orgánico determinado reglamentariamente al Ministerio Fiscal quien, en todo caso, coordinará la actuación, así como a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes.

En relación con las condiciones de trabajo de las víctimas de la trata, los funcionarios, en el Ejercicio de sus funciones, desarrollarán cuantos cometidos les

están encomendados en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tanto de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas del orden social, como de asistencia técnica.

Los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores De Trabajo y Seguridad Social u organismo autonómico competente extenderán sus funciones a la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales, de Seguridad Social y de empleo e inmigración.

De las actuaciones realizadas y de su resultado remitirán informe, a través del Jefe de la Inspección Provincial, al Ministerio Fiscal, junto con las pruebas obtenidas, sin perjuicio de comunicarlo al órgano judicial competente.

Todo ello sin perjuicio de que se practique acta de infracción, si la conducta detectada fuera también constitutiva de infracción laboral, y de lo dispuesto en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, cuando se iniciasen diligencias penales.

Identificación por otros servicios o entidades

Cuando la detección de una supuesta víctima de trata de seres humanos se produzca en alguno de los centros de migraciones gestionados por la Administración General del Estado, en un servicio del ámbito sanitario, asistencial o social de alguna de las administraciones que forman parte del presente Protocolo, o en recursos de organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, deberá ponerse este hecho en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes para su investigación, del Juzgado de guardia del lugar donde se ha producido la detección o del Ministerio Fiscal.

Cuando la detección se produzca en un centro de protección de menores, se actuará de acuerdo con lo previsto en el Epígrafe XIV del Protocolo y en el resto de normativa vigente en materia de protección a menores.

Cuando en la instrucción de un expediente de solicitud de protección internacional se aprecien indicios de que la persona solicitante pudiera ser víctima de trata de seres humanos, la Oficina de Asilo y Refugio lo pondrá en conocimiento

de la Sección de Asilo de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras a fin de que ésta lo comunique a la unidad policial competente para su identificación, por si pudiera ser de aplicación lo establecido en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000.

Identificación en frontera o en centros de internamiento de extranjeros.

Cuando la supuesta víctima de trata de seres humanos hubiera sido detectada en frontera, la unidad policial competente en materia de control de inmigración comunicará este hecho de manera inmediata a la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería que, a la mayor brevedad posible, adoptará las medidas oportunas para la identificación de la misma por agentes con formación específica, y la tramitación, en su caso, del período de restablecimiento y reflexión.

Asimismo, si procediese su regreso, éste no se ejecutará en tanto no finalice el procedimiento de identificación de la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000.

Cuando la detección se produzca durante el internamiento en un Centro de Internamiento de Extranjeros, CIE, se pondrá en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal y de la Dirección del Centro, que realizará las Gestiones oportunas ante la unidad extranjería competente para que proceda a la identificación de la misma de acuerdo con lo previsto en el presente Protocolo.

La detección se comunicará, asimismo, de forma inmediata, a la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía que solicitó el internamiento y a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, para que no se lleve a cabo la ejecución de la expulsión en tanto se procede a la identificación de la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 bis de Ley Orgánica 4/2000.

La detección en centros de internamiento de extranjeros ha sido objeto de análisis por él, ya citado, Informe del Defensor del Pueblo “Trata de seres humanos: víctimas invisibles” concluyendo de conformidad con Oficina del Alto Comisionado

para los Derechos Humanos¹⁴ que constituye un supuesto de medida contra la trata de personas que pueden repercutir negativamente en los derechos de las víctimas.

Dificultad en la identificación de las víctimas de la trata

En muchos casos, las víctimas de la trata no se reconocen a sí mismas inmediatamente como tales¹⁵. Por ello la identificación de las víctimas constituye el primero de los requisitos necesarios para garantizar que éstas puedan gozar de los derechos que deben serles reconocidos según el estándar internacionalmente establecido.

La propia complejidad y variedad del fenómeno de la trata impide que pueda haber una fórmula única y definida para determinar cuándo una persona es víctima de trata¹⁶. Dichas personas son mantenidas en la esclavitud a través de una combinación de fuerza, coacción e intimidación. Han sido engañadas sobre el trabajo, viaje, condiciones de vida, estatuto, “papeles”, tratamiento.

La propia dinámica comisiva así como los medios empleados y las finalidades, casi siempre desarrolladas en el ámbito de la ilegalidad dificultan la identificación de las mismas.

El Protocolo de Palermo apenas contiene referencia alguna a este extremo, sí lo hacen tanto el Convenio de Varsovia cuanto la Directiva 2011/36/UE.

¹⁴ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos “Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas”. 2010.

¹⁵ Ponencia efectuada en el seminario “Identificación de las víctimas de trata de seres humanos, logros y desafíos” celebrado los días 24 y 25 de junio de 2013 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

¹⁶ Red Española contra la Trata de Personas. Guía básica para la Identificación, Derivación y Protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación.

El Convenio de Varsovia contiene en su artículo número 10, referido a la identificación de las víctimas, la necesidad de contemplar tanto la necesidad de contar con personal cualificado para identificar a las víctimas como la de la adopción de medidas legales enderezadas a hacer posible dicha identificación¹⁷.

La Directiva 2011/36/UE, además de contener disposiciones específicas referidas a la identificación de las víctimas en su articulado, reconoce, ya al final del considerando 4, que deben preverse medidas como el apoyo a la elaboración de indicadores generales comunes de la Unión para la identificación de las víctimas de la trata, mediante el intercambio de buenas prácticas entre todos los partícipes, en particular los servicios sociales públicos y privados. A ello, debemos añadir el art. 11.4 de la misma¹⁸.

Por otro lado, cualquier persona que tenga conocimiento, por cualquier medio, de la existencia de un posible delito de trata o de una posible víctima del mismo, deberá presentar la oportuna denuncia ante El Ministerio Fiscal, el órgano judicial competente o la autoridad policial, de acuerdo con lo dispuesto en el Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁷ Dispone el art. 10.1 y 2 Convenio de Varsovia “1. Las partes verificarán que sus autoridades competentes disponen de personal formado y cualificado para la prevención de la trata de seres humanos y la lucha contra la misma y para la identificación de las víctimas, especialmente cuando se trate de niños y en el apoyo a las mismas y que las diferentes autoridades implicadas colaboran entre ellas, así como con las organizaciones que cumplen funciones de apoyo, con el fin de que sea posible identificar a las víctimas de un proceso que tenga en cuenta la situación específica de las mujeres y de los niños víctimas y, en los casos en los que sea pertinente, se expidan permisos de residencia de acuerdo con las condiciones del artículo 14 del presente convenio.

2 Las partes adoptarán las medidas legales o de otro tipo necesarias para identificar a las víctimas, en su caso, con la colaboración de otras Partes y de las organizaciones que desempeñen labores de apoyo. Las partes verificarán, cuando las autoridades competentes estimen que existen motivos razonables para creer que una persona ha sido víctima de la trata de seres humanos, que no se aleja de su territorio hasta que finalice el proceso de identificación como víctima de la infracción prevista en el art. 18 del presente Convenio por parte de las autoridades competentes y que goza de la asistencia prevista en el artículo 12, apartados 1 y 2”.

A tales disposiciones añade el núm. 4 del art. 10 que cuando un niño sea identificado como víctima, si no está acompañado, las partes “b. adoptarán las medidas necesarias para establecer su identidad y su nacionalidad”.

¹⁸ “Los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer los mecanismos apropiados dirigidos a la identificación, la asistencia y el apoyo tempranos a las víctimas, en cooperación con las organizaciones de apoyo pertinentes”.

CAPITULO III

Derechos de las víctimas del Delito de Trata de seres humanos.

La Directiva 2011/36/UE¹⁹ establece la necesidad de que las víctimas de la trata de seres humanos puedan estar en condiciones de ejercer sus derechos de forma efectiva.

Por tanto, se les debe prestar asistencia y apoyo antes de que empiece el proceso penal, en el transcurso del mismo y durante un período de tiempo suficiente después de finalizado. Los Estados miembros deben proveer recursos para respaldar la asistencia, el apoyo y la protección a la víctima.

Las víctimas del delito de trata y su situación administrativa.

A) La Directiva 2011/36/UE

La Directiva 2011/36/UE no se ocupa de la situación administrativa de las víctimas de la trata de seres humanos en el territorio de los Estados miembros.

