

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

I.- Introducción II.- Marco normativo de referencia III.- Protección del derecho a la identidad de los niños: III.1 Registro; III. 2 Reseña; III.3 Ofrecimiento y realización de las pruebas de ADN III; 4 Solicitud de la prueba de ADN por parte del Fiscal en el ámbito de la protección jurídica de menores; **IV.- Detección y valoración de diferentes situaciones de riesgo que pueden afectar al menor extranjero acompañado en estos supuestos:** IV 1 Atribución competencial; IV.2 Valoración. **V.- Posibilidades de intervención:** V.1 Medidas cautelares urgentes del art. 158 CC; V.2 Retirada del menor como “actuación de asistencia inmediata”; V.3 Otras actuaciones subsiguientes: comunicación de actuaciones y resultados y coordinación entre Fiscalías, instituciones y agentes implicados. **VI.- Conclusiones**

I.- Introducción

El Dictamen de esta Unidad 2/2012, sobre *tratamiento a menores extranjeros acompañados cuya filiación no resulte acreditada*, abordó la actuación frente a los riesgos que acechan a los niños extranjeros que acceden al territorio nacional en pateras o de otro modo subrepticio, en compañía de personas que no acreditan vínculos de parentesco y/o en riesgo de victimización por diferentes delitos.

En ese documento se ofrecían unas pautas encaminadas fundamentalmente a la identificación del niño como primer presupuesto de su protección, partiendo 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 bienestar (art. 17 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en adelante LOPJM).

Se analizaba también la labor protectora sobre menores que, teniendo acreditada la filiación, pudieran ser víctimas de trata de personas o por otras razones, se encontraran privados de asistencia material o moral.

En ambos aspectos, se mantienen vigentes los criterios entonces consignados. Pero han sido muchas las dificultades materiales y de todo orden para aplicarlos eficazmente y aunque el proceso de identificación y filiación de los niños que acceden a nuestro territorio en aquellas condiciones ha mejorado sustancialmente, su adecuada protección sigue suscitando problemas prácticos, particularmente en las provincias donde se ubican los centros de acogida humanitaria de familias o mujeres con niños a su cargo.

El debate sobre las primeras actuaciones humanitarias concluye la importancia de la inmediata identificación de los menores para la prevención de los variados riesgos que pueden acechar a niños de corta edad sin identificación ni filiación acreditadas y no sólo de los que pueden proceder de la victimización por tráfico o trata de seres humanos, de ellos mismos o de los adultos que los acompañan.

Por otra parte, las incidencias de algunos casos revelan situaciones nuevas que, aunque excepcionales, sugieren la persistencia de riesgos de diversa índole que pueden ocultarse bajo distintas apariencias. Ilustración expresiva de todo ello es el hallazgo – también excepcional - en diferentes puntos del territorio, de alguno de estos niños con evidencias de maltrato (ataduras, lesiones y hasta muerte en un caso...) bajo el cuidado o vigilancia de personas también extranjeras con las que no guardan vínculos de parentesco, mientras sus madres ejercían la prostitución en otros lugares.

El informe del Defensor del Pueblo *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, (2012) recomendaba a las instituciones implicadas, entre ellas la FGE, la activación de protocolos de actuación para la identificación policial de los niños y la justificación de los vínculos de filiación con el adulto que los acompañen, añadiendo que:

Asimismo, se deberán poner en inmediato conocimiento del Ministerio Fiscal y de la entidad de protección de menores los datos del menor y del adulto, así como el lugar donde serán trasladados. Una vez derivados al centro de acogida humanitaria, la entidad de protección de menores con competencia en esa provincia, bajo la supervisión del Fiscal, deberá iniciar un expediente de riesgo del menor hasta tanto: se acrediten los vínculos de filiación con el adulto que le acompaña; que el nacimiento del menor se encuentra inscrito en un registro, instando en su caso la inscripción de su nacimiento; así como la adopción de todas aquellas medidas necesarias en su interés.

Las dificultades de aplicación tanto del Dictamen 2/2012 como de esta recomendación se abordaron en sucesivas Jornadas de trabajo organizadas por el Defensor del Pueblo en Madrid, el 27 de junio de 2013 y en Granada, el 27 de marzo de 2014 para *Avanzar en la mejora del procedimiento de filiación e identificación de los menores extranjeros que llegan a España acompañados de adultos*, que contaron con la participación de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, Secretaría de Estado de Asuntos Sociales, Defensor del Pueblo Andaluz, Fiscales de distintas Fiscalías de Andalucía, Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, Direcciones Generales de los Servicios de Protección de Menores de Andalucía, Ceuta y Melilla.

El 22 de julio de 2014 se firmó el Protocolo Marco sobre *determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados* (BOE nº 251, de 16 de octubre de 2014). Este instrumento, tramitado bajo la coordinación de la Unidad de Extranjería de la FGE en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 190.2 del RD 557/2011, de 20 de abril por el que reaprueba Reglamento de aplicación de la Ley de Extranjería (RLOEX)¹, constituye la referencia inexcusable para la actuación del Ministerio Fiscal en la materia, ya que se dirige a la coordinación de la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas en el proceso de localización, identificación, determinación de edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación del menor extranjero no acompañado (Apartado Primero, numeral 1).

Sus previsiones se extienden también (Apdo. segundo, 2) a los menores extranjeros que se encuentren en situación de riesgo por alguna de estas razones:

- *haber entrado de manera clandestina o subrepticia en territorio nacional o pretendieren traspasar los puestos fronterizos españoles en unión de un adulto que, aparentando ser su progenitor, pariente o responsable, no aporte documentación veraz o fiable del vínculo alegado y además, se aprecie un peligro objetivo para la protección integral del menor.*
- *Situación de patente desamparo o desprotección, significadamente por padecer riesgo de sometimiento a redes de trata de seres humanos.*
- *Polizonaje a bordo de un buque, nave o aeronave que se encuentre en puerto o aeropuerto español*

¹ Disponibles en fiscal.es

Contando con las previsiones de este Protocolo Marco, el presente Dictamen, como continuación de lo consignado en el Dictamen 2/2012, pretende fijar pautas para hacer frente, en el ámbito de la protección de los menores de edad, a las nuevas situaciones que se van planteando, así como desarrollar las declaraciones de carácter genérico que se plasmaron en el Apdo. I de las CONCLUSIONES sobre protección jurídica, obtenidas en las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores de Madrid (2013).

Para ello se apoya en las observaciones, informes y sugerencias de la Ilma. Sra. Fiscal Delegada de Menores de la Fiscalía de Córdoba (D^a Carmen Rubio Vicente) así como en las posturas alcanzadas en las citadas Jornadas sobre *mejora en los procesos de identificación y filiación de menores en Andalucía*, convocadas por la oficina del Defensor del Pueblo y celebradas en Madrid en junio de 2013 y en Granada, el 27 de marzo de 2014.

II.- Marco normativo de referencia

Al abordar estos casos desde la óptica de la protección jurídica de menores de edad, la intervención de los Fiscales adscritos a las Secciones de Menores de las Fiscalías debe aplicar prioritariamente de la normativa estatal (Constitución Española, Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; LO 1/1996, de 15 de noviembre de *protección jurídica del menor* (LOPJM) y autonómica de aplicación general en relación con las situaciones de riesgo y desprotección de menores de edad.

Igualmente, deben aplicarse las pautas del Protocolo Marco de 22 de julio de 2014 sobre *determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados* (BOE nº 251, de 16 de octubre de 2014).

Sin embargo y sólo a efectos de contextualizar la valoración de los riesgos concurrentes y su mejor abordaje, debe tomarse en consideración la regulación del procedimiento para la identificación y protección de las víctimas de trata, dictada en cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio del Consejo de Europa de *lucha contra la trata de seres humanos*, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (ratificado por España el 23 de febrero de 2009, BOE nº 219, 10 de septiembre de 2009).

En tal sentido, la vigente redacción del art. 59 bis LO 4/2000, de 11 de enero sobre *derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (LOEX) dispone que:

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

Además, como referencias específicas, habrá que tomar en cuenta:

- El Protocolo Marco de *Protección de las víctimas de trata de seres humanos*, firmado el 28 de octubre de 2011 por el Fiscal General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial y los Ministerios de Justicia, Sanidad, Interior y Trabajo, en desarrollo del art. 140.1 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/200 sobre *derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (RLOEX). Este instrumento establece pautas de actuación para la detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata con referencia expresa a las que fueran menores de edad. Sus Anexos (que no son públicos) contienen la información que debe darse a las víctimas y los indicadores para la detección de la condición de víctima.

