

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 97

Migraciones y vulnerabilidad Alcance y protección

Encarnación La Spina (coord.)



Deusto

Instituto de Derechos Humanos
Pedro Arrupe
Giza Eskubideen Institutua

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 97

Migraciones y vulnerabilidad.
Alcance y protección

Encarnación La Spina (coord.)

Joana Abrisketa Uriarte

Federico Arcos Ramírez

Clara I. Barrio Lema

María José Castaño Reyero

Isabel Diez Velasco

Maribel Rodríguez Álvarez

Natalia Caicedo Camacho

Irene Claro Quintáns

José Díaz Lafuente

Itziar Gandarias Goikoetxea

Beatriz de Lucas Larrea

Víctor Merino-Sancho

Bilbao

Universidad de Deusto

2021

CONSEJO DE REDACCIÓN

Cristina de la Cruz, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Trinidad L. Vicente, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Encarnación La Spina, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Felipe Gómez Isa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

CONSEJO EDITORIAL

Anja Mihr, Investigadora del Human Rights Center de la Universidad de Utrecht, Holanda.
Antoni Blanc Altemir, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida.
Bartolomé Clavero, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas.
Carlos Villán Durán, Presidente de la Asociación Española para la Promoción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
Carmen Márquez, Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla.
Cristina Churrua, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Eduardo J. Ruiz Vieytes, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Fernando Fantova, consultor en temas relacionados con los servicios sociales, Bilbao.
Francisco López Bárcenas, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México.
Gaby Oré Aguilar, consultora internacional en el campo de los derechos humanos y el género y miembro de Human Rights Ahead, Madrid.
Gloria Ramírez, Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México.
Gorka Urrutia, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jaume Saura, Presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona.
Joana Abrisketa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jordi Bonet, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona.
José Aylwin, Director del Observatorio de Derechos Ciudadanos, Temuco, Chile.
José Luis Gómez del Prado, miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios, Ginebra, Suiza.
José Manuel Pureza, Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra, Portugal.
Judith Salgado, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
Koen de Feyter, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Amberes, Bélgica.
Manuela Mesa, Directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz, CEIPAZ, Madrid.
Noé Cornago, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa.
Pablo de Greiff, International Center on Transnational Justice, New York.
Víctor Toledo Llancaqueo, Centro de Políticas Públicas, Universidad ARCIS, Santiago, Chile.
Vidal Martín, investigador de la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRIDE, Madrid.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org<<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 — 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es
ISBN: 978-84-1325-138-7
Depósito legal: LG BI 02089-2021

Índice

Algunas notas introductorias <i>Por Encarnación La Spina</i>	9
Vulnerabilidad frente a la dominación en las restricciones a la inmigración <i>Por Federico Arcos Ramírez</i>	13
Vulnerabilidad migratoria: un nuevo concepto para la protección de personas en movimiento <i>Por Clara I. Barrio, María José Castaño, Isabel Díez, Maribel Rodríguez</i>	35
La vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo y refugiadas en el Sistema Europeo Común de Asilo <i>Por José Díaz Lafuente</i>	57
El alcance de la vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: apertura de nuevas líneas de interpretación <i>Por Natalia Caicedo Camacho</i>	77
La vulnerabilidad de los niños migrantes: la respuesta del Tribunal de Estrasburgo en los supuestos de detención administrativa <i>Por Irene Claro Quintáns</i>	99
La protección internacional de los niños migrantes y refugiados: hacia su interés superior como consideración primordial <i>Por Joana Abrisketa Uriarte</i>	117

Asilo por razones de género: repensando un régimen jurídico todavía en proceso de construcción Por <i>Víctor Merino-Sancho</i>	141
Un <i>continuum</i> de múltiples violencias: la frontera sur desde una mirada feminista Por <i>Itziar Gandarias Goikoetxea, Beatriz De Lucas Larrea</i>	161