No obstante será aplicable siempre que las normas comunitarias hagan referencia a la decisión marco 2002/629/JAI toda vez que la misma ha sido derogada por la Directiva 2011/36/UE y ello de conformidad con lo establecido en su artículo 21²⁰.

B) La Directiva 2004/81/CE

¹⁹ Artículo 12.

²⁰ Artículo 21 “Queda sustituida la Decisión marco 2002/629/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos para los Estados miembros que participan en la adopción de la presente Directiva, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a los plazos para la transposición de dicha Decisión marco en sus ordenamientos jurídicos.

Para los Estados miembros que participan en la adopción de la presente Directiva, las referencias a la Decisión marco 2002/629/JAI se entenderán hechas a la presente Directiva”.

La Directiva 2004/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, versa sobre a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.

Los Estados miembros están obligados a aplicar la misma a los nacionales de terceros países que sean o hayan sido víctimas de delitos relacionados con la trata de seres humanos, aun cuando hayan entrado ilegalmente en el territorio de los Estados miembros.

La misma deberá interpretarse sin perjuicio de la protección concedida a los refugiados, a los beneficiarios de una protección subsidiaria y a los solicitantes de protección internacional de acuerdo con el Derecho internacional relativo a los refugiados, y sin perjuicio de otros instrumentos sobre derechos humanos. Así como sin perjuicio de otras disposiciones relativas a la protección de las víctimas, testigos o personas especialmente vulnerables. No afecta tampoco a las prerrogativas de los Estados miembros en cuanto al derecho de residencia concedido por razones humanitarias u otras.

En cuanto al ámbito de aplicación en relación con el concepto de trata la Directiva 2004/81 en su artículo 2 establece que la trata de seres humanos abarcará los casos contemplados en la Decisión Marco 2002/629/JAI ahora bien la Decisión ha sido desplazada por la Directiva 2011/36/UE. No obstante no se plantean problemas interpretativos gracias a la aplicación del Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

Por otro lado, los Estados miembros podrán aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países que hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal.

La norma que nos ocupa se aplicará a los nacionales de terceros países interesados que hayan alcanzado la mayoría de edad establecida por la legislación del Estado miembro de que se trate.

Los Estados miembros podrán decidir aplicar la presente Directiva a los menores, por tanto, con respecto de los menores la aplicabilidad de la misma es potestativa.

Nos encontramos, por tanto, ante una norma de mínimos²¹, pues como la misma establece no impide a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más favorables para las personas cubiertas por la misma.

El principal objeto de la Directiva tiene definir las condiciones para la concesión de permisos de residencia de duración limitada, en función de la duración de los procedimientos nacionales pertinentes, a nacionales de terceros países que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o contra la ayuda a la inmigración ilegal²².

La trasposición al derecho español planteó el problema derivado del incumplimiento por parte del Estado de la obligación de incorporación, en plazo, al derecho interno de la Directiva 2004/81.

En orden a delimitar las consecuencias derivadas de la Directiva se hace preciso diferenciar dos períodos. El primero previo a la trasposición y un segundo posterior.

En el período previo a la trasposición y como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado español se planteó por la Comisión Europea un recurso de incumplimiento contra el Estado español, asunto C-266/08.

²¹ Artículo 4 Directiva 2004/81/CE.

²² Artículo 1 Directiva 2004/81/CE.

El Tribunal de Justicia, Sala Sexta, en fecha de 14 de mayo de 2009 dictó sentencia en la que declaró el incumplimiento por parte de España²³.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión de la Directiva emanó el correlativo efecto directo vertical.

Como es bien sabido la invocabilidad directa sólo podrá producirse cuando el contenido normativo de la directiva tiene la precisión suficiente para sustentar una pretensión jurídica o un derecho y que éste esté formulado de manera incondicional.

El segundo período tiene lugar una vez incorporada al derecho interno la Directiva 2004/81/CE.

La incorporación al derecho interno se realiza mediante Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

De conformidad con la regulación tenemos que diferenciar varios supuestos.

B.1.-Víctima de Trata extranjera y en situación irregular en España.

Ya el Protocolo de Palermo²⁴ reguló el régimen aplicable a las víctimas de la trata de personas en el Estado receptor.

²³ Así el fallo versaba “Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad”.

²⁴ Artículo número 7 “1. Además de adoptar las medidas previstas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda.

2. Al aplicar la disposición contenida en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte dará la debida consideración a factores humanitarios y personales”.

Las previsiones serán igualmente de aplicación a personas extranjeras menores de edad, debiendo tenerse en cuenta la edad y madurez de éstas y, en todo caso, la prevalencia del interés superior del menor.

Procedimiento

Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005.

Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre los derechos que le asisten y elevarán a la autoridad competente, para su resolución, la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.

Con carácter preliminar tenemos que patentizar el problema que se plantea con la identificación por parte de los órganos administrativos competentes de las víctimas de trata, aunque sea por vía indiciaria, cuando éstas se encuentran en situación irregular y mayor aún si se produce en el contexto de las llamadas devoluciones en caliente²⁵.

En ese contexto se vulnera por parte del Estado no sólo lo dispuesto en materia de trata de seres humanos por la normativa internacional sino también el

²⁵ Se conceptúan como devoluciones o “expulsiones en caliente” la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas.

derecho interno de nuestro país, así la normativa de la Unión Europea y la normativa sobre extranjería²⁶.

En cuanto al período de restablecimiento y reflexión que se concede a las víctimas de trata en situación irregular, éste tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal.

Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período.

Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza,

²⁶ El artículo 53 párrafo número 1 a) de la Ley Orgánica de Extranjería, 4/2000, establece como infracción grave el encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de autorización para la estancia o residencia en España.

Por su parte el artículo 57 párrafo número 1 de la Ley Orgánica de Extranjería, 4/2000 dispone que, respecto de esta infracción, “podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”.

cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

Resolución

El periodo de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida.

La denegación o revocación deberán estar motivadas y podrán ser recurridas según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente.

En la tramitación de las autorizaciones referidas en el párrafo anterior se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima.

Periodo de restablecimiento y reflexión

La Organización de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, su Manual para la lucha contra la trata de personas, subraya la importancia de dicho período “Lo ideal sería conceder a las víctimas de la trata un período de reflexión seguido de un permiso de residencia temporal o permanente, tanto si pueden o

quieren testificar como si no. Con esta protección crece la confianza de las víctimas en el Estado y en la capacidad del mismo para proteger sus intereses. Una vez recuperada, la víctima de la trata que confía en el Estado tiene más probabilidades de tomar una decisión con conocimiento de causa y de colaborar con las autoridades en el enjuiciamiento de los traficantes.”

Cuando la identificación haya sido efectuada por las unidades de extranjería, éstas elevarán, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas y previa conformidad de la víctima, la correspondiente propuesta sobre la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión a la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia donde se hubiere realizado la identificación.

La propuesta²⁷ será favorable cuando estime que existen motivos razonables para creer que el extranjero es víctima potencial de trata de seres humanos y, en tal caso, incluirá la duración del periodo de reflexión, que será de al menos treinta días y, en todo caso, deberá ser suficiente para que el extranjero pueda restablecerse y decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal o no.

Cuando la víctima haya sido identificada por otras autoridades policiales, éstas remitirán, con la mayor brevedad, a la unidad de extranjería del lugar donde se hubiera realizado la identificación, un informe motivado sobre la existencia de indicios razonables de que la persona podría ser víctima de trata de seres humanos, junto con la solicitud de establecimiento del periodo de reflexión y toda la información y documentación de interés para resolver sobre su concesión.

El Delegado o Subdelegado competente resolverá sobre la propuesta de concesión del periodo de restablecimiento y reflexión y sobre su duración en el

²⁷ La propuesta irá acompañada del expediente completo, informe de la autoridad policial sobre la situación administrativa y personal de la misma, así como de otros que pudieran obrar en el procedimiento y, especialmente, los procedentes de organizaciones dedicadas a la promoción y defensa de los derechos de las personas víctimas de trata que se hubieran aportado en éste.

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 horas²⁸.

Resolución sobre el periodo de restablecimiento y reflexión

La resolución sobre el periodo de restablecimiento y reflexión será notificada a la persona interesada, de manera inmediata y por el medio más rápido, por la Delegación o Subdelegación del Gobierno, directamente o a través de la autoridad policial que hubiera realizado la propuesta de concesión, a la que en cualquier caso se dará conocimiento de la resolución. Si dicha autoridad policial no fuera la misma que inició la investigación, la resolución será igualmente comunicada a esta última, así como a la que tenga a la víctima bajo su custodia.