De particular interés resultan el apartado VI.A, dedicado a las unidades policiales responsables y el apartado VI.C que recoge el procedimiento a seguir para la determinación de la existencia de indicios razonables de que una persona es víctima de trata de seres humanos, reproduciendo los indicadores que según distintos organismos internacionales y entidades especializadas son más significativos. Finalmente, el apartado XIV que contiene previsiones específicas para víctimas menores de edad.

- La Observación General 6(2005) del Comité de Derechos del Niño sobre *el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Entre otros puntos de interés, este documento hace extensivas las necesidades de protección a unos y otros menores y en su apartado III. define que:

7. Se entiende por "niños no acompañados" (llamados también "menores no acompañados") de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.

8. Se entiende por niños separados, en el sentido del artículo 1 de la Convención, los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia.

- La Circular FGE 5/2011 sobre *criterios para a unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración* en su apartado I analiza los Protocolos de Palermo y la diferencia conceptual entre trata de seres humanos y contrabando de migrantes, definiendo la trata de seres humanos en el punto 5.
- La Instrucción de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras nº 2/2013, de 25 de febrero de 2013, reglamentaba *la actuación policial en la detección, identificación y reseña de menores extranjeros no acompañados*, haciendo extensivas todas sus previsiones sobre reseña y registro a los menores extranjeros en situación de riesgo por carecer de vínculo acreditado con el adulto acompañante o haber accedido al territorio subrepticamente, se encontrasen o no documentados, incluso cuando no hubiera indicios de trata de seres humanos y en los casos en que los niños aparecen acompañados "según costumbre". Esta Instrucción es fundamentalmente una referencia como precedente ya que ha quedado superada por la vigencia del Protocolo Marco de 2014.

III.- Protección del derecho a identidad de los niños.

Con carácter general el art. 8 de la CDN consagra el derecho del niño a la preservación de su identidad:

1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*
2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

Aunque no son los únicos elementos de la identidad personal, el precepto se refiere, por su carácter básico y esencial, a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. La palabra “preservar” implica tanto la no injerencia en la identidad como la conservación de los datos relativos a la genealogía, registro de nacimiento y biografía del niño.

En los casos que aquí se analizan, tales datos están fuera del alcance de los poderes públicos por lo que la asistencia apropiada que debe proporcionarse ha de incluir la identificación que sea posible y su registro, así como el de cualquier cambio en la identidad del niño (nombre, derechos de tutela o custodia,...), el acceso a pruebas genéticas para establecer la filiación o parentesco y en su caso, la busca activa y comunicación con parientes o familiares para lograr la reunificación, si fuera posible y conforme al superior interés del niño.

Mientras se establece o restablece la identidad del niño, su protección abarcará también las disposiciones tendentes a proporcionarle un lugar de acogida temporal adecuado. Si el niño tuviere edad o capacidad de comprensión, deberá ofrecerse también, en términos comprensibles, la información correspondiente sobre el proceso de preservación de su identidad.

Por lo tanto, en este proceso resultan esenciales el registro y, en su caso, la reseña del niño, cuestiones que aborda el citado Protocolo Marco sobre *determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros* de 22 de julio de 2014 (BOE nº 251, de 16 de octubre de 2014). Partiendo de las pautas que este instrumento proporciona, en el ámbito estricto de la protección jurídica frente a los variados riesgos que pueden acechar a los niños de que aquí se trata, pueden hacerse ciertas consideraciones en relación con:

III. 1 Registro

El primer escollo para activar el registro de los menores en estas situaciones derivó en su momento de la dificultad de considerarlos menores extranjeros no acompañados.

El art 189 del RLOEX define como MENA:

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.

Cabe integrar esta definición con los datos que proporcionan la Instrucción 13/2011 del Secretario de Estado de Seguridad sobre el *funcionamiento del registro de menores extranjeros* y la Instrucción de la FGE 1/2012, sobre la *coordinación del Registro de Menores extranjeros no acompañados*.

Los menores que viajan con un adulto que en principio se hace cargo de él, aun cuando carezcan de documentación acreditativa de su identidad y vínculos familiares, no son MENA en sentido estricto, en tanto que al menos se encuentran acompañados “con arreglo a la costumbre”, incluso en los casos en que el adulto acompañante ofrezca distintas versiones sobre la naturaleza del vínculo. Esto explica algunas de las reticencias que expresaban las Entidades Públicas de protección a la hora de asumir la tutela o intervenir de otro modo.

Sin embargo, es significativo que el ACNUR incluya entre sus Recomendaciones sobre *políticas y procedimientos en el trato con los menores no acompañados solicitantes de asilo* que en los casos de menores acompañados de adultos cuidadores que no sean parientes del menor, se adopten especiales cautelas y que inicialmente, cualquier menor que no esté con sus padres en el país de asilo, sea considerado no acompañado. Por su parte, la Observación General 6/2005 del Comité de Derechos del Niño sobre *el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, extiende las obligaciones de protección por parte de los poderes públicos a los menores “separados” de ambos padres o de sus tutores legales habituales, aunque se encuentren acompañados de otros parientes.

Por tanto, estos niños extranjeros acompañados por quienes no acreditan vínculos de filiación o parentesco deben considerarse en principio, y mientras persista tal situación, “niños separados” en el sentido del art. 1 de la CDN, a efectos de su reseña e inscripción en el registro de menores extranjeros no acompañados (RMENA).

Esta es la previsión del Protocolo Marco de 2014 (BOE nº 251, de 16 de octubre) que, como se ha apuntado, permite el acceso al registro de MENAS de los menores extranjeros en situación de riesgo en razón de su introducción clandestina o irregular al territorio en unión de un adulto que, aparentando ser su progenitor, pariente o responsable, no acredite tal vínculo y de aquellos otros menores extranjeros que - estando en unión de un adulto- se hallaren en situación de patente desamparo o desprotección, significadamente por padecer riesgo de sometimiento a redes de trata de seres humanos.

La ya citada Instrucción nº 2/2013, de 25 de febrero de 2013, dictada por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras a instancia de la Unidad Coordinadora de Extranjería de la FGE, implantó en tanto se sustanciaba el Protocolo Marco y con carácter urgente determinadas actuaciones a realizar ante la detección de menores Extranjeros no acompañados. Al extender en su apartado Cuarto sus previsiones a los menores extranjeros en situación de riesgo, estuvieran o no documentados, venía a ordenar la reseña de todos los menores que llegan a nuestro territorio con quienes afirmaban, sin acreditarlo, ser sus padres, permitiendo su inscripción en el Registro de MENAS, aunque no hubiera indicio de trata de seres humanos o aunque vinieran acompañados “según costumbre”.

Las previsiones del Protocolo Marco parecen ser más restrictivas, al exigir la situación de peligro en razón de la introducción clandestina o irregular en el territorio y ausencia de vínculo acreditado o una patente desprotección o desamparo por riesgo de trata, si bien en la práctica el riesgo se aprecia siempre inicialmente por las condiciones subrepticias y peligrosas del acceso al territorio y la ausencia de justificación de vínculos con el adulto de compañía.

En relación con el control registral, la Instrucción FGE 1/2012 de 9 de marzo de 2012, sobre *la coordinación del registro de menores extranjeros no acompañados*, recoge en su introducción que:

“Con el propósito de solventar todo ese tipo de disfunciones y anomalías, el nuevo Reglamento de Extranjería (aprobado por 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) reordena, en su artículo 215, el régimen jurídico del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados”,

En su apartado VII anuncia el acceso y disponibilidad de la información depositada en el Registro a todos los Fiscales a través de intranet fiscal.es, por medio de una clave facilitada en abril de 2012 junto a la guía de manejo.

En aplicación de estas disposiciones debe quedar garantizado el registro de todos los menores extranjeros que hubieran accedido en esta situación y circunstancias al país. Resulta por ello inexcusable que antes de ponderar la procedencia de cualquier medida de protección, el Fiscal consulte y verifique los datos de este registro. Esta información, se solicitará del Cuerpo Nacional de Policía, cuando por cualquier causa, la indagación en ADEXTTRA plantee problemas técnicos o resulte imposible.