Algunas notas introductorias

Encarnación La Spina

Universidad de Deusto

En la práctica jurídica, el reconocimiento de una vulnerabilidad «particular», «especial» o «específica» para los colectivos migrantes y en concreto, para ciertos solicitantes de protección internacional, ha tenido una incursión normativa relativamente dispar en el ámbito de la movilidad humana. Si bien no existe un *numerus clausus* de situaciones ni de sujetos vulnerables, la vulnerabilidad se presenta como un concepto prominente y dinámico que se tensiona con la prevalencia histórico-normativa del enfoque *group approach* para ciertos colectivos: las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los colectivos LGTBI, las minorías étnicas, religiosas, etc. Para tales categorías incuestionables incluso la vulnerabilidad se presenta como un concepto ubicuo, relativo y no exento de implicaciones heterogéneas especialmente en la esfera jurídica que regula las migraciones. De hecho, durante los últimos años, la vulnerabilidad migrante como marco categórico extensible, interseccional y retráctil ha generado una gran densidad normativa y una confluencia de categorías jurídicas binarias en función de la variedad de estatutos jurídicos de protección y las posibles situaciones de riesgo. Sobre este extremo, pese a los avances jurisprudenciales y las valiosas contribuciones teóricas en torno a las dimensiones universal/particular de la vulnerabilidad, en el ámbito de las migraciones el reconocimiento de sujetos migrantes vulnerables se ha visto reducido por el amplio margen de discrecionalidad estatal en el control migratorio y ha quedado lejos de alinearse con el principio de igualdad efectiva.

Con el Nuevo Pacto de Inmigración y Asilo 2020 parece abrirse un compromiso de cambio legislativo en la gestión de la migración y asilo, las referencias a la vulnerabilidad se predicen en los solicitantes de protección internacional y en particular para los niños y niñas migrantes.

Si bien, aún está pendiente la tarea de implementación de los Global Compact y medir el alcance de las reformas legislativas anunciadas, la determinación más individualizada y contextualizada de las causas subyacentes a los factores de vulnerabilidad sigue siendo un aspecto indeterminado. Así se considera desde diferentes foros y organismos internacionales ACNUR, ONU y EASO, donde el especial reconocimiento de las necesidades especiales y específicas de la movilidad humana, especialmente la de aquellas personas que se encuentren en situación vulnerable en zonas fronterizas o en destino es un reto inaplazable que no admite categorías fijas de exclusión. Precisamente porque las personas migrantes pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad por diferentes factores que se superponen y derivan en diferentes categorías predeterminadas tanto situacionales o externas (circunstancias en las que se produce el desplazamiento, en el tránsito, en frontera y en destino) como individuales o internas (características intrínsecas del sujeto o vinculadas al país de origen).

Siguiendo estas premisas y gracias al estimulante debate y discusión que tuvo lugar en el seminario «Protección de las personas refugiadas especialmente vulnerables en frontera, tránsito y destino», celebrado el 11 y 12 de febrero 2020 en la Universidad de Deusto en este libro colectivo se recoge una selección cuidada y revisada de diferentes trabajos que abordan el concepto, alcance y protección de la vulnerabilidad en contextos migratorios.

Desde diferentes enfoques y áreas del Derecho, once investigadores pertenecientes a la Universidad de Almería, Universitat de Barcelona, Universitat Rovira i Virgili, Universidad Complutense de Madrid, Universidad Pontificia Comillas y Universidad de Deusto así como colaboraciones con CEAR o el IUEM analizan en un primer bloque, desde el ámbito iusfilosófico, la vulnerabilidad frente a la dominación siguiendo los postulados del republicanismo y se disecciona su problemática configuración normativa especialmente en las políticas de asilo de la Unión Europea. Seguidamente, para medir su concepto, alcance y protección, otras contribuciones centran el eje de discusión en sede jurisprudencial, proponiendo un recorrido interpretativo sobre la vulnerabilidad tanto desde la jurisdicción regional europea (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión europea) como el sistema interamericano, donde se identifican las diferencias y condiciones para su reconocimiento y se discuten sus implicaciones reales en su amplia casuística. Todo ello sin perjuicio de prestar atención, en un último conjunto de contribuciones, al régimen jurídico de protección de la especial vulnerabilidad de colectivos arquetípicamente doblemente vulnerables. Por ejemplo, los menores en situación de detención administrativa, su

estatuto jurídico de protección a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, así como la revisión del régimen jurídico de asilo por género junto a la situación de violencias de las mujeres migrantes en frontera sur y durante el tránsito.