La resolución, de ser favorable, hará mención expresa, entre otros extremos, a la decisión de suspender temporalmente el procedimiento sancionador que hubiera sido incoado o la ejecución de la medida de expulsión o devolución que hubiera sido acordada en relación con la infracción prevista en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Igualmente, supondrá la propuesta a la autoridad judicial competente de la puesta en libertad del extranjero en caso de que se hubiera acordado la medida cautelar de su ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros.

En caso de que el procedimiento sancionador o la medida de expulsión o devolución suspendida fuera competencia de otro Delegado o Subdelegado del Gobierno, se le dará comunicación de la resolución de concesión del periodo de restablecimiento y reflexión, a los efectos que procedan en virtud de lo establecido en el párrafo anterior.

²⁸ Los plazos establecidos en este apartado serán computados desde la fecha de recepción de la propuesta en la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente.

La resolución por la que, en su caso, se conceda el periodo de restablecimiento y reflexión autorizará la estancia del extranjero en territorio español por la duración que se haya determinado para éste.

Garantías

Durante el periodo de restablecimiento y reflexión, la autoridad policial competente, de acuerdo con los criterios establecidos en el Protocolo previsto en el artículo 140, velará por la seguridad y protección de la persona. Igualmente, garantizará que la misma conozca la posibilidad que le asiste de ser derivada a las autoridades autonómicas o municipales competentes en materia de asistencia social.

Exención de responsabilidad

Establece la Ley Orgánica de Extranjería que “La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente²⁹”.

La autoridad con la que la víctima de trata de seres humanos estuviera colaborando en el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal, podrá proponer al Delegado o Subdelegado competente la exención de responsabilidad de la misma en relación con la infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

²⁹ El Reglamento desarrolla esta previsión en su artículo 143.

Dentro del régimen sancionador de extranjería, el ordenamiento jurídico español contempla, también, un trato de favor a aquellos extranjeros que hayan sido víctimas del tráfico ilegal, se entienda incluida la trata de personas y colaboren con las autoridades contra las redes organizadas.

El artículo 59.1 de la Ley de Extranjería, se refiere a la cooperación o delación de los inmigrantes que hayan sido víctimas, perjudicados o testigos en un acto de tráfico ilegal de trabajadores o de explotación en la prostitución, no serán sancionados administrativamente ni expulsados del país si denuncian a los autores o colaboradores de dicho tráfico; o cooperen con los funcionarios competentes, proporcionando “datos esenciales” y testificando en el proceso correspondiente. En estos supuestos, el instructor del expediente sancionador contra el extranjero víctima que colabora con la justicia podrá promover al órgano competente la exención de responsabilidad y la no expulsión del país.

Los requisitos exigidos para beneficiarse de esta opción pueden sistematizarse del siguiente modo: Denunciar a los autores frente a las autoridades o cooperar o colaborar con los funcionarios policiales competentes.

Si se cumple uno de esos requisitos, la autoridad gubernativa podrá, a elección del extranjero: a) Facilitarle el retorno a su país, b) Eximirle de responsabilidad administrativa y ordenar la suspensión de la posible medida de expulsión impuesta. Asimismo se concederá una autorización de residencia temporal por razones excepcionales.

A lo largo de este período de cooperación, la Administración proporcionará a la persona extranjera atención jurídica y social, sin perjuicio de los medios de protección que pueda acordar el juez de instrucción según lo establecido en la Ley Orgánica 19/94 de 23 de Diciembre de protección de testigos y peritos en causas criminales. El Ministerio Fiscal, por su parte, podría recomendar a la autoridad administrativa la inejecución de una orden de expulsión ya decretada, o en caso de haberse ejecutado, la autorización de regreso si considerase imprescindible la presencia del extranjero para practicar diligencias judiciales.

Sin perjuicio de expuesto y en atención a la situación personal de la víctima, el Delegado o Subdelegado del Gobierno podrá determinar de oficio la exención de responsabilidad.

De determinarse la no exención de responsabilidad, se levantará la suspensión del procedimiento sancionador o de la ejecución de la medida de expulsión o devolución.

En caso de que el procedimiento sancionador o la medida expulsión o devolución suspendida fuera competencia de otro Delegado o Subdelegado del Gobierno, se le dará comunicación de lo decidido sobre la exención de responsabilidad del extranjero a los efectos de archivar el procedimiento, de continuarlo o de revocar la medida de expulsión o devolución decretada.

Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, la continuación del procedimiento sancionador estará igualmente condicionada, en caso de que el extranjero inicie un procedimiento de solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, alegando la concurrencia de un supuesto distinto al previsto en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, a la resolución del mismo.

Autorización de residencia y trabajo

Determinada, en su caso, la exención de responsabilidad, el órgano que hubiera dictado la resolución en tal sentido informará al extranjero de la posibilidad que le asiste de presentar una solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, dirigida al titular de la Secretaría de Estado de Seguridad o de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, en función de que la motivación resida, respectivamente, en la colaboración de la víctima en la investigación del delito o en su situación personal.

De haberse determinado la exención de responsabilidad en base a una doble concurrencia de las circunstancias citadas, se le informará de la posibilidad que le asiste de iniciar sendos procedimientos de solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales.

La solicitud de autorización³⁰, será presentada ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno que hubiera determinado la exención de responsabilidad, podrá ser presentada por el extranjero personalmente o a través de representante.

Asimismo dará traslado inmediato de la solicitud a la Secretaría de Estado competente para su resolución, adjuntado informe sobre la situación administrativa y personal del extranjero y sobre el sentido de la resolución.

La remisión de la solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, en caso de incluir informe favorable a la concesión, supondrá la concesión de autorización provisional de residencia y trabajo por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, para la cual no será necesario que el interesado presente una nueva solicitud.

Por otro lado comunicará al interesado el traslado de la solicitud a la Secretaría de Estado competente para su resolución y le notificará la concesión o no de la autorización provisional de residencia y trabajo.

La autorización provisional implicará la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial, y tendrá eficacia desde el momento de la notificación de su concesión y hasta que se dicte resolución sobre la solicitud de autorización realizada.

En el plazo de un mes desde su concesión, el titular de la autorización provisional habrá de solicitar, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía correspondientes, la Tarjeta de Identidad de Extranjero³¹. Dicha tarjeta hará constar que su titular está autorizado a residir y trabajar en

³⁰ Salvo concurrencia de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 59 bis párrafo número 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la solicitud irá acompañada de la siguiente documentación a) Copia del pasaporte completo, o título de viaje, en vigor, del extranjero. En su caso, este documento será sustituido por cédula de inscripción, en vigor.

b) En su caso, documento público por el que se otorgue la representación legal en favor de la persona física que formule la solicitud.

³¹ La Tarjeta de Identidad de Extranjero será renovable con carácter anual.

España, pero no su carácter provisional ni su condición de víctima de trata de seres humanos.

Resuelto favorablemente el procedimiento sobre la autorización definitiva por el titular de la Secretaría de Estado competente, la autorización de residencia y trabajo tendrá vigencia de cinco años e implicará la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial.

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de su titular de acceder en el curso de éstos a la situación de residencia de larga duración, previa solicitud, a cuyo efecto se computará, en su caso, el tiempo durante el que hubiera sido titular de una autorización provisional concedida en base a este artículo³².

La denegación de la autorización de residencia y trabajo supondrá la pérdida de vigencia de la autorización provisional que se hubiera podido conceder, sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso. En este caso, la titularidad de la autorización provisional no podrá ser alegada de cara a la obtención de la condición de residente de larga duración.

Ello, sin perjuicio de la posibilidad de que el extranjero inicie un procedimiento de solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, alegando la concurrencia de un supuesto distinto al previsto en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000.

Lo establecido tampoco afectará al derecho que asiste al extranjero de solicitar y disfrutar de protección internacional.

³² En el plazo de un mes desde su concesión, su titular habrá de solicitar, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía correspondientes, la Tarjeta de Identidad de Extranjero. Dicha tarjeta hará constar que su titular está autorizado a residir y trabajar en España, pero no su condición de víctima de trata de seres humanos.

El Defensor del Pueblo en el seguimiento del informe³³ presentado en septiembre de 2012 “Trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles” señala que con ocasión de las quejas recibidas, ha constatado, que en un importante número de ocasiones, la colaboración de las víctimas no es considerada suficiente desde el punto de vista policial al no aportar datos esenciales, por desconocimiento o cualquier otra circunstancia.