Cuando quepan dudas sobre la minoría de edad, será preciso tomar en especial consideración el art. 10. 3 del Convenio del Consejo de Europa de *lucha contra la trata de seres humanos*, hecho en Varsovia, el 16 de mayo de 2005 (ratificado por España el 23 de febrero de 2009, y publicado en el BOE nº 219, de 10 de septiembre de 2009):

3. En caso de incertidumbre en cuanto a la edad de la víctima, y cuando existan razones para creer que se trata de un menor, se presumirá que es un menor y se le aplicarán medidas de protección especiales hasta que pueda verificarse su edad.

Esto implica su traslado inmediato a un centro de menores hasta que se practiquen y concluyan las correspondientes pruebas de determinación de edad.

III.2. Reseña

Un segundo escollo en el proceso de identificación fue la ausencia de control policial subsiguiente sobre estos niños. La ausencia de reseña y registro no sólo dificultaba la identificación sino ofrecía márgenes para una eventual instrumentalización.

Desde la entrada en vigor de la Instrucción de la Dirección General de la Policía 2/2013, sobre *actuaciones a realizar ante la detección de Menores Extranjeros No acompañados o que se encuentren en situación de riesgo*, los niños que entran en España por las costas andaluzas son objeto de reseña policial que comprende la impresión de cadactilar y la fotografía, datos que se incluyen en el Registro de Menores extranjeros no acompañados, ubicado en el subfichero de la aplicación ADEXTTRA, cuya gestión corresponde a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

Los riesgos de instrumentalización y de toda índole que deben prevenirse imponen la reseña del niño aun cuando no esté acreditada la filiación o el parentesco que guarda con el adulto que lo acompaña, o éste ofrezca versiones distintas o contradictorias sobre el particular, en los términos en que se regula esta actuación en el Apdo II, del Capítulo II del Protocolo Marco de 2014.

En este sentido, tras la reforma operada por LO 2/2009 de 11 diciembre, el art. 35.10 de la LOEX dispone que :

Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado

Por ello, cualquier dato relevante deberá ser comunicado a la comisaría General de Extranjería y Fronteras.

III.- 3 Ofrecimiento y realización de pruebas de ADN.

La información ofrecida por los Centros de acogida y dispositivos de ayuda humanitaria en relación con niños extranjeros y mujeres embarazadas, indica la

existencia de ciertos riesgos derivados de las condiciones del proceso migratorio. Estos riesgos son de variada índole e intensidad y no siempre ni necesariamente guardan relación con una posible victimización por trata del niño o del adulto acompañante.

Por ello, el Dictamen 2/2012 indicaba que en tales se casos:

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.

En la práctica no ha resultado fácil determinar cuándo resulta procedente ofrecer la realización de la prueba de ADN porque no en todos los casos en que el niño y su acompañante carecen de documentación acreditativa de su identidad y vinculación concurren riesgos añadidos que demanden esta indagación costosa y comprometida. La mera carencia de documentación, sin otros indicios añadidos de riesgo, podría en principio ser abordada por la Administración competente en materia de documentación de extranjeros, sin perjuicio de la valoración y seguimiento de los posibles riesgos que se detectaran.

Sin embargo y por la importancia de la identificación a los meros efectos de la protección de los niños, devino práctica habitual el ofrecimiento de las pruebas genéticas por parte de los agentes de la Policía Nacional a todos los niños y adultos que los acompañan sin acreditar el vínculo, ya desde el primer momento de su localización en la costa. Las finalidades puramente protectoras de la identificación y el carácter voluntario de la realización de las pruebas genéticas que meramente son ofrecidas, justifican la legitimidad de su realización voluntaria, sin orden del Juez o del Fiscal.

Así lo ha consagrado también el Protocolo Marco (BOE nº 251, de 16 de octubre de 2014) en el Adpo II de su Capítulo IV, *Menores extranjeros en situación de riesgo: medidas de prevención de riesgo de trata de seres humanos y contra la utilización de menores* en el que se dispone:

En los casos en los que el adulto afirme tener un vínculo biológico materno-paterno filial con el menor, por el CNP se solicitará de dicho adulto que

voluntariamente preste su consentimiento debidamente informado para la obtención del dato identificativo que se obtenga a partir del ADN de las células epiteliales bucales propias y del menor

En el apdo IV del mismo capítulo se especifica que:

Prestado el consentimiento informado del adulto las pruebas serán practicadas por la Comisaría General de Policía científica del Cuerpo Nacional de Policía (en el modelo que consta como Anexo II del presente Protocolo), siguiendo las reglas protocolarias de su actividad...

En el apdo. VII del mismo capítulo, para los casos de negativa del adulto a la realización de estas pruebas o de resultado negativo de las que se hubieren realizado, se prevé que el Ministerio Fiscal inste la asunción de la tutela urgente del menor por parte de la Entidad Pública de Protección “si de las circunstancias concurrentes se apreciase que dicho menor se encuentra privado de la necesaria asistencia material o moral”.

Pese a la cobertura que el Protocolo Marco ofrece para la realización de estas pruebas, no funciona aún una base de datos *ad hoc* para el registro de resultados, ni lógicamente están reguladas las condiciones de acceso a dicha base, tal como sí se abordan en el ámbito penal en la LECr, art. 326 y 363 y en la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, *reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN*, con garantías de los derechos fundamentales (Apartado II de su Exposición de Motivos).

Sin embargo, el Grupo de Trabajo redactor del Protocolo advirtió la necesidad de crear una base de datos de ADN con la única finalidad de cotejar los resultados obtenidos de los niños con los de menores que figuren como desaparecidos en bases de datos de otros países. Consultada en 2014 a efectos de viabilidad y requisitos de dicha base, la Agencia Nacional de Protección de Datos respondió positivamente y parece inminente la aprobación de la Orden Ministerial que la establezca y regule.

Por otro lado, la dinámica migratoria de los niños y sus acompañantes impone la obtención de los resultados de las pruebas con la mayor celeridad posible. En ocasiones pueden surgir dificultades técnicas derivadas del hecho de contar exclusivamente con las muestras biológicas de uno sólo de los progenitores, pero

como se indica en el Capítulo IV, Apartado cuarto, 3 del Protocolo Marco, la realización de análisis complementarios de ADN (mitocondrial) será excepcional.

En este extremo, las valiosas pautas que proporciona el tantas veces citado Protocolo Marco de 2014 deben entenderse en consonancia con lo expuesto en el Dictamen 3/2010 de esta Unidad sobre *la posibilidad de reseñar fotográfica y decadactilarmente a infractores menores de 14 años*. Este Dictamen, toma en consideración la Instrucción policial nº 11/2007 sobre *actuaciones policiales en relación con la protección y responsabilidad penal de menores de edad* (epígrafes 10.2.2. y 10.2.3) sobre diligencias de identificación realizadas en dependencias oficiales y el tratamiento de otras reseñas practicadas con ocasión de trámites de determinación de edad o de identificación de menores no acompañados o indocumentados (10.3, 3). Y se concluye que "...Puede defenderse, a la vista de las disposiciones mencionadas que cabe practicar diligencias de identificación a efectos de asegurar la adecuada protección de los infractores menores de 14 años".

En este mismo sentido, el ya citado art. 35.10 de la LOEX

III. 4 Solicitud de la prueba por parte del Ministerio Fiscal en el ámbito de protección de menores.

Inicialmente se suscitaron ciertas dudas acerca de la exigencia o conveniencia de una previa autorización del Fiscal para dirigir el ofrecimiento y realizar las pruebas de ADN a estos efectos de identificación y protección de menores, en paralelo a la regulación que prevé el art. 35 de la LOEX para la realización de pruebas oseométricas de determinación de la edad de posibles menores extranjeros no acompañados.

La ausencia de previsión legal paralela a las del art. 35 LOEX, unida al carácter puntual de esta prueba y a la inexistencia de base de datos adecuada al registro de sus resultados, impiden establecer, por vía de una débil analogía, el carácter preceptivo de tal intervención del Ministerio Fiscal. De hecho, el Protocolo Marco atribuye en exclusiva al Cuerpo Nacional de Policía la competencia para el ofrecimiento de estas pruebas en el momento inicial de detección así como para su práctica, incluyendo el análisis científico de las muestras y la comunicación de sus resultados.