Esta monografía y el seminario se suma a la necesidad de recoger reflexiones y contribuciones científicas sobre la vulnerabilidad migratoria desde la comunidad universitaria contando para ello con el apoyo institucional de la Facultad de Derecho y el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, así como gracias al respaldo económico de varios proyectos. Entre otros el Proyecto Beca Leonardo a Investigadores y Creadores Culturales 2018 de la Fundación BBVA, sobre «La protección jurídica de las personas refugiadas en situación de vulnerabilidad y su impacto en los procesos de integración», ref. IN[18]_ECC_DER_0066 y el Proyecto de Apoyo a las actividades de los grupos de investigación reconocidos del sistema universitario vasco (ref.: IT1224-19) «Derechos Humanos y retos socioculturales en un mundo en transformación. (Grupo reconocido en la categoría A de excelencia), el contrato de investigación posdoctoral en la Universidad de Deusto, referencia RYC 2016-19465 del Programa Ramón y Cajal del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el proyecto «Control de fronteras y derechos humanos en el mediterráneo». Ref. UAL18-SEJ-C004-B.

Sin duda, albergamos la confianza que esta miscelánea de trabajos pueda contribuir a mantener abierto el debate y a comprender mejor las complejas aristas de las vulnerabilidades migratorias. Compartir espacios de reflexión crítica ayuda a valorar cuáles serán las declinaciones futuras de la vulnerabilidad en contextos migratorios globales y cambiantes.

Bilbao, 8 de febrero de 2021

Vulnerabilidad frente a la dominación en las restricciones a la inmigración¹

Federico Arcos Ramírez

Universidad de Almería

1. Introducción: vulnerabilidad migrante y justicia social

Una teoría de la justicia menos centrada en la justicia perfecta y en hacer justas las instituciones y más preocupada por cómo reducir las injusticias actuales (Sen, 2000), debería prestar atención e identificar adecuadamente algunas fragilidades y debilidades que sufren las personas en el marco del contexto migratorio de gran envergadura al que venimos asistiendo en los últimos decenios. La configuración del control de las fronteras y de las políticas de extranjería como un dominio reservado de los Estados sitúa a muchos migrantes ante diferentes formas de vulnerabilidad que, en muchos casos, atentan contra su dignidad y autonomía y, en otros interfieren, en su integración social, económica y política en las sociedades de acogida, amenazando, incluso, su permanencia en estas.

Evidentemente, no todos los migrantes son igual de vulnerables. Como señala Encarnación la Spina, la vulnerabilidad humana genérica no sería suficiente para convertir al migrante en un sujeto en una posición particular o diferente de vulnerabilidad, sino que es precisa la concurrencia de otros factores adicionales de riesgo (2020: 53-54). Los

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco de los proyectos de investigación UAL-FEDER «Control de fronteras y Derechos Humanos en el Mediterráneo» (UAL18-SEJ-C004-B).

migrantes y demandantes de asilo no son, ciertamente, un grupo homogéneo y sus vulnerabilidades deben ser determinadas caso por caso. Desde la sentencia en el asunto *M.S.S c. Grecia y Bélgica*, el TEDH viene señalando que la vulnerabilidad de los migrantes no alcanza la generalidad necesaria para convertirlos en un grupo vulnerable o desaventajado (Baumgärtel, 2020). Lo cierto, sin embargo, es que son numerosos los aspectos tanto del control de las fronteras como, una vez que han logrado traspasarlas, el modo en que los distintos Estados regulan el acceso de los migrantes a derechos tan diversos como el asilo, la ciudadanía social y la membresía política, que actúan como potentes factores de exclusión y de vulnerabilidades muy significativas.

No es mi propósito realizar un inventario de las diversas formas en que la gestión de los flujos migratorios genera vulnerabilidades, sino abordar el examen de una dimensión específica de estas: la vulnerabilidad frente a la dominación. A mi juicio, la de la no-dominación ofrece una perspectiva menos polémica que la basada en la ilegitimidad de la coacción ejercida sobre los migrantes a la hora de identificar algunas injusticias de dicha gestión, sobre todo si se pretende extender el espectro de tales injusticias abarcando a los migrantes potenciales y no solo a los actuales. Aunque los controles fronterizos no sean solo preventivos sino coactivos (sensu contrario Miller, 2010), resulta excesivo equiparar la coacción *ocurrent* y la *dispositional* (Bayles, 1972), esto es, la directamente ejercida sobre los migrantes actuales (las diferentes medidas de interceptación, devolución o rechazo en frontera o post-frontera, desde las famosas concertinas, pasando por las repatriaciones forzosas, las devoluciones en caliente, hasta el internamiento en los semicarcerarios CIES) y, en menor medida, la derivada del sometimiento a la exigencia de visados o de autorizaciones de seguridad a aquellos, con la disuasión que todas las medidas anteriores ejercen sobre los potenciales migrantes. A la vista de ello, considero preferible un enfoque que contemple todas estas medidas no tanto desde la perspectiva de la coacción, sino como un sistema de dominación que funciona con distintas intensidades.