Estas situaciones dejan a la víctima en una situación de indefensión y de riesgo que puede llegar a ser superior a la que existía antes de colaborar con las autoridades.

Por ello formula como recomendación que autoridades competentes para la resolución de estas autorizaciones de residencia por situación personal de las víctimas tengan en cuenta los informes emitidos por la entidades especializadas que atienden a las víctimas.

2.-Víctima de Trata extranjera y en situación regular en España.

En este caso habrá de atenderse al momento de expiración del permiso para adoptar la medida más conveniente para la víctima de conformidad con esa fecha.

3.-Retorno voluntario

El Protocolo de Palermo establece, en su artículo 8, las obligaciones del Estado parte del que sea nacional la víctima y del Estado que acuerde la repatriación.

Obligaciones que se entenderán, sin perjuicio de cualquier acuerdo o arreglo bilateral o multilateral aplicable que rijan, total o parcialmente, la repatriación de las víctimas de la trata de personas.

³³El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica:

http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Actualizacion_informe_trata_octubre_2013.pdf

A) El Estado Parte del que sea nacional una víctima de la trata de personas o en el que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor facilitará y aceptará, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad.

Cuando lo solicite un Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si la víctima de la trata de personas es uno de sus nacionales o tenía derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor.

B) Cuando un Estado Parte disponga la repatriación de una víctima de la trata de personas a un Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor, velará por que dicha repatriación se realice teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona es una víctima de la trata, y preferentemente de forma voluntaria.

C) A fin de facilitar la repatriación de toda víctima de la trata de personas que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.

Reagrupación familiar y Trata de Seres Humanos

La especial crudeza de los medios comisivos presentes en el delito de trata, prescritos en el tipo básico del artículo 177 bis de nuestro Código Penal, “violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o

recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima” y el absoluto ataque a la dignidad de las víctimas hacen que algunos de ellos se empleen no sólo en las víctimas sino también en sus familiares.

En el caso del empleo de intimidación resulta especialmente relevante el uso del vudú por las redes de tratantes africanas³⁴. Aunque bajo el comúnmente llamado “vudú” se engloben prácticas muy diferentes.

En el caso de presencia de violencia la propia Fiscalía española, especializada en materia de extranjería, establece “El término violencia abarca cualquier tipo de uso de la fuerza o coacción y, en su caso, el rapto; la intimidación comprende la amenaza; el engaño el fraude y, en su caso, el rapto. El abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad según reiterada interpretación jurisprudencial abarca no sólo las situaciones de prevalimiento del sujeto activo con la víctima sino también de inferioridad de la víctima producida por una variedad de causas”³⁵.

El temor por parte de de víctimas de trata a que sus familiares puedan ser objeto de cualquier tipo de violencia, como de hecho ocurre, no tiene el óptimo acogimiento en el contexto de la Ley Orgánica de Extranjería³⁶ en materia de reagrupación familiar.

Con relación a las víctimas de trata en 2013, una reagrupación familiar excepcional y preferente de una mujer víctima de la trata y testigo protegido por su colaboración con las autoridades y su hijo menor, el cual estaba siendo objeto de amenazas en su país de origen, Nigeria.

³⁴ Así en Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2005 se analiza la concurrencia de brujería y en las de 8 de junio de 2005, 9 de junio de 2005, 22 de septiembre de 2005, 27 de octubre de 2005 y 25 de noviembre de 2005 la utilización de vudú.

³⁵ FISCALÍA ESPECIALISTA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los derechos contra los ciudadanos extranjeros. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (p. 7).

³⁶ Artículos 16 y siguientes

CAPÍTULO IV

Víctimas de trata de seres humanos menores de edad

El artículo 3.c) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional³⁷ se considerará trata de personas la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño³⁸ con fines de explotación.

Esto es, no será necesario que cualquiera de esas acciones se realice recurriendo a los medios a los que se refiere el apartado a) del mismo artículo.

La Directiva 2011/36/CE que debe prestarse una atención especial a los menores no acompañados víctimas de la trata de seres humanos, ya que necesitan asistencia y apoyo específicos por razón de su situación de vulnerabilidad particular.

Lo que se concreta en todas las situaciones en que se pueda encontrar un menor, así desde el momento en que se constate que un menor no acompañado es víctima de la trata de seres humanos, y hasta que se halle una solución permanente.

Durante ese período los Estados miembros deberán aplicar medidas de acogida adecuadas a las necesidades del menor y garantizar que se apliquen las correspondientes garantías procesales.

Es importante adoptar en el plazo más breve posible, una decisión sobre el futuro de cada uno de los menores no acompañados víctimas, con objeto de hallar soluciones duraderas basadas en una evaluación individual del interés superior del menor, que debe ser la consideración primordial. Una solución duradera puede ser el retorno y la reintegración al país de origen o al país de retorno, la integración en la

³⁷ Aprobado mediante la Resolución de la Asamblea General de las NNUU 55/25, de 15 de noviembre de 2000.

El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltraffic_sp.pdf

³⁸ Artículo 3 apartado d) se entiende por niño al menor de 18 años.

sociedad de acogida, la concesión del estatuto de protección internacional o la concesión de otro estatuto con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro.

Las víctimas menores de la trata de seres humanos se encuentran en una concretísima situación de vulnerabilidad. Ello exige impone al Estado, un reforzamiento de las medidas tendentes a su identificación y protección.

Compartimos el criterio de Pérez González³⁹ cuando considera que las víctimas de la trata de seres humanos permanecerán a menudo invisibilizadas si el Estado no adopta una actitud proactiva en relación con su identificación y protección. El principio de diligencia debida puede resultar muy útil a la hora de concretar las obligaciones que del propio Estado se derivarían en este ámbito.

Determinación de la minoría de edad

El artículo 13.2 de la Directiva 2011/36/CE establece que “Los Estados miembros garantizarán que, cuando la edad de una persona que haya sido víctima de la trata de seres humanos sea incierta y existan razones para creer que es un menor, sea considerada como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia, apoyo y protección de conformidad con los artículos 14 y 15”.

Esta previsión no ha sido objeto de incorporación al derecho interno lo que no obsta para que goce de eficacia directa de conformidad con las normas de Derecho de la Unión.

De facto no está exenta de complicaciones por la dificultad de identificación de las víctimas agravada porque las víctimas de trata en un porcentaje muy elevado forman parte de los llamados “flujos mixtos” lo que significa que en los casos de trata transnacional junto con las víctimas de trata podrán intentar traspasar las fronteras de nuestro país inmigrantes en situación administrativa irregular o solicitantes de protección internacional.

³⁹ Pérez González, C. La protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos: algunas precisiones en torno al principio de diligencia debida. LEX N° 13 - AÑO XII - 2014 - I / ISSN 1991 – 1734 págs 69-88.

Desde otra perspectiva no podemos dejar de mencionar el problema que se suscitará con las llamadas devoluciones en caliente al que ya hemos hecho referencia.

Principio de igualdad de los menores

Los menores no pueden ser objeto de distinción a efectos de su protección en razón a su nacionalidad. Debe a estos efectos partirse de la Convención de Derechos del Niño y ello con la eficacia especial que le confiere la Constitución conforme a los arts. 10 y 39 CE.

La Convención de Derechos del Niño prohíbe cualquier discriminación de los niños por razón de su nacionalidad⁴⁰.

Desde la perspectiva de la Convención de Derechos del Niño y de la Ley Orgánica Protección Jurídica del Menor cabe afirmar que, con independencia de su nacionalidad, todos los menores son acreedores de la protección integral de los poderes públicos⁴¹.

A la víctima menor de edad se le prestará inmediatamente asistencia, apoyo y protección.

Las medidas que se adopten estarán dirigidas a su seguridad, su recuperación física y psicosocial, su educación y a encontrar una solución duradera a su caso.

Estas medidas deberán estar fundadas en la especial vulnerabilidad de la víctima de trata menor de edad y se emprenderán tras una evaluación individual de las circunstancias específicas de la víctima y teniendo en cuenta su opinión, necesidades e intereses.

Entre las medidas de asistencia a víctimas de trata menores de edad, se deberán establecer mecanismos de acompañamiento que garanticen el retorno

⁴⁰ Artículo 2.1 Convención Derechos del Niño.