No obstante, si se siguiera procedimiento penal por delito grave (trata de personas, inmigración ilegal, prostitución..), el Fiscal del caso podrá en el mismo solicitar el ofrecimiento y práctica de la prueba de ADN como medida de protección del menor víctima, que debe acordar el Juez de Instrucción competente.

En otro caso, el Fiscal, al valorar en el expediente de protección la concurrencia de riesgos que no hubieran podido tenerse en cuenta previamente, los pondrá en conocimiento del Cuerpo Nacional de Policía a fin de que proceda al ofrecimiento y realización de las pruebas de ADN

IV- Detección y valoración de diferentes situaciones de riesgo que pueden afectar al menor extranjero acompañado en estos supuestos

Como expresaba el Dictamen 2/12,:

....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 bienestar (art. 17 LO 1/1996, de 15 de enero, de enero, de Protección Jurídica del Menor, en adelante LOPJM).

Además de esta consideración, deberán tenerse en cuenta los posibles indicios de victimización del adulto de referencia por trata de personas, tráfico de inmigrantes, prostitución u otros delitos.

La cuestión debe abordarse partiendo de la distinción conceptual entre la victimización por trata de seres humanos con fines de explotación sexual que puede sufrir una mujer y la victimización que, también por trata de seres humanos con diferentes fines, pudiera o no afectar a su hijo o niño con el que viaja.

Pero incluso partiendo de tales diferencias conceptuales, conviene recordar que las *Directrices de UNICEF para la protección de los niños víctimas de trata*, dictadas en

2006 en Nueva York², otorgan la consideración de víctimas de trata a los niños concebidos y nacidos de personas víctimas de trata.

En cualquier caso, el proceso de identificación de la víctima de trata de seres humanos y su resultado se orientan a la protección desde la doble perspectiva del Derecho administrativo de extranjería y la inhibición de su régimen sancionador, y de la seguridad personal y procesal de la víctima del delito. Esta protección se compagina con la investigación de hechos constitutivos de graves delitos y la identificación de sus autores.

Trámite clave será la entrevista reservada que establece el Capítulo IV, Apdo primero del Protocolo:

“... el adulto será entrevistado reservadamente por personal cualificado del Cuerpo policial actuante con objeto de clarificar su situación, decisión migratoria, vínculo y relaciones con el menor extranjero que le acompaña, en particular destino en España, personas a las que va a visitar o con las que permanecerá en nuestro país”.

Sentado lo anterior, la experiencia diaria indica que algunas mujeres sobre las que se han detectado inicialmente evidencias de victimización (relato de la contratación del proceso migratorio con terceras personas que dirigen las vicisitudes y tiempos del viaje, prácticas de sumisión a través de vudú u otros rituales, transmisión de las facultades así generadas a sucesivas personas, agresión sexual durante el proceso migratorio, aseguramiento del viaje a España en estado de gestación o en compañía de un niño propio o ajeno...) por miedo u otras razones se muestran luego reticentes o se niegan a reconocer sus primeras manifestaciones y a colaborar con la acción policial en averiguación del delito. Su sedicente maternidad o el hecho de estar a cargo de un niño, les asegura la permanencia en nuestro territorio y les permite beneficiarse de la acogida por parte de entidades y asociaciones dedicadas a tareas humanitarias, pero quedan al margen de la protección administrativa, procesal y de todo orden, que se reserva a las víctimas de trata de personas.

En esta tesitura, la situación del niño con el que viajan puede ser muy comprometida cuando no está debidamente acreditado el vínculo de filiación o cuando, aún

² (http://www.unicef.org/ceecis/0610_Unicef_Victims_Guidelines)

estándolo, subsisten indicios de desapego o maltrato por parte de quienes dicen ser su madre o parientes, o de cualquier posible instrumentalización del mismo o de su madre al servicio de personas, grupos u organizaciones criminales.

IV. 1 Atribución competencial para detección y valoración de riesgos

Dada su especialización, la Policía Nacional y en concreto, la UCRIF es la competente para la intervención en relación con las víctimas de trata de personas.

El art. 141.2 del citado Reglamento de la LEX de 2011 establece que:

2. La identificación de la víctima se realizará por las autoridades policiales con formación específica en la investigación de la trata de seres humanos y en la identificación de sus víctimas”.

Es sabido que la identificación de la víctima de trata de seres humanos es un proceso interdisciplinar, muy especializado, que requiere tiempo y asistencia cualificada. En todo caso, se realiza por agentes especialistas y de acuerdo a los indicios mencionados en el Anexo 2 (no público) del citado Protocolo Marco de *protección de víctimas de trata de seres humanos*, siendo especialmente significativos los indicadores conductuales allí mencionados.

En este proceso, según el apartado VI.C del Protocolo Marco de *Protección de las víctimas de trata de seres humanos*, podrán aportar la información disponible que consideren relevante, “las organizaciones y entidades presentes en el territorio, con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, en particular, aquellas que proporcionan una asistencia de carácter integral y participan en los programas de las administraciones públicas”.

En igual sentido, el art. 142.2 del RLOEX , regulando la propuesta de consideración de una persona como víctima de trata, establece que:

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”.

Pero con independencia de que las unidades policiales competentes aprecien o descarten la consideración de una mujer como víctima de trata, el abordaje y valoración de la situación de riesgo que pueda afectar a su hijo o niño con el que viaja, es competencia genérica de los poderes públicos que han de garantizar en todo caso la seguridad y bienestar del niño, conforme al art. 17 de la LOPJM.

Es útil recordar que la Directiva relativa a *la Prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas* (2011/36/EU) adopta un enfoque integrado y basado en los derechos humanos, para un marco más global, entendiendo que, siendo la actuación policial fundamental, no es la única.

Por ello, cualquier otra situación de posible riesgo de menores, detectada en este contexto, bien sea por la policía, bien por las ONGs colaboradoras, debe ponerse en conocimiento del Fiscal (Sección de Menores y en su caso, Extranjería) y de la Entidad Pública de protección de menores (arts. 13 y 14 de la LOPJM), tal como ya se indicaba en el Dictamen de esta Unidad 2/2012.

Por lo general, la normativa autonómica atribuye a las entidades locales la competencia para apreciar e intervenir en situaciones de riesgo, ejecutar las medidas de protección y apoyo familiar y realizar el seguimiento de la evolución del menor en el seno de su familia. Así hace en concreto la Ley 1/1998, de 20 de abril de *los derechos y atención al menor en Andalucía*. En ocasiones, la Entidad Pública de protección se apoya en ello para derivar sus responsabilidades sobre los servicios sociales municipales, que a su vez atribuyen a los equipos técnicos de las entidades colaboradoras que gestionan los centros de acogida la tarea de detección y seguimiento de los riesgos.

Esta derivación de responsabilidades más allá del reparto de funciones, debe ser moderada por la labor de supervisión del Fiscal en tanto genera conflictos, descoordinación, ocasional duplicidad de actuaciones y en buena medida, dejación de funciones amparada en la confianza de la intervención de terceras instancias de protección.

Las atribuciones de las corporaciones legales y sus equipos de tratamiento familiar, no eximen a la Entidad Pública del seguimiento de la evolución del menor en riesgo, debiendo ésta asumir su responsabilidad en caso de inacción, particularmente si la situación se agrava o persiste.

Las Conclusiones de las Jornadas de Delegados de Menores de Toledo 2011, animaban a ello:

2ª Debe potenciarse la intervención de las Entidades Públicas para paliar las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores, tanto para preservar su superior interés aportando soluciones antes de que la situación sea grave, como para evitar futuras decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social. La situación de riesgo debe ser el estadio normalmente previo al desamparo, salvo que el interés superior del menor exija otro abordaje, con el fin de respetar los intereses de la familia biológica.

Por ello resulta indispensable la activación del principio de colaboración y coordinación interadministrativa. La LOPJM establece en el art. 17, párrafo 2º que apreciada la situación de riesgo, la Entidad Pública pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

También los protocolos de esta materia hacen referencia a intervención de la Entidad Pública, que conforme a la D. Final 22 de la LOPJM, será la designada por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

En definitiva, a la Entidad Pública de protección y a los servicios sociales locales corresponde inicialmente la valoración del peligro, su seguimiento y la adopción en su caso de las medidas de protección pertinentes.