Examinaré algunas de las principales claves de la vulnerabilidad frente a la dominación en las restricciones a la inmigración tomando como referencia un enfoque inspirado en la literatura republicana. Su ideal de la libertad como no-dominación posee una larga tradición que se remonta a Cicerón, e incluye al Maquiavelo de los *Dircurso*s, Harrington, Montesquieu, Milton, Blackstone, Jefferson y Madison, y que ha cobrado fuerza en el conocido como *neo-republicanismo* (Skinner, Viroli, Pettit, Lovett, etc.). Contraponiéndolo a los conceptos de la libertad negativa y la libertad positiva desarrollados por Isaiah Berlin, la visión neorepublicana de la libertad política desarrollada principalmente

por Philip Petit estima que ser libre no consiste en no estar restringido por el poder y las leyes, sino en no estar sometidos al arbitrio potencialmente caprichoso o al juicio personalísimo de otro. Por dominación se entiende, no cualquier interferencia, sino la interferencia arbitraria de una persona, en las elecciones individuales de otra.

2. Vulnerabilidad, dominación y libertad en el pensamiento republicano

El republicanismo contemporáneo maneja una noción particular de vulnerabilidad. Para poder apreciar la singularidad de esta visión es preciso, en primer lugar, detenerse en el concepto de vulnerabilidad y desarrollar una breve taxonomía de sus significados.

Más allá de la idea general de sufrir perjuicio por parte de otros a la que remite su etimología latina (*vulnus*, herida), la vulnerabilidad puede ser definida como la situación en la que una persona o grupo están expuestos al riesgo acrecentado de sufrir un daño y/o tiene una capacidad disminuida de satisfacer sus necesidades, salvaguardar sus intereses o protegerse por sí mismo del daño. Este último debe entenderse en sentido amplio, ya que incluiría tanto aquellos causados por fenómenos o circunstancias que escapan al control humano (catástrofes naturales, enfermedades congénitas, etc.) como los que son el resultado de relaciones sociales y políticas en las que existe riesgo de sufrir explotación, discriminación, amenazas, desigualdad en el acceso a bienes y recursos, precariedad, dominación, etc. (Mackenzie, 2017: 89; *vid.* también Zullo, 2016: 487).

Podemos perfilar algo más una definición de vulnerabilidad señalando tres características adicionales. En primer lugar, la vulnerabilidad es un concepto *relacional*, en el sentido de que el vulnerable lo es respecto a determinados agentes y en relación con cierta clase de amenazas (Goodin, 1988:112). En segundo lugar, es un concepto *potencial*, ya que hace referencia a una posibilidad, a un futuro, a un riesgo o potencialidad tanto de una amenaza como del daño consecuencia de dicha amenaza (Besson, 2014)². En tercer lugar, lo

² Frente a esta visión, Mackenzie, Rogers y Dodds distinguen entre una vulnerabilidad potencial o *dispositional* y otra actual u *ocurrent*. (2014: 8). Algunos autores señalan críticamente que el hecho de que la vulnerabilidad se asocie a un futuro enfatiza una lectura de la realidad en clave de riesgo en detrimento de otra visión para la que el daño no es una posibilidad, sino una certeza que acompaña a muchos seres humanos desde su nacimiento. Barrere Unzueta, 2016: 19.

que define a la vulnerabilidad no es únicamente el riesgo acrecentado de sufrir daño, ataques, privación, o vulnerabilidad *primaria* (Casadei, 2018: 81), sino, sobre todo, la incapacidad para responder, defenderse o protegerse, la carencia de resiliencia frente a tales peligros. La vulnerabilidad combina, pues, un elemento *externo* y objetivo (la exposición a un daño posible) y otro *interno* y subjetivo (la incapacidad de protegerse a uno mismo) (Schroeder & Gefenas, 2009).