⁴¹ Arts. 1, 10.3 y 10.4 Ley Orgánica Protección Jurídica del Menor.

asistido al lugar de procedencia, incluido el retorno de las víctimas menores de edad procedentes de países de la Unión Europea, prevaleciendo el interés superior del menor y la valoración entre las condiciones de retorno del beneficio del ámbito familiar para su recuperación⁴².

La institución pública responsable de la tutela legal de una víctima menor de edad o el Ministerio Fiscal podrán proponer su derivación a recursos específicos para víctimas de trata de seres humanos por razones de protección o de asistencia especializada.

Estos recursos deberán garantizar la debida separación entre menores y mayores de edad.

1.- Víctimas menores extranjeras no acompañadas

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 dedica a esta cuestión su capítulo III bajo la rúbrica “Menores extranjeros no acompañados”.

Se entenderá por menor extranjero no acompañado⁴³ “el extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”.

La situación de menores extranjeros en situación de desamparo, según el Consejo de Europa⁴⁴ existirá “cuando concurren los siguientes requisitos: menor de

⁴² Protocolo Marco protección Víctimas del delito de trata.

⁴³ Artículo 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

⁴⁴ Resolución 97/ C221 de 26 de junio de 1997.

18 años, nacionales de un país distinto del Estado en que se encuentren, y que no estén acompañados por un adulto”.

La complejidad del estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados deriva de la concurrencia en los mismos de dos circunstancias superpuestas, a saber, la minoría de edad y la extranjería.

“Esta yuxtaposición normativa no debe empañar el enfoque general de que todo el Derecho de Menores debe ser interpretado conforme al principio del superior interés del menor, asumido tanto a nivel interno -conforme al art. 2 LOPJM en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir- como a nivel internacional -el art 3 CDN establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño-.

En el mismo sentido, el art. 8 párrafo número 14 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de Derechos del Niño declara que *“toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses⁴⁵”*.

El contenido del capítulo deberá interpretarse sin perjuicio de la posibilidad de que el menor extranjero no acompañado pueda cumplir los requisitos establecidos en los artículos 59 y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o en la normativa española en materia de protección internacional.

En cuanto a las pautas hermenéuticas de conformidad con el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna deberá ser guiada por los Convenios Internacionales suscritos por España que, a la sazón, son vinculantes para el Estado español.

⁴⁵ Rosa Cortina, José Miguel de la. Los menores inmigrantes y las instituciones de protección. Cuadernos Digitales de Formación nº 10, 2009. Poder Judicial.

Así la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990, ya en su artículo primero se refiere a la definición de menor o niño como "todo ser humano menor de 18 años de edad".

Y en el artículo segundo se manda a los Estados que les "protejan contra toda forma de discriminación, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

2.-Víctimas menores extranjeras acompañadas cuya filiación no resulte acreditada.

Aborda esta cuestión el Dictamen 2/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre tratamiento a dar a menores acompañados cuya filiación no resulte acreditada y la Instrucción 2/2013 sobre actuaciones a realizar ante la detección de menores extranjeros no acompañados o que se encuentren en situación de riesgo de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

La cuestión se contextualiza en el problema de fondo que se basa en las sospechas de, basadas en indicios ciertos de que en algunos de estos casos de traslado de menores se esconden actividades delictivas de trata de seres humanos.

Esta realidad se constata en un notable incremento en las cifras de mujeres que alcanzan las costas españolas, bien con menores lactantes, bien en avanzado estado de gestación⁴⁶.

⁴⁶ Nota de Prensa del Cuerpo Nacional de Policía de fecha 29-marzo-2014. "Agentes de la Policía Nacional han desarticulado una organización criminal formada mayoritariamente por ciudadanos nigerianos que se dedicaba a introducir mujeres subsaharianas en España de forma ilegal. Para asegurarse de que las autoridades españolas no las devolvieran a sus países de origen al interceptar las pateras en las que llegaban, la organización procuraba que las mujeres viajaran en avanzado estado de gestación o acompañadas de hijos de muy corta edad. Incluso, en algunas ocasiones, los miembros de la red entregaban niños a las mujeres para que se hicieran pasar por sus madres al atravesar el Estrecho de Gibraltar. Una vez en suelo español, las mujeres eran obligadas a ejercer la prostitución en beneficio de la organización. Algunas de ellas eran enviadas a clubes de alterne clandestinos donde, además de

Debe partirse de que en estos casos concurren dos circunstancias importantes, la primera es la de que si no existe documentación veraz del vínculo de filiación las autoridades españolas no pueden dar por acreditada “sic et simpliciter” tal circunstancia por las simples manifestaciones de los adultos con los que viajan los menores.

La segunda es la de que el hecho de entrar en España irregularmente, utilizando vías o medios peligrosos, sin documentación, sin seguir los cauces legales y sin arraigo, puede objetivamente considerarse ya de por sí para el menor afectado como situación de riesgo, que exige que los poderes públicos se preocupen de la situación del mismo y garanticen su seguridad y bienestar⁴⁷.

En este contexto, los particulares, las autoridades y los funcionarios que intervengan cuando se detecte a estos menores que han accedido irregularmente a España sin autorización deben, en cumplimiento de la obligación que imponen los arts. 13 y 14 Ley Orgánica de Protección Menor, poner los hechos en conocimiento del Fiscal y de la Entidad Pública de Protección de Menores competente.

Debe exigirse de la Entidad Pública que haga un seguimiento de estos menores, y que, ante cualquier indicador adicional que pueda hacer sospechar que el alegado vínculo de filiación pudiera ser inexistente, realice gestiones tendentes a esclarecer estos extremos.

explotarlas sexualmente, permanecían encerradas bajo llave en pésimas condiciones higiénicas durante el tiempo que no estaban ejerciendo la prostitución.

Las pruebas de ADN acreditaron que a alguna de las víctimas les entregaban niños para que se hicieran pasar por sus madres al atravesar el Estrecho de Gibraltar y así evitar ser devueltas a su país de origen

Una vez en España, las mujeres eran enviadas a los clubes donde eran obligadas a prostituirse, principalmente de Barcelona y Almería, y en los que permanecían encerradas en pésimas condiciones higiénicas

Hay diez personas detenidas y se ha logrado liberar a seis víctimas de la red a las que se les ha aplicado las medidas de protección y asistencia establecidas, quedando los menores sin relación materno-filial bajo la protección de los servicios asistenciales”.

⁴⁷ Artículo. 17 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

A tales efectos, y a fin de disipar dudas, podrá la Entidad -si no se ha llevado a cabo antes- ofrecer a la persona que alega ser padre o madre la realización voluntaria de pruebas de ADN.

El rechazo injustificado de quien alega ser padre o madre a tal ofrecimiento debe activar la actuación de la Entidad Pública en protección de unos menores respecto de los que -recordemos- por un lado no existe ninguna constancia de quienes sean sus progenitores y por otro, se encuentran ya en situación de riesgo.

En estos casos deberá como regla general interesarse de la Entidad Pública la asunción de la tutela automática del menor.

La misma pauta general habrá de seguirse lógicamente si las pruebas de ADN ponen de manifiesto la inexistencia de vínculo de filiación entre el menor y quien manifestaba ser su progenitor.

Es claro que tampoco puede el sistema de protección desentenderse de velar por la seguridad de estos menores aunque no existan dudas sobre la existencia del vínculo de filiación. También en estos casos, si los menores se encuentran privados de la necesaria asistencia material o moral o si existen sospechas de que puedan ser objeto de trata, habrán de activarse de inmediato los mecanismos de protección de menores, mediante la adopción de las medidas que en cada caso aconsejen las concretas circunstancias concurrentes.

La práctica pone de manifiesto que en los Centros de Acogida de Inmigrantes se detectan con relativa frecuencia situaciones de desapego de quienes dicen ser sus padres respecto de los menores que viajan con los mismos⁴⁸.

⁴⁸ Tras la comprobación, por el Centro de Internamiento de Inmigrantes de Melilla, que algunos de los menores residentes en el Centro de Internamiento de Inmigrantes no tenían relación de parentesco con los adultos que los acompañaban, se elaboró un protocolo de actuación, entre Actuación conjunta de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, Centro de Estancia Temporal para Inmigrantes, Fiscalía, y Dirección General de Menor y la Familia de la Consejería de Bienestar Social de la Ciudad Autónoma de Melilla, con el fin de actuar en aquellos casos en los que existan indicios de inexistencia de vínculo de filiación, para lo que se ofrece la realización de pruebas voluntarias de ADN.