IV. 2 Valoración

En las iniciales tareas de valoración del riesgo para los niños por parte de los servicios sociales y Entidades Públicas de protección serán de gran utilidad los primeros informes o estimaciones que la Policía Nacional o sus unidades especializadas hubieran realizado sobre posibles riesgos de victimización por trata de la madre o acompañante, aun cuando no se hubiera otorgado finalmente la condición de víctima a una u otro.

De particular interés resultarán los informes de las ONG o entidades colaboradoras que hubieran acogido al niño y a su familia y hubieran observado su desenvolvimiento y relaciones.

Deben ponderarse cuidadosamente todas las circunstancias, incluso la existencia de vínculos afectivos del niño con la mujer o adulto acompañante, que pueden haberse generado por haber compartido similares circunstancias y dificultades en el proceso migratorio.

Aunque las obligaciones de protección de estos niños no se articulen en función de su condición de víctimas de trata - que sólo excepcionalmente concurre o se constata -, sino en la valoración de otros riesgos concurrentes, puede ser útil aplicar criterios de máxima protección de las posibles víctimas, que sienta el apartado VI.3 c) del Protocolo Marco de *Protección de las víctimas de trata de seres humanos*, (28 de octubre de 2011), para garantizar la atención integral y la seguridad.

Con frecuencia, son los fundados temores de quienes se ven sometidos al poder de personas u organizaciones criminales, los que impiden su colaboración con las autoridades. La Memoria de la FGE 2011 (pag. 966) señalaba que:

“ ...Una vez completado el sistema integral de lucha contra la trata de seres humanos se estará en condiciones de superar los verdaderos obstáculos que impiden la efectiva persecución de este delito que, como señalan reiteradamente los Fiscales Delegados de Extranjería en sus memorias, derivan fundamentalmente de la escasa colaboración de las víctimas por su situación de dominación, la inexistencia de diseño de una estrategia de investigación adecuada las características criminológicas del delito y la falta de coordinación ente las diferentes policías judiciales llamadas a combatirlo”

La negativa de la mujer a reconocer su condición de víctima y su rechazo de los mecanismos de protección del art. 59 LOEX impide cualquier actuación protectora sobre su persona que tendrá la condición de extranjera en situación irregular en nuestro país, pudiendo por tanto ordenarse su devolución al país de origen.

Sin embargo, incluso en tal caso no se prescinde sin más y absolutamente de las sospechas de victimización por trata cuya operatividad se mantiene residualmente en un doble sentido:

- Por una parte, a través de la obligación de registrar en la base de datos policial de extranjería, junto con los datos personales, fotografía y huellas de la mujer (o posible víctima) su negativa a acogerse al período de restablecimiento y reflexión legalmente previsto.
- Por otra parte, en tanto finaliza el período de identificación, cabe verificar que la posible víctima no se aleja del territorio nacional. Según destaca el informe del Defensor del Pueblo de 2011 (apartado 1.3) :

“El artículo 10.2 del Convenio del Consejo de Europa establece : «... Las partes verificarán, cuando las autoridades competentes estimen que existen motivos razonables para creer que una persona ha sido víctima de trata de seres humanos, que no se aleja de su territorio hasta que finalice el proceso de identificación... y que goza de la asistencia prevista...».

El convenio no exige certeza absoluta, por definición imposible antes de que el proceso de identificación haya sido completado, para no alejar a la persona interesada del territorio del Estado parte. De acuerdo con el convenio, la existencia de motivos razonables para creer que alguien puede ser víctima de trata es razón suficiente para no alejarla de su territorio hasta que se complete el procedimiento de identificación que establezca de manera concluyente la condición o no de víctima de trata. El proceso de identificación es independiente de cualquier procedimiento penal contra aquellos responsables del delito de trata”.

Estas prescripciones indican una subsistencia y eficacia residual, siquiera sea mínima, de las sospechas de posible victimización que, antes de la finalización del proceso de identificación, autoriza a verificar la permanencia en el territorio y que, cuando no es posible acreditar la condición de víctima, obliga a la constancia del proceso de identificación a través del preceptivo registro del rechazo de la interesada a la oferta de período de reflexión.

Pues bien, si esto es así respecto de la mujer posible víctima de trata de personas, cuando se trata de menores de edad, los deberes específicos de protección fuerzan a concluir que el rechazo al amparo del art. 59 LOEX por parte de su madre o mujer que acompaña en España, no equivale sin más a la inexistencia de sospechas sobre su

sumisión a los designios de personas, grupos u organizaciones criminales y por ende, de riesgos añadidos de diferente gravedad para el niño a su cargo.

En esta tesitura son varias las situaciones fácticas que se pueden presentar y que merecen una diferente consideración y abordaje:

- Cuando no están acreditados los vínculos de filiación o se sospecha de su realidad, la concurrencia de indicios de victimización de la mujer por sumisión a personas o grupos u organizaciones criminales sugiere la presencia de riesgo grave para el niño. Paso previo indispensable en estos casos será siempre la identificación del niño y la preservación de su identidad en los términos del art. 8 de la CDN. Por ello, además del acopio de información disponible, debe comprobarse su reseña e inscripción registral y verificar que se le ofreció la práctica de la prueba de ADN conforme ya expresaba el Dictamen 2/2012, y ahora establece el tantas veces citado Protocolo Marco.

En el Capítulo IV, Apdo. sexto del Protocolo se establece expresamente que mientras subsista una situación de riesgo, haya o no negativa a realizar la prueba de ADN o ésta confirme la relación de filiación, "... se promoverán por el Ministerio Fiscal las acciones pertinentes ante el Juzgado de Guardia o Juzgado de Primera Instancia competente para asegurar que mientras se está evaluando la situación de riesgo, el menor no abandone el centro en compañía del adulto, sin autorización judicial".

En estos casos, el rechazo injustificado de la prueba o la inexistencia acreditada de vínculo de filiación fundará la solicitud de medidas judiciales de protección del art. 158 CC (prohibición de abandono del centro, obligación de comunicar cambios de residencia...) e incluso, la separación del niño con asunción de su tutela por parte de la Entidad Pública de protección, cuando el rechazo o la ausencia de vínculo, unidos al resto de circunstancias, revelen insuficiente garantía de la necesaria asistencia material o moral del niño por parte del adulto.

- Cuando concurren vínculos de filiación, los indicios de posible victimización de la madre sugieren también ciertos riesgos para el niño cuya importancia deberá analizarse de manera individualizada en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debidamente justificadas en la información disponible.

También aquí será prioritaria, la comprobación de la reseña e inscripción registral de madre e hijo y la ponderación de demandar medidas judiciales de protección d (prohibición de cambio de residencia del menor sin autorización judicial, de

abandono del territorio, obligación de comunicación de los traslados...), al amparo del art. 158 CC, que sólo afectan al niño y no a la madre o adulto que acompaña.

En estos supuestos, si la madre hubiera asumido su condición y obtuviera el estatus de víctima de un delito de trata de personas objeto de investigación penal, la actuación protectora sobre la mujer a su hijo corresponde al Fiscal del caso y al Juez de Instrucción, que adoptará las oportunas medidas de protección en el seno del procedimiento penal.

Cuando se hubiera apreciado la posible victimización de la madre o adulto de referencia por trata de personas a efectos del art. 59 de la LOE, sin que concurrieran elementos suficientes para iniciar o continuar los trámites del proceso penal por delito, los riesgos para el niño deben considerarse muy importantes al efecto de analizar y elegir las medidas de protección que sean precisas en el caso concreto.

En los casos en que se detecten malos tratos, incuria o inasistencia moral o material procederá la asunción de la tutela por parte de la Entidad Pública.

- Cuando no existe el vínculo de filiación pero tampoco se hubieran detectado indicadores de trata de la mujer, el riesgo para el niño puede existir en función de distintas variables pero, fundamentalmente, de su falta de identificación. Las primeras medidas se orientarán a la preservación de la identidad en los términos del art. 8 de la CDN para lo que habrá de comprobarse su reseña e inscripción registral. La posible concurrencia de otros riesgos debe ser objeto de seguimiento por parte de las entidades de protección.