Para profundizar en el significado de la vulnerabilidad resulta insoslayable distinguir entre una básica, persistente, ontológica o constitutiva de la misma condición humana (Fineman, 2008: 8-9) y otra variable y selectiva (O'Neil, 1996: 192), entre una vulnerabilidad *fundamental* y otra *problemática* (Garrau & Laborde, 2015). La primera va unida a la *corporeidad* (Butler, 2009: 31; Goodin, 1988), a la fragilidad del cuerpo humano frente a la enfermedad, el sufrimiento, la muerte, o a la *animalidad* (MacIntyre, 2001: 102-103), y, en un sentido diverso, a la dependencia de los otros y a nuestros afectos personales y sociales. Con la segunda, se hace referencia al hecho de que ciertos individuos o grupos se encuentran en una situación especialmente elevada de poder sufrir ciertos perjuicios o daños por parte del resto de la sociedad o de los poderes públicos y/o de no poder defenderse de estos. Por tal razón, poseen «necesidades especiales» que no tienen el resto de los seres humanos. Sería, pues, una vulnerabilidad adicional a la básica o constitutiva.

La breve aproximación realizada al concepto de vulnerabilidad permite apreciar que, aunque no dejan de tomar en consideración la vulnerabilidad ontológica, los neo-republicanos otorgan una relevancia especial a la vulnerabilidad frente a la dominación (Ferrarese, 2016: 34). A los elementos que he señalado de la susceptibilidad de sufrir daños y la imposibilidad de defenderse, desarrollando la idea de Goodin, la literatura neorepublicana añade que lo que propicia esta situación no sería únicamente la *dependencia* física, afectiva, social o económica de otros, sino la *asimetría de poder*. A juicio de Garrau y Laborde, el hecho de que seamos fundamentalmente vulnerables no solo significa que necesitamos el apoyo y la cooperación de los demás para desarrollar nuestras capacidades, ya sea en forma de atención o de reconocimiento, sino que estamos expuestos a un riesgo específico: el de la dominación. Por ello, una política orientada a la creación de una sociedad de iguales debe impedir que las relaciones de interdependencia mutua se transformen en relaciones de dominio. La dominación aumenta y, al mismo tiempo, cambia la naturaleza de la vulnerabilidad (Garrau y Laborde, 2015: 55).

3. Restricciones a la inmigración y vulnerabilidad frente a la dominación

a) *Dominación y explotación*

Antes de analizar en qué sentido los controles a la inmigración ejercen o no dominación conviene, en primer lugar, distinguir a esta de la *explotación*³. Ambas situaciones se caracterizan por una importante asimetría de poder entre dos agentes de la cual uno de ellos, el dominador o explotador, se aprovecha para imponer al dominado o explotado unas condiciones que, en otras circunstancias, este no aceptaría. Más allá de esta similitud, ambos términos denotan realidades diferentes ya que la dominación es un concepto político y social, mientras que la explotación denota una realidad distributiva y económica.

Una relación entre A y B se convierte en explotación cuando el primero obtiene del segundo una ventaja de un modo *degradante* (Sample, 2003: 57), o *injusto* en tanto que desproporcionada (Wertheimer, 1999: 10). B se encuentra, pues, en una situación de vulnerabilidad indebida (Stilz, 2010:299), entendiéndose aquí por vulnerabilidad la ausencia de alternativas razonables a la relación que le ofrece el explotador. Se trata de una situación en la que se reduce al mínimo su poder para negociar y en la que, para algunos, B sufre coacción ya que esta sería, precisamente, el aprovecharse de la vulnerabilidad de un sujeto (debido a su menor nivel de capacidades, poder, o recursos) para convertir en inviable cualquier opción diferente de la que se le ofrece (O'Neil, 2004: 93). Por explotación cabría entender, por tanto, el abuso de la vulnerabilidad o ausencia de alternativas de una persona para obtener de ella una ventaja injusta (inmerecida, desproporcionada) o tratarla de forma degradante.