Tampoco podrán desentenderse las Entidades Públicas de velar por la efectiva protección del *nasciturus*, en caso de mujeres embarazadas respecto de las que se sospeche que están siendo víctimas de trata.

Debemos diferenciar entre las Comunidades con normativa sobre la materia y las que carecen de la misma. Entre las primeras, expresamente la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja dispone en su art. 32.4 que la Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo y en el mismo sentido el art. 52.2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, en el País Vasco dispone que cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que pelagra el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento.

Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

En las Comunidades que carecen de un precepto expreso sobre el concebido y no nacido, deberán seguirse criterios similares, pues de conformidad con una interpretación teleológica de las disposiciones de la Ley Orgánica Protección Jurídica Menor y sistemática, en relación con el art. 29 CC habilitará para protegerlos en estos casos⁴⁹.

En cualquier caso la colaboración de las entidades que gestionan los Centros de Acogida de Inmigrantes es especialmente importante para asegurar la protección de estos menores.

⁴⁹ Las medidas a arbitrar y los seguimientos a realizar en estos supuestos dependerán de las circunstancias del caso concreto.

3.-Aspectos procesales comunes

Determinación de la edad

En aras de garantizar la no reiteración nos remitimos a lo ya expuesto sobre el artículo 13 de la Directiva 2011/36/CE.

Debemos distinguir varios supuestos, el primero se refiere a la minoría de edad indubitada y el segundo a la minoría de edad dudosa.

1.-Minoría de edad indubitada

Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

2.-Minoría de edad dudosa

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.

En el Decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

A.-Medidas a adoptar

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre.

La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación.

Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

B.-Información

Tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita.

La Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores No Acompañados en Europa del Alto Comisionado de Naciones Unidas y la

Organización Save The Children, del año 2004, establece que: “ un menor no acompañado sólo puede ser devuelto si se considera que la devolución se hace en garantía del interés superior del menor y que todas las demás consideraciones, entre ellas la lucha contra la inmigración ilegal, son secundarias respecto a este principio que es la piedra angular de los derechos de los menores”.

C) Procedimiento

C.1.-Competencia sobre el procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado y actuaciones previas

Las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno serán los Centros directivos competentes para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero no acompañado, previstos en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y en los Acuerdos bilaterales suscritos por España sobre la materia.

La competencia atribuida a la Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno incluirá la práctica de las actuaciones informativas previas y, en su caso, la incoación, tramitación y resolución del procedimiento regulado en este artículo.

La competencia se determinará por el territorio en que se halle el domicilio del menor.

El Centro directivo que inicie el procedimiento lo comunicará a la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia donde esté ubicada la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, cuando su domicilio no coincida con el del menor.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno solicitará, través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, informe de la representación diplomática del país de origen del menor sobre las circunstancias familiares de éste. En caso de que dicho país no cuente con representación diplomática en España, el informe será solicitado a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios.

De cada solicitud y actuaciones posteriores se dará cuenta a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y, en su caso, a la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios.

Sin perjuicio del informe reseñado en el apartado anterior, la Delegación o Subdelegación del Gobierno requerirá de la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda cualquier información sobre la situación del menor. Dicha información será igualmente requerida a la Administración autonómica del territorio en el que el menor tenga su domicilio, así como a aquella donde está ubicada la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda.

La solicitud de informe⁵⁰ responderá a un modelo tipo, a elaborar conjuntamente por las Secretarías de Estado de Inmigración y Emigración y de Seguridad. Se solicitarán, entre otros datos, los relativos a la filiación del menor y a las circunstancias sociales y familiares de su entorno en el país de origen.

C.2.- Procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado.

Incoación

El Delegado o Subdelegado de Gobierno competente acordará la incoación del procedimiento de repatriación del menor cuando, según las informaciones recibidas de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior, se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta

⁵⁰ En la solicitud de informe se hará constar la necesidad de que, de decidir la representación diplomática del país de origen sustituir la información sobre la familia por la relativa a sus servicios de protección del menor, la contestación refleje expresamente el compromiso por escrito de la autoridad competente del país de origen de asumir la responsabilidad sobre el menor.

a disposición de los servicios de protección de su país de origen. La incoación del procedimiento deberá grabarse en la aplicación informática correspondiente.

En el acuerdo de iniciación se hará constar expresamente la identidad del menor y la existencia de informe de las autoridades competentes del país de origen.

El acuerdo de incoación del procedimiento será notificado inmediatamente al menor, al Ministerio Fiscal y a la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. Asimismo, cualquier actuación o incidencia que se produzca en el curso de procedimiento será comunicada al Ministerio Fiscal a la mayor brevedad posible.

Al mismo tiempo, el menor será informado por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no comprende o habla el idioma español.

Alegaciones y determinación del periodo de prueba.

Comunicado el acuerdo de incoación del procedimiento se iniciará un periodo de diez días hábiles a computar desde el siguiente a la correspondiente notificación, en el que el menor extranjero, la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, el Ministerio Fiscal podrán formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados.

Si el menor ha alcanzado la edad de dieciséis años podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe. En caso de que no haya alcanzado dicha edad, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda.

No obstante, cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que

pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente.

Corresponderá al Ministerio Fiscal, al propio menor o a cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio instar de la autoridad judicial competente el nombramiento de dicho defensor.

Durante el trámite de alegaciones la Delegación o Subdelegación del Gobierno recabará informe del servicio público de protección de menores sobre la situación del menor en España, así como cualquier información que pueda conocer sobre la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio cuando la misma no se hubiera presentado con anterioridad. El informe habrá de ser emitido en el plazo máximo de diez días desde su solicitud.

Cuando los hechos alegados por el menor, su representante legal o defensor judicial o por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda tuvieran relevancia decisiva para la adopción del acuerdo de repatriación, el instructor del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, acordará la apertura de un periodo de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas sean pertinentes.

En caso de apertura de un periodo de pruebas a instancia de parte, el instructor del procedimiento podrá suspender el transcurso del plazo para la resolución de éste durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

Asimismo, el Ministerio Fiscal emitirá informe, a la mayor brevedad posible, a cuyos efectos el instructor del procedimiento le remitirá la documentación que obre en el expediente.

Trámite de audiencia y resolución del procedimiento.

Tras la incorporación al expediente de los informes mencionados en los artículos 190 y 191 y, en su caso, el resultado de la prueba practicada, el Delegado o Subdelegado del Gobierno dará inicio al trámite de audiencia. En dicho trámite se

garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación.

Al trámite de audiencia serán convocados el Ministerio Fiscal, el tutor y, en su caso, el defensor judicial o el representante designado por el menor.

La audiencia se documentará en acta, que será suscrita por los presentes y a la que se incorporarán como anexo cuantos documentos y justificantes se aporten.

Realizado el trámite de audiencia, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España.

La resolución establecerá si la repatriación será realizada en base a la reagrupación familiar o mediante su puesta a disposición de los servicios de protección del menor de su país de origen.

La resolución pondrá fin a la vía administrativa y será grabada en la aplicación informática correspondiente para su constancia en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. Será notificada, en el plazo de diez días, al menor o, en su caso, a su representante. En el mismo plazo, será comunicada al tutor del menor y al Ministerio Fiscal.

En la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención a la necesidad de solicitar, de acuerdo con lo previstos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa.

El plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento será de seis meses desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento.

Ejecución de la repatriación.

Sin perjuicio de las funciones del Cuerpo Nacional de Policía en la ejecución de la resolución, el menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen.

En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de repatriación, la ejecución de ésta estará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.

La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación, salvo en lo relativo al desplazamiento del personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor.

D.-Residencia del menor extranjero no acompañado

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

La Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia.

En caso de inicio de oficio o por orden superior, la Oficina de Extranjería comunicará al menor el acuerdo de inicio del procedimiento a través del servicio de protección de menores bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o

guarda se encuentre, interesando la aportación de la siguiente documentación, que igualmente será la que deberá ser aportada junto a la solicitud en los casos de inicio a instancia de parte:

a) Copia completa del pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, del menor. En su caso, este documento será sustituido por cédula de inscripción del menor, en vigor.

b) Documento acreditativo de que la persona física que interviene en el procedimiento tiene competencia para ello en representación del servicio de protección de menores.

c) Documento acreditativo de la relación de tutela legal, custodia, protección provisional o guarda entre el menor y el servicio de protección de menores.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno resolverá sobre el procedimiento y notificará la resolución al menor en el plazo máximo de un mes. La resolución será comunicada al Ministerio Fiscal en el plazo de diez días desde que se dicte.