- La existencia de vínculos de filiación junto con la ausencia de sospechas de posible victimización de la madre no permitirá descartar totalmente la posibilidad de riesgos, normalmente de baja intensidad, derivados de la irregularidad del proceso migratorio u otros factores concurrentes. Tales riesgos deben ser objeto de valoración y seguimiento por parte de los servicios sociales de la localidad de residencia del niño.

V.- Posibilidades de intervención

Como se desprende de lo dicho, el abordaje de los riesgos detectados se traduce en la acogida del menor, la valoración y el seguimiento de su situación con intervención social sobre los posibles factores de riesgo, la articulación de medidas cautelares urgentes por la vía del art. 158 CC cuando fueran precisas, incluyendo, en su caso, la

retirada provisional del menor y finalmente, la separación con asunción de la tutela automática por parte de la Entidad Pública de protección.

V.1 Medidas cautelares urgentes del art. 158 CC.

En cualquier momento del proceso de identificación del niño y valoración de sus riesgos, hay que contar con la eventualidad de que la madre o persona que alega vínculos de filiación o parentesco, abandone el centro de acogida humanitaria o decida trasladarse a otra provincia.

Los riesgos que comporta la ausencia de identificación o la permanencia al cuidado de personas sin vinculación justifican *per se* la solicitud del Fiscal o la adopción judicial de medidas de protección cautelar que serán tanto más urgentes si concurren además otro tipo de riesgos de victimización.

Todas las solicitudes de medida judicial de protección que plantee del Fiscal en este contexto deben acompañarse de la información elaborada por la UCRIF en relación con los riesgos detectados o descartados, el acta de la entrevista reservada realizada con el adulto, así como de toda la información ofrecida por la ONG que hubiera intervenido en la acogida humanitaria.

La pretensión del Fiscal se fundará en la existencia y evaluación de los riesgos, sin limitarse a la necesidad de acreditar la filiación o al resultado de las pruebas sobre el particular y procurará la obtención de un pronunciamiento judicial de protección del niño frente a aquellos riesgos, al margen del resultado de las pruebas de ADN. En consecuencia, será procedente recurrir los autos que, aun adoptando la medida solicitada, la vinculen exclusivamente a la obtención de los resultados de las pruebas genéticas, sin ponderar otros factores de riesgo concurrentes, así como aquellos otros que condicionen el alzamiento de la medida a la acreditación de la filiación.

Aunque los Juzgados de Primera Instancia son en principio los competentes para acordar medidas de protección civil de menores, la urgencia propia de estas situaciones de riesgo permite derivar la atribución competencial al Juzgado de Guardia, de conformidad con el art. 42.5 del Reglamento 1/2005, dictado por el Pleno del Consejo del Poder Judicial sobre *aspectos accesorios de las actuaciones judiciales* (BOE n1 231 de 27 de septiembre de 2005) sin perjuicio de que una vez realizada la

intervención procedente, se traslade lo actuado al órgano competente o, en su caso, a la oficina de reparto.

Igualmente, en casos de urgencia, estas medidas pueden ser adoptadas *inaudita parte*, análogamente a lo dispuesto en el art. 733.2 LEC, pero es conveniente articular una comparecencia en la que se informe a la madre o adulto acompañante de la naturaleza y finalidad de la orden, de su fundamento y de las consecuencias de su eventual incumplimiento. La importancia de ofrecer correctamente esta información aconseja que se solicite la misma por OTROSÍ, justificándola en “las dificultades que padecen estas personas para comprender trámites y actuaciones procesales ajenos a su cultura”.

Las medidas a adoptar implicarán limitaciones de la libertad deambulatoria del niño – no de la madre real o sedicente - y pueden concretarse en obligaciones de anunciar los traslados y lugar de destino, prohibición de abandono del centro o localidad de residencia, sumisión de los traslados a autorización judicial.

En todo caso, será de aplicación la previsión contenida en el Capítulo IV, apdo VI del Protocolo Marco:

“El Ministerio Fiscal velará para que la resolución judicial que se dicte sea comunicada al Cuerpo policial que estuviere realizando la investigación y en todo caso, al CNP, a los efectos de que se adopten las medidas precisas dirigidas a evitar que el adulto que alega la relación biológica paterno-materno-filial o una tercera persona abandonen el centro con el menor sin autorización judicial”

V.2 Retirada del menor como “actuación inmediata”

Cuando el abandono del centro o traslado de la madre no es anunciado y la salida es inminente, la urgencia del caso impedirá una articulación eficaz de medidas judiciales de protección.

Pero conforme se expresa en el Dictamen de esta Unidad 7/2010 y al Apartado III de la Circular FGE 8/2011 sobre *criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección jurídica de menores de edad*, incluso sin

intervención judicial subsiste la obligación de asistencia inmediata de los poderes públicos a los menores en riesgo:

Las actuaciones conocidas como “atención inmediata” de menores se prevén en el art. 14 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), conforme al cual, “las autoridades y servicios públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario del Ministerio Fiscal”.

La desjudicialización del sistema de protección de menores operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y ratificada en 1996 por la LOPJM, tiende a agilizar la respuesta protectora y esta agilidad es, si cabe, más importante en la situación de necesidad que demande “atención inmediata” por parte de cualquiera de los sectores implicados. Esto descarta a priori el planteamiento de una previa intervención del Juez o Fiscal, inadecuada y perturbadora en los casos en que la necesidad y la urgencia comprometen la actuación inmediata de las autoridades implicadas.

La Administración, en estos casos, actúa propria auctoritas.

Lógicamente, habrán de ponerse en conocimiento del Fiscal las intervenciones realizadas con los menores a efectos de posibilitar la supervisión que la Ley le encomienda, así como la eventual impugnación de decisiones o medidas administrativas que no fueran conformes con el interés superior del menor. Pero la intervención del Fiscal será siempre de supervisión y, en su caso, de impugnación.

El ingreso provisional en un centro de acogida de menores, como actuación de asistencia inmediata no necesita por ello de autorización del Juez o del Fiscal, y puede y debe acordarlo la Administración en el ejercicio de las funciones que le son propias. Este ingreso del menor en un centro no entraña necesariamente, ni en todo caso, la situación previa de desamparo, pues la necesidad de atención que padece el menor puede ser provisional o transitoria, y satisfacerse con una intervención puntual,

incluya o no asistencia residencial, una vez que se establezca el contacto con los padres o representantes legales y éstos ofrezcan correctamente la asistencia moral y material que el menor precise.

El Capítulo IV, apdo sexto, del Protocolo Marco precisa estas ideas:

“Si se tiene conocimiento de que el menor y el adulto van a abandonar el centro de manera inminente y no hubiera tiempo de que por el Ministerio Fiscal se promuevan las acciones judiciales oportunas, cuando de las declaraciones del adulto o de cualquier otro indicador o noticia se apreciara una situación de riesgo inminente en la persona del menor, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad actuantes procederán a separar al menor del adulto, comunicándolo inmediatamente a la Entidad Pública de protección de menores para que se haga cargo del menor y se acuerde su atención inmediata, y al Fiscal para el ejercicio de las acciones judiciales procedentes”

De ahí que la misma fuerza policial, analizadas las circunstancias del caso, debe proceder a la retirada inmediata del niño y su acogida provisional en centro de protección, como atención inmediata inexcusable en caso de riesgos graves y urgentes. Y ello, al margen de que se hubieran ejercitado ya acciones judiciales o si se estuviera a la espera de su resultado por estar pendiente la decisión judicial.

Esta retirada provisional debe ser comunicada al Ministerio Fiscal y a la Entidad pública de protección que, tras la atención inmediata inexcusable, debe valorar si el menor se encuentra o no en situación de riesgo o desamparo y si procede o no el reintegro con su familia.

El supuesto más frecuente que aconseja este tipo de intervención es el del niño cuya madre, acreditado o no el vínculo de filiación, habiendo presentado indicios de sometimiento a personas o grupos u organizaciones criminales, niega su condición de víctima de trata y rechaza la protección internacional y comunica o exterioriza su marcha inmediata.