Prima facie, las restricciones a la inmigración no generan por sí solas, o de un modo directo, vulnerabilidad frente a la explotación. Lo más razonable es pensar que es la situación de pobreza extrema que padecen muchos migrantes que han logrado entrar en un determinado país en busca de una vida mejor lo que reduce drásticamente cualquier posibilidad de negociar los términos y condiciones de la relación laboral. Es la privación que padecen la que genera esta situación de vulnerabilidad, de ausencia de alternativas razonables a una determinada oferta laboral, y lo que permite al empleador instrumentalizar el trabajo e, in-

³ Para la distinción de la dominación tanto de la coacción, como de la explotación y la opresión *vid.* Lovett, 2010: 122.

cluso las vidas ajenas, obteniendo de ello un beneficio desproporcionado. No obstante, como señalaré a continuación, uno de los ámbitos en los que las leyes migratorias o de extranjería generan dominación, constituye, en numerosos casos, una pieza clave de la explotación de los migrantes. Puesto que muchos se encuentran en situación irregular y, en la mayoría de los Estados a los que se dirigen los flujos migratorios, el mero hecho de encontrarse en esta situación puede traducirse en la expulsión de su territorio, la sola posibilidad de ser expulsado, la *deportabilidad* del inmigrante «sin papeles», es un elemento clave de cara a explicar su vulnerabilidad frente a la explotación (en ese sentido Peutz y De Genova, 2010, 14). Si los migrantes aceptan tantas veces condiciones laborales explotativas es porque no pueden hacer valer sus derechos laborales sin arriesgarse a ser «detectados» por las autoridades y deportados.

Centrándonos en la vulnerabilidad frente a la dominación *stricto sensu*, la noción básica de esta última denota una situación caracterizada por el desequilibrio de poder entre dos agentes, en la que el dominante controla, interfiriendo libremente, sin restricciones y, por tanto, de un modo arbitrario, las elecciones de otros. Más allá de esta idea básica, existen diversas concepciones de lo que debe entenderse por dominación y arbitrariedad.

b) *La concepción democrática de la no-dominación*

De acuerdo con la denominada concepción *democrática* defendida por Pettit, el poder no es arbitrario en la medida en que sus decisiones son, directa o indirectamente, controladas democráticamente por las propias personas o grupos afectadas por ellas⁴. Si asumimos esta perspectiva, en principio, resulta difícil, por no decir imposible, negar que

⁴ Abizadeh desarrolla una argumentación muy similar sobre la ilegitimidad de la coacción ejercida por los controles fronterizos. A su juicio, puesto que las personas sometidas a los controles fronterizos de una comunidad política delimitada son tanto sus miembros como los no miembros, la justificación de tales controles debe tomar en consideración tanto a los primeros como a los segundos. Si todos los sujetos al poder político no participan en la determinación de las normas a través de las cuales aquel actúa, tal ejercicio carecerá de una de las bases más importantes de la legitimidad democrática. Por lo que se refiere particularmente a las fronteras, su régimen jurídico debería de ser determinado a través de procesos políticos en los que los extranjeros tengan la posibilidad de participar. La principal diferencia con el planteamiento que examinamos aquí es que, mientras los neo-republicanos vinculan los controles democráticos al ideal de la no-dominación, Abizadeh los asocia al valor liberal de la autonomía personal. *Vid.* Abizadeh 2008.

los actuales sistemas de control de las fronteras y de regulación de los derechos de las personas extranjeras ejerce dominación sobre los migrantes actuales y potenciales. Salvo las contadísimas excepciones de sufragio transnacional (Nueva Zelanda, Chile, Uruguay y Malawi), en las que los residentes permanentes tienen derecho al sufragio en las elecciones generales, tanto los inmigrantes actuales documentados como los indocumentados y los potenciales, carecen de voz y voto en la aprobación de las leyes y en los procedimientos administrativos que determinan si se les permite la entrada en cualquier país, el tiempo que pueden permanecer en él, o si tienen derecho a la ciudadanía y a determinadas prestaciones sociales.