El representante del menor deberá solicitar personalmente, en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución, y ante la Oficina de Extranjería correspondiente, la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

La autorización de residencia tendrá una vigencia de un año, retrotrayéndose su eficacia a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se determinó la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores.

La autorización de trabajo concedida de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1.i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tendrá la duración de la actividad en relación con la cual haya sido concedida, salvo que ésta exceda del tiempo que reste de vigencia de la autorización de residencia.

El procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de

expiración de su vigencia. El inicio del procedimiento prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.

Procederá la renovación de la autorización cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial.

La vigencia de la autorización renovada será de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

E) Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado

A) Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia.

En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores tenga la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia concedida en base al artículo anterior, su titular podrá solicitar la renovación de la misma en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.

También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

La autorización será renovada de acuerdo con el procedimiento para la renovación de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, con las siguientes particularidades:

a) La cuantía a acreditar como medios económicos para su sostenimiento se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.

b) Podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado tras la valoración de los siguientes aspectos:

- a) El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección.
- b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado.
- c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes.
- d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española.
- e) La continuidad en los estudios.
- f) La existencia de una oferta o contrato de trabajo.
- g) La participación en itinerarios de formación.

La vigencia de la autorización renovada será de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

En el plazo de un mes desde la notificación de la resolución por la que se renueva la autorización, su titular deberá solicitar la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero.

En el momento de su acceso a la mayoría de edad o durante cualquier momento posterior, podrá ser solicitada la modificación de la autorización de residencia vigente de cara a la obtención de una autorización de residencia y trabajo, en los términos establecidos en el artículo 200 de este Reglamento. A los efectos de

dicha modificación, podrán ser presentados uno o más contratos de trabajo de vigencia sucesiva.

B.-Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia.

En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia prevista en el artículo 196 de este Reglamento y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales.

Sin perjuicio de lo anterior, y de que la recomendación de la entidad habrá de acompañar a la solicitud de autorización, ésta será presentada personalmente por el extranjero durante los sesenta días naturales previos o en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años.

Igualmente, habrá de acreditar, alternativamente:

a) Que cuenta con medios económicos suficientes para su sostenimiento, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.

b) Que cuenta con un contrato o contratos de trabajo de vigencia sucesiva respecto a los que se reúnen los requisitos establecidos en los apartados b), c), d), e) y f) del artículo 64.3 de este Reglamento.

c) Que reúne los requisitos establecidos en los apartados a), b) c) y d) del artículo 105.3 de este Reglamento de cara al ejercicio de una actividad por cuenta propia. No obstante, la rentabilidad esperada del proyecto deberá ser, como mínimo, una cantidad para garantizar los gastos relativos a su manutención y alojamiento que represente mensualmente el 100% del IPREM.

En caso de concesión de la autorización en base a lo previsto en los apartados b) y c) anteriores, ésta conllevará una autorización de trabajo y su vigencia estará

condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución.

En el marco del procedimiento se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, en los términos previstos en el apartado 3 del artículo anterior.

E.-Registro menores extranjeros no acompañados:

El Registro de menores extranjeros no acompañados fue creado por el artículo 111 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 y reformado por la Ley Orgánica 2/2009 . El Reglamento de Extranjería, 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, en su artículo 215⁵¹, establece el régimen jurídico del Registro de Menores Extranjeros.

⁵¹ Registro de menores extranjeros no acompañados. Artículo 215.

“1. En la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil existirá un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal por el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor. El Registro contendrá en asientos personales, individualizados y numerados, los siguientes datos referentes a la identificación de los menores extranjeros no acompañados, documentados e indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización o haya sido determinada por Decreto del Ministerio Fiscal:

- a) Nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia.
- b) Tipo y numeración de la documentación identificativa del menor.
- c) Su impresión decadastral, datos fisonómicos y otros datos biométricos.
- d) Fotografía.
- e) Datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal. En su caso, datos modificados por posterior Decreto.
- f) Centro de acogida o lugar de residencia.
- g) Organismo público u organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle.
- h) Traslados del menor entre Comunidades Autónomas.
- i) Reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata.
- j) Fecha de solicitud de la autorización de residencia.
- k) Fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia.
- l) Cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

2. Los servicios competentes de protección de menores a los que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a través de las Oficinas de

La innovación más importante introducida por el Nuevo Reglamento de Extranjería consiste en atribuir a la Fiscalía General del Estado la responsabilidad de coordinar el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal por el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor.

Con este objeto se dicta la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 29 de marzo, sobre la coordinación del registro de menores extranjeros no acompañados, a la que habrán de ajustarse los Fiscales, advirtiendo que ha sido redactada tomando en consideración la nueva normativa interna policial sobre gestión -tanto organizativa como tecnológica-del Registro de Menores Extranjeros no acompañados.

Naturaleza Registro

De conformidad con el artículo 215 Reglamento de Extranjería el registro⁵² tendrá naturaleza administrativa a efectos exclusivos de identificación de los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España y es instrumental en relación con las diligencias y procedimientos regulados por el artículo 35 Ley Orgánica de Extranjería.

El responsable nacional de la gestión del Registro, según la organización interna del Cuerpo Nacional de Policía, es el Secretario General de la Comisaría

Extranjería, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor conforme lo dispuesto en el apartado anterior.

3. Para garantizar la exactitud e integridad del Registro, el Ministerio Fiscal podrá requerir a los Servicios Públicos de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías autonómicas, Policías locales, Instituciones Sanitarias y a cualquier otra entidad pública o privada, la remisión de cuantos datos obren en su poder sobre menores extranjeros no acompañados. Dichos datos serán remitidos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil para la actualización del Registro".

⁵² El Registro está ubicado en el sub fichero de la aplicación ADEXTRA cuya titularidad corresponde a la Dirección General de la Policía, y su gestión a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

General de Extranjería y Fronteras. Sólo desde esta Unidad se podrán introducir datos en el Registro o modificar los existentes.

En cada una de las provincias españolas habrá un responsable del registro adscrito a las Brigadas Provinciales de Extranjería.

Ámbito subjetivo de actuación

En el Registro de Menores Extranjeros no acompañados⁵³ deberán ser inscritos todos los menores extranjeros no acompañados, estén o no documentados, a los que no les sea aplicable el régimen jurídico de la Unión Europea o cuya condición de ciudadanos de la Unión no pueda determinarse con certeza y que por encontrarse en situación de desamparo estén tutelados por una entidad pública o privada, o sean susceptibles de guarda o de tutela⁵⁴.

Igualmente será de aplicación a aquellas personas que han alegado ser menores de edad y tras la práctica de las pruebas de determinación de edad por el Fiscal se ha establecido que son mayores de edad por lo que no han sido integrados en el sistema de protección de menores.

A cada menor inscrito le corresponde un asiento individual registrado con una asignación numérica. Todas las anotaciones que se incorporen se harán con referencia y en relación a dicho asiento personal.

No es admisible que un menor pueda tener dos o más asientos, cualquiera que sean las circunstancias concurrentes.

⁵³ La coordinación de este Registro, dentro del ámbito provincial, corresponderá al Fiscal Delegado de Extranjería.

⁵⁴ De conformidad con el párrafo segundo del artículo 215 Reglamento de Extranjería y artículo 1.3 Ley Orgánica de Extranjería en relación con los artículos 189 y siguientes del mismo Reglamento.

Ámbito objetivo: hechos, actos, datos y documentos inscribibles.

Aunque el párrafo segundo del artículo 215.1 del Reglamento de extranjería relaciona indistintamente y en aparente plano de igualdad una serie de hechos, actos, datos y documentos que deben anotarse en cada uno de los asientos personales, se hace preciso distinguir diversas categorías por su trascendencia identificativa, por la fuente de donde procede la información y por las posibilidades de su obtención.