La decisión de “retirada provisional” del menor en estos casos, encuentra también apoyo en el art. 14.2 de la Resolución Legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a *la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas*, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI),

siempre que se adopte en situación de conflicto entre los intereses del niño y los de su progenitora que rechaza la protección, en el que los primeros deben ser consideración prioritaria (art. 3 Convención de los Derechos del Niño y art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero). El citado art. 14.2 expresa:

2.

Los Estados miembros designarán un tutor o representante legal de la víctima infantil de la trata de seres humanos a partir del momento en que queda identificada por las autoridades nacionales, cuando, en virtud de la legislación nacional, se haya retirado a los titulares de la responsabilidad parental, como consecuencia de un conflicto de intereses entre ellos y la víctima infantil, la autorización de garantizar el interés superior del niño, o de representarle

Con todo, no se trata de una medida inexcusable, en tanto que la separación del niño es por principio una medida extrema y excepcional; sólo debe acordarse cuando las circunstancias del caso revelen un riesgo “inminente”.

V. 3 Otras actuaciones subsiguientes: comunicación de actuaciones y resultados y coordinación entre Fiscalías, instituciones y agentes implicados

La complejidad del proceso de identificación y protección de los niños a que se refiere el presente Dictamen exige la máxima coordinación entre los poderes públicos, instituciones, entidades y agentes implicados. Siguen vigentes las recomendaciones de la memoria de la FGE 2012, correspondiente al año 2011, sobre la articulación de “mecanismos inmediatos de coordinación y comunicación entre las ONG que gestionan los centros de acogida de madres, la Fiscalía de Extranjería y de Menores del Territorio correspondiente, los Servicios de Protección de la Comunidad Autónoma y la Brigada Provincial de la UCRIF”.

Actualmente, la correcta identificación de los menores y la grabación de la correspondiente información en el Registro de MENAs, junto a las posibilidades de acceso del Fiscal a la base ADEXTRA han mejorado la calidad y la celeridad de los procesos de identificación y protección de estos menores. En todo caso, sigue subsistiendo la necesidad de trasvasar con normalidad y fluidez toda la información al resto de agentes e instancias implicadas en la protección del niño.

A efectos de coordinación general, las reuniones periódicas entre las diferentes instituciones con competencias (Fiscalía, CNP, Guardia Civil, Entidades Públicas de Protección, ONGs colaboradoras...) en la materia han demostrado ser un eficaz mecanismo para aunar esfuerzos, y prever actuaciones y comunicaciones fluidas.

En cada caso particular, será imprescindible extremar la colaboración para que todas las comunicaciones entre las Secciones de Extranjería y Menores de las Fiscalías y entre las Fiscalías Provinciales, instituciones y agentes implicados sean completas mientras subsista la situación de riesgo. Estas comunicaciones deben incluir, junto a los datos del menor y el adulto, la situación apreciada y los riesgos detectados, el lugar de acceso y el centro de acogida humanitaria al que es remitido o al que se traslada al niño, así como los cambios sucesivos de residencia y lugares de destino.

Igualmente, deben comunicarse a las ONGs que gestionan los Centros de acogida los resultados de las actuaciones procesales que se hubieran emprendido en protección de los niños.

En ningún caso deben archivarse las Diligencias Preprocesales de protección en tanto no conste el resultado de la prueba de ADN que se hubiera practicado, su anotación en el RMENA y la remisión de información a la entidad o ONG colaboradora y a la Fiscalía correspondiente en los casos en que conste el lugar de traslado del niño.

Finalmente hay que subrayar dos aspectos determinantes de la corrección de las actuaciones a realizar: la existencia de recursos adecuados para la asistencia a los niños y niñas que directa o indirectamente son víctimas de trata y/o a sus madres, y la especialización de los servicios de protección a estos efectos, incluyendo la cualificación específica de los profesionales.

Por lo que hace a los recursos, es preciso recordar la obligación de los Estados y consiguientemente, de los poderes públicos internos, impuesta por el art. 4 de la CDN, de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas o de otro orden para garantizar la eficacia de los derechos reconocidos en su texto. Sólo la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales queda subordinada al límite máximo de los recursos disponibles, incluidos los procedentes de la cooperación internacional. De esta manera, la efectividad de derechos básicos (civiles y políticos) a la identidad, supervivencia, libertad y libre desarrollo de la personalidad.... No puede hacerse

depender de los recursos, siendo obligación de los poderes públicos el despliegue de cuantos sean necesarios conforme a los arts. 9.2 CE y 12 de la LOPJM.

En cuanto a la formación, la citada Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a *la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas*, recoge en su apartado 25 de antecedentes:

Cualquier funcionario que tenga probabilidades de entrar en contacto con víctimas o víctimas potenciales de la trata de seres humanos debe recibir una formación adecuada para identificar a estas víctimas y tratar con ellas. Esta obligación de formación debe ser fomentada para los miembros de las categorías siguientes, cuando puedan entrar en contacto con las víctimas: agentes de policía, guardias de fronteras, funcionarios de inmigración, fiscales, abogados, miembros del poder judicial y funcionarios de los tribunales, los inspectores de trabajo, el personal encargado de asuntos sociales, de la infancia y sanitario, así como el personal consular, pero también podría, dependiendo de las circunstancias locales, aplicarse a otros grupos de funcionarios públicos que pudieran entrar en contacto con víctimas de la trata....

Deben por tanto los Srs. Fiscales Delegados de Menores, con conocimiento de sus respectivos Fiscales Jefes y en el ejercicio de las funciones que les atribuye la Instrucción de la FGE 3/2008, de 30 de julio sobre *el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores de las Fiscalías*, demandar de la Entidad Pública de Protección de Menores de su respectivo territorio, el despliegue de los servicios que sean precisos para garantizar la seguridad y la indemnidad de los derechos de todos los niños y en especial, de quienes como éstos, se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad.

VI.- CONCLUSIONES

1ª Los niños extranjeros que acceden subrepticamente al territorio nacional, acompañados por quienes no acreditan vínculos de filiación o parentesco deben considerarse, en principio y en tanto se constata dicho vínculo, “separados” en el sentido del art. 1 de la CDN, a efectos de su reseña e inscripción en el registro de menores extranjeros no acompañados (RMENA).

2ª Con independencia de que las unidades policiales competentes otorguen o no a una mujer la consideración de víctima de trata, el abordaje de la situación de riesgo que pueda afectar al hijo o niño con el que viaja es competencia genérica de los poderes públicos que han de garantizar en todo caso la seguridad y bienestar del niño, conforme al art. 17.2 de la LOPJM.

Las atribuciones de las corporaciones legales y sus equipos de tratamiento familiar en materia de detección, evaluación, intervención y seguimiento de situaciones de riesgo que afectan a menores de edad, no eximen a la Entidad Pública de sus competencias en la materia que han de ejercitarse bajo principios de colaboración y coordinación interadministrativa, bajo supervisión del Ministerio Fiscal.

3ª Toda la información disponible sobre la llegada de estos menores sin filiación acreditada y los indicadores de riesgos variados que se hubieran detectado tanto por la Policía interviniente como por las ONGs que colaboran en la acogida humanitaria, deben ser remitidos a las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales y a la Entidad Pública de Protección de Menores correspondientes a la provincia de entrada del niño en territorio nacional.

4ª Antes de ponderar la indicación de cualquier medida de protección en estos casos, el Fiscal debe proceder a la consulta y verificación de los datos en el Registro de Menores Extranjeros no acompañados. Esta información, se solicitará del Cuerpo Nacional de Policía, cuando por cualquier causa, la indagación en ADEXTTRA plantee problemas técnicos o resulte imposible.

Igualmente, el Fiscal debe recabar, si no se le hubieran remitido ya, informes iniciales del CNP o de sus unidades especializadas, de las ONGs que hubieran colaborado en la acogida humanitaria, de los Servicios de Tratamiento Familiar de las Corporaciones Locales y de la Entidad Pública de Protección, en los que, con el mayor detalle e individualización posibles, se consignen las condiciones de acceso, la situación actual del niño y los indicios de riesgo de cualquier índole que se hubieran detectado.

5ª Cualquier solicitud de protección judicial por parte del Fiscal debe partir de una ponderación cuidadosa de todas las circunstancias, incluida la existencia de vínculos afectivos del niño con la mujer o adulto acompañante, que pueden haberse generado al margen de la filiación.

6ª Si se siguiera procedimiento penal por delito grave (trata de personas, inmigración ilegal, prostitución...), en el que el menor apareciere como posible víctima, el Fiscal

del caso podrá solicitar el ofrecimiento y práctica de la prueba de ADN que no se hubiere realizado previamente, como medida de protección a acordar por el Juez de Instrucción competente.

En otro caso el Fiscal, al valorar en un expediente de protección la concurrencia de riesgos que no hubieran podido tenerse en cuenta previamente, los pondrá en conocimiento del Cuerpo Nacional de Policía a fin de que proceda al ofrecimiento y realización de las pruebas de ADN.

7ª El rechazo injustificado de la prueba genética o la inexistencia acreditada de vínculo de filiación podrán fundar la solicitud de medidas judiciales de protección del art. 158 CC (prohibición de abandono del centro, obligación de comunicar cambios de residencia...) e incluso, la separación del niño con asunción de su tutela por parte de la Entidad Pública de protección, cuando aquel rechazo o la ausencia de vínculo, unidos al resto de circunstancias, revelen insuficiente garantía de la necesaria asistencia material o moral del niño.

8ª Mientras subsista una situación de riesgo y se esté procediendo a su evaluación, con independencia de la aceptación o rechazo de las pruebas de ADN o del resultado de éstas, se promoverán por el Ministerio Fiscal las acciones pertinentes ante el Juzgado de Guardia o Juzgado de Primera Instancia competente para asegurar que el menor no abandone el centro en compañía del adulto, sin autorización judicial.

9ª La valoración del riesgo para los niños tomará en consideración los primeros informes o estimaciones que la Policía Nacional o sus unidades especializadas hubieran realizado sobre posibles riesgos de victimización por trata de la madre o acompañante, aun cuando no se hubiera otorgado finalmente la condición de víctima a una u otro, así como los que aportaran las ONGs o entidades colaboradoras que hubieran acogido al niño y a su familia y hubieran observado su desenvolvimiento y relaciones.

10ª En los casos de riesgo grave e inminente, estén o no acreditados los vínculos de filiación, la misma fuerza policial, analizadas las circunstancias, puede proceder a la retirada del niño y su acogida provisional en centro de protección, como atención inmediata inexcusable en caso de riesgo urgente.

Esta retirada provisional debe ser comunicada al Ministerio Fiscal y a la Entidad Pública de protección que, tras la atención inmediata, deberán valorar la situación de riesgo o desamparo y si procede o no el reintegro con su familia.

11ª Cuando no están acreditados los vínculos de filiación o se sospecha de su realidad, la concurrencia de indicios de victimización de la mujer por sumisión a personas o grupos u organizaciones criminales sugiere la presencia de riesgo grave para el niño.

El rechazo a la protección prevista en el art. 59 LOEX por parte de la madre o mujer que acompaña al niño, no equivale sin más a la inexistencia de sospechas sobre su sumisión a los designios de personas, grupos u organizaciones criminales y por ende, de riesgos añadidos de diferente gravedad para el niño a su cargo.

En todo caso, el Fiscal deberá acopiar toda la información disponible, comprobar la reseña e inscripción registral del niño y verificar que se le ofreció la práctica de la prueba de ADN, antes de interesar la adopción de las medidas de protección administrativas, incluida la declaración de desamparo o judiciales (al amparo del art. 158 CC) que sean pertinentes en función de la valoración individualizada del riesgo.

12ª Cuando se hubieran acreditado vínculos de filiación, la presencia e importancia de los riesgos debe ponderarse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, debidamente justificadas:

- Si la madre hubiera asumido su condición y obtuviera el estatus de víctima de un delito de trata de personas objeto de investigación penal, la protección del niño se instará y acordará en los trámites del procedimiento penal.
- Cuando se hubiera apreciado la posible victimización de la madre o adulto de referencia por trata de personas al sólo efecto del art. 59 de la LOE, sin que concurrieran elementos suficientes para iniciar o continuar los trámites del proceso penal por delito, los riesgos para el niño deben considerarse muy importantes a fin de analizar y elegir las medidas de protección que sean precisas y que no afectarán a la madre.
- Cuando la madre no hubiera obtenido estatus de víctima de trata, el Fiscal, comprobadas la reseña e inscripción registral de madre e hijo, valorará en función de las circunstancias concurrentes, la posibilidad de demandar al amparo del art. 158 CC, y como medidas judiciales de protección, la prohibición de cambio de residencia o de abandono del territorio sin autorización judicial, la obligación de comunicación de los traslados.... Tales medidas sólo podrán afectar al niño en situación de riesgo y nunca a la madre.

- En los casos en que se detecten malos tratos, incuria o inasistencia moral o material procederá la asunción de la tutela por parte de la Entidad Pública.

13ª Cuando no existen vínculos de filiación pero tampoco se hubieran detectado indicios de trata de la mujer, el riesgo para el niño puede concurrir en función de distintas variables, normalmente asociadas a su falta de identificación. Las primeras medidas se orientarán a la preservación de la identidad del niño en los términos del art. 8 de la CDN, tras la comprobación de su reseña e inscripción registral.

La posible concurrencia de otros riesgos debe ser objeto de evaluación y seguimiento por parte de las Entidades Públicas de protección, sin perjuicio de las competencias de los Servicios Sociales municipales.

14ª La existencia de vínculos de filiación junto con la ausencia de sospechas de posible victimización de la madre no permiten descartar totalmente la posibilidad de riesgos, normalmente de baja intensidad, derivados de la irregularidad del proceso migratorio u otros factores concurrentes. Tales riesgos deben ser objeto de valoración y seguimiento por parte de los servicios sociales de la localidad de residencia del niño.

15ª La competencia para acordar medidas de protección civil de menores de edad, al amparo del art. 158 CC, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia. La urgencia propia de estas situaciones de riesgo permite derivar la atribución competencial al Juzgado de Guardia, de conformidad con el art. 42.5 del Reglamento 1/2005, dictado por el Pleno del Consejo del Poder Judicial sobre *aspectos accesorios de las actuaciones judiciales* (BOE n1 231 de 27 de septiembre de 2005) sin perjuicio de que, una vez realizada la intervención procedente, se traslade lo actuado al órgano competente o, en su caso, a la oficina de reparto.

16ª Todas las solicitudes de medida judicial de protección que plantee del Fiscal en este contexto deben acompañarse de la información que hubiera elaborado la UCRIF en relación con los riesgos detectados o descartados, el acta de la entrevista reservada realizada con el adulto, los resultados de las pruebas de ADN, cuando se disponga de ellos, así como de toda la información ofrecida por la ONG que hubiera intervenido en la acogida humanitaria.

17ª La solicitud de medidas judiciales de protección se fundará en la existencia y evaluación de los riesgos, sin limitarse a la necesidad de acreditar la filiación o de

aguardar el resultado de las pruebas genéticas, procurando un pronunciamiento judicial de protección del niño frente a aquellos riesgos, al margen del resultado de las pruebas de ADN. En consecuencia, será procedente recurrir los autos que, aun adoptando la medida solicitada, la vinculen exclusivamente a la obtención de los resultados de las pruebas genéticas, sin ponderar otros factores de riesgo concurrentes, así como aquellos otros que condicionen el alzamiento de la medida a la acreditación de la filiación.

18ª Mientras subsista la situación de riesgo, debe extremarse la colaboración para que las comunicaciones entre instituciones, entidades y agentes implicados sean oportunas y completas. Tales comunicaciones deben incluir, junto a los datos del menor y el adulto, la situación y los riesgos detectados, el lugar de acceso y el centro o centros de acogida humanitaria que acogen al niño, los cambios sucesivos de residencia y lugares de destino así como las medidas de protección, administrativas o judiciales que se hubieran acordado.

Igualmente, deben comunicarse a las ONGs que gestionan los Centros de acogida los resultados de las actuaciones procesales que se hubieran emprendido en protección de los niños.

17ª En ningún caso deben archivarse las Diligencias Preprocesales de protección en tanto no conste el resultado de la prueba de ADN que se hubiera practicado, su anotación en el RMENA, la remisión de información a la ONG o entidad colaboradora que hubiera intervenido y a la Fiscalía correspondiente, cuando se conozca el lugar de destino del niño.

Madrid, a 11 de diciembre de 2014