Los datos imprescindibles para poder dar de alta a un menor en la base de datos, en la medida que la propia aplicación informática impide al Cuerpo Nacional de Policía dar de alta a un nuevo menor sin registrar estas variables, son los siguientes:

1) La impresión decadactilar (artículo 215.1 c) Reglamento de Extranjería) y la fotografía (artículo 215.1 c) Reglamento de Extranjería) del menor, realizadas por las unidades policiales competentes. Son datos que garantizan indubitadamente, una vez practicado el correspondiente cotejo policial mediante el Sistema de Identificación Rápida (SAID), que no se van a producir asientos duplicados respecto de un mismo menor. Por ello no podrá darse de alta registral a ningún menor sin que se haya comprobado que no existen registros anteriores asociados a la misma huella.

Por el contrario los datos fisonómicos y otros datos biométricos no tienen la misma trascendencia identificativa, por lo que su incorporación al registro se producirá cuando sean remitidos por la entidad o el centro de protección de menores donde se encuentren alojados.

2) La fecha de nacimiento, conforme a los criterios siguientes:

2.1) Menores extranjeros no acompañados cuya minoría de edad sea indubitada para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (excluidos del ámbito de aplicación del artículo 35 Ley Orgánica de Extranjería).

La fecha de nacimiento será determinada a los efectos registrales por la documentación genuina en posesión del menor, o por su obtención posterior de las representaciones consulares o diplomáticas correspondientes, o por cualquier otro medio admitido en Derecho, e incorporada al registro por el Cuerpo Nacional de Policía; por la que fije la Administración del Estado en resolución administrativa dictada al efecto; por la que establezca la Comunidad Autónoma, fuera del ámbito de aplicación del art. 35.3 Ley Orgánica de Extranjería, con el consentimiento informado del interesado, cuando precise fijar una edad concreta dentro de la minoría de edad; por resolución judicial dictada en cualquier orden jurisdiccional, en cuyo caso tendrá carácter prioritario.

En el caso de menores indubitados, de forma provisional y hasta su confirmación por otros medios, el Cuerpo Nacional de Policía podrá registrar en la aplicación informática una fecha de nacimiento estimada a partir de la propia manifestación del menor o de terceras personas, documentos cuestionados o incluso el propio aspecto físico del menor.

2.2) Menores extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (artículo 35 Ley Orgánica de Extranjería).

Deberá inscribirse la fijada por el Ministerio Fiscal en el correspondiente Decreto de determinación de la edad y, en su caso, la que se establezca en modificaciones posteriores del decreto inicial.

La aplicación informática guardará registro histórico de las diferentes actuaciones que se hayan ido produciendo en relación con la fecha de nacimiento del menor.

Los datos que deben inscribirse de forma inexcusable tan pronto obren en poder de la unidad del Cuerpo Nacional de Policía responsable de su grabación, son los que a continuación se reseñan:

a) Relativos a la identidad del menor: El nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia (artículo 215.1 a) Reglamento extranjería) cuando se trate de menores documentados o se haya obtenido esa información por el Cuerpo Nacional de Policía, los servicios de protección de menores o a través de cualquier medio conforme a Derecho, entre ellos los previstos en el artículo 35.10 Ley Orgánica de Extranjería. En el caso de que los referidos datos no tengan soporte genuino u oficial, por provenir de las declaraciones del mismo menor o de terceros, también deberán ser provisionalmente inscritos.

b) Relativos a la documentación del menor: El tipo y numeración de la documentación identificativa del menor (artículo 215.1 b) Reglamento extranjería) tanto la oficial de su país de origen como la emitida por la autoridad competente española, correspondiendo su aportación al Cuerpo Nacional de Policía.

c) Relativos a la localización del menor: los concernientes al lugar donde se encuentre el domicilio del menor y la comunicación de los cambios de residencia (centro de acogida o lugar de residencia, letra f del artículo 215.1 Reglamento extranjería , organismo público u organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle (letra g del artículo 215.1 Reglamento extranjería); los traslados del menor entre Comunidades Autónomas (letra h del artículo 215.1 Reglamento extranjería, el abandono o huida del menor del centro de protección donde estuviera cobijado y la posterior localización. Dicha información será facilitada directamente, en su caso previo requerimiento del Fiscal, por los respectivos centros de protección de menores o la autoridad administrativa competente de la correspondiente Comunidad Autónoma.

d) Relativos a la situación jurídica y condiciones de estancia del menor: son el acto de reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata (artículo 215.1 i) Reglamento extranjería); la fecha de solicitud de la autorización de residencia (artículo 215.1 j) Reglamento extranjería); y la fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia (artículo 215.1 k) REX).

La correspondiente Delegación o Subdelegación de Gobierno es el órgano administrativo obligado a facilitar la información relativa al reconocimiento de su condición de víctima de trata a los meros efectos administrativos, con independencia de su consideración procesal penal como víctima de delito (art. 59 bis Ley Orgánica de extranjería), así como de los datos referentes a la fecha de solicitud de la autorización de residencia y de concesión o denegación de la autorización de residencia. La Oficina de Asilo y Refugio es la entidad idónea para facilitar la condición de asilado o protegido.

e) Otros datos: La circunstancia del fallecimiento del menor; la incapacitación del menor; la ejecución efectiva de su repatriación, retorno asistido o reagrupación familiar; u, otro dato por el que se acredite la suspensión o cese de la tutela institucional.

Del mismo modo podrán inscribirse cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía.

V BIBLIOGRAFÍA

Armenta Deu T. ,Gascón Inchausti F, Cedeño Hernán M. El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro. Editorial Colex, Madrid.

Blázquez Rodríguez, I. Los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Servicio de publicaciones de Universidad de Córdoba. 2003. Córdoba.

Blázquez Rodríguez, I y Gutiérrez Castillo V. L. Derecho de la Unión Europea sobre Inmigración y Asilo.. Editorial Dykinson. 2006.

Cadenas Cortina, C. Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cristina. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2006.

Claro Quintans, I. Lázaro González, I. Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria. Tecnos. 2013.

Defensor del Pueblo español. Informe Víctimas invisibles. 2012.

Defensor del Pueblo español. Seguimiento Informe Víctimas invisibles. 2013.

“Devoluciones en caliente cuando el Estado actúa al margen de la Ley”. Informe. 2014.

De la Rosa Cortina, J. M. Los menores inmigrantes y las instituciones de protección. Cuadernos Digitales de Formación nº 10, 2009. Poder Judicial.

Esplugues Mota, C., Palao Moreno, G. De Lorenzo Segrelles, M. Nacionalidad y Extranjería. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia (2004).

Ferrer Lloret, J .y Sanz Caballero, S (Editores). Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al derecho internacional y europeo. Tirant lo Blanch monografías, 526. 2008.

Charro Baena, Pilar y Ruiz de Huidobro, José María. “ La mal llamada Ley de Extranjería: Un paso hacia la integración de los inmigrantes?” La ley nº 5063 y 5064 de 29 y 30 de mayo de 2000.

García Baquero-Borrell, S .Medidas de protección de víctimas extranjeras. Cuadernos Digitales de Formación, nº 16, año 2009. Consejo General del Poder Judicial.

García-Baquero Borrell, S. Medidas de protección de víctimas extranjeras. Tratamiento penal de la extranjería. Cuadernos digitales de formación, nº 16 año 2010. Consejo General del Poder Judicial.

García Vázquez, S. Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas. *ReDCE* n° 10, Julio –Diciembre de 2008, pág 231-274.

García Vázquez, S. y Fernández Olalla, P. La trata de seres humanos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Foro ciudadanía* n° 27.

Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género”, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2004. Documento E/CN.4/2005/71.

Nieto García, L. C. Los derechos de los menores extranjeros. Consejo General del Poder Judicial. Colección Estudios de Derecho Judicial. Año 2006.

Ortega Martín, E. Manual práctico de derecho de extranjería (4ª edición). Manuales profesionales La Ley. Editorial La Ley. 2010.

Pérez González, C. “La compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea con las obligaciones que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 3 (2012), pp. 247-272.

Pérez González, C. *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Pérez González, C. *La protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos: algunas precisiones en torno al principio de diligencia debida*. *LEX* n° 13 - año XII - 2014 - I, Pp-69-88.

R. Piotrowicz. “States’ Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations”. *International Journal of Refugee Law*, 2, vol. 24 (2012), pp. 181-201.

Rodríguez Sol, L. Justicia Penal de la Unión Europea.. Thomson Aranzadi. Cizur Menor. 2010.

Ruiz Vieytez, E.J. Minorías, inmigración y democracia en Europa, una lectura multicultural de los derechos humanos. Tirant lo Blanch. 2010. Valencia.

Zapatero Gómez, J. Los derechos de los menores extranjeros. Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. Año 2006.