Sin embargo, no todos los republicanos, y en particular Philippe Pettit, comparten esta última visión. Para este, los controles fronterizos ejercen dominación solo en el caso de que un Estado impida a sus ciudadanos emigrar, pero no por el hecho de que obstaculice a los que no lo son atravesarlas e inmigrar en su territorio. A su juicio, si no quiere perturbar su funcionamiento interno o, más aún, provocar un colapso, ningún Estado puede abrir sus fronteras. Como cuestión de *necesidad política*, todo Estado necesita ser selectivo y poner límites sobre quién puede entrar y en qué número. En el actual orden mundial, ni el hecho de que cualquier persona deba vivir en una sociedad política, ni el que deba hacerlo en una particular y no en la que quisiera, pueden ser considerados una forma de dominación política. Estas circunstancias pueden ser irritantes, pero no atestiguan la presencia de una voluntad dominante en la vida de esas personas. Por consiguiente, la noción de dominación como la ausencia de control democrático no es aplicable a la coacción ejercida a través de los controles fronterizos, sino que, en este contexto, solo podría consistir en la adopción de decisiones «no discriminatorias y dominantes desde el punto de vista de cualquiera» acerca de quién puede o no entrar (Pettit, 2012: 161-162).

Esta suerte de dualismo ético defendido por Pettit no resulta, a juicio de otros republicanos, aceptable ya que existen formas de control democrático alternativas: fundamentalmente, los tratados bilaterales entre Estados sometidos al control de sus respectivos *demos*, o la instauración de un sistema internacional democráticamente responsable ante todos los ciudadanos del mundo, que determinaría las políticas de inmigración (en este sentido Costa 2020). Sin embargo, un mundo formado por Estados constituye un horizonte muy difícilmente rebasable para una teoría política que no se sitúe en un plano puramente ideal (*vid.* Arcos, 2020 b: 80-81). El escepticismo de Pettit sobre la viabilidad de un Estado mundial, junto a los temores expresados por la mayoría de los neo-republicanos sobre la concentración del poder político

que conllevaría alguna forma de cosmópolis (Laborde y Ronzoni, 2015: 286), constituyen argumentos con demasiado peso para continuar insistiendo en que las restricciones a la inmigración son arbitrarias porque no permiten el control democrático por parte de todos los actuales o potenciales afectados por ellas.

c) *La visión procedimental de la no-dominación. El rule of law republicano como antídoto contra la arbitrariedad*

A la vista de todo ello, un enfoque estrictamente procedimental de la no-dominación como el desarrollado por Lovett parece, en principio, mejor situado de cara a examinar de qué modo los controles migratorios ejercen dominación. Desde este punto de vista, el poder no sería arbitrario en la medida en que logre ser controlado por normas, procedimientos u objetivos cognoscibles por todas las personas o grupos afectados. El concepto de dominación incluiría los tres siguientes elementos (Lovett, 2010):

- a) Un agente A ejerce un *poder asimétrico* sobre un sujeto B debido a que dispone de mayores recursos para influir en la situación de B.
- b) B es *dependiente* de A y *no puede huir de la relación social con este sin sufrir costes severos*. La dependencia de una persona de una relación social particular depende de sus creencias (verdaderas o falsas) sobre los peligros que conlleva intentar huir de dicha relación, junto con sus creencias (verdaderas o falsas) sobre las ventajas de cualquier opción cuyos méritos sean comparables a los de su situación actual (Ibídem: 39-40).
- c) El poder que ejerce A sobre B es *arbitrario* en la medida en que su potencial ejercicio *no está restringido*, de un modo efectivo, por *reglas, procedimientos u objetivos* externos al agente que son cognoscibles por todas las personas o grupos interesados.

La concurrencia del primero de estos tres factores resulta evidente ya que quienes diseñan e implementan las medidas jurídicas relativas a la entrada, estancia y residencia, a la devolución y expulsión, a la concesión de la nacionalidad, al reconocimiento del derecho de asilo, a las solicitudes de reagrupación familiar, etc. son diferentes autoridades situadas, por definición, en un plano de superioridad respecto al migrante.

En relación con el segundo, hay que distinguir entre los migrantes actuales y los potenciales. Resulta difícil cuestionar que los primeros se hayan en una situación de dependencia respecto al Estado huésped y,

por consiguiente, que existen costes de «huida» de la relación con este. La alternativa de retornar a su país de origen tendría, en la mayoría de los casos, un precio elevado, en especial para aquellos que llegaron huyendo de conflictos armados, de persecución por motivos políticos, o no pueden encontrar un tratamiento para su enfermedad si regresan a sus países. Además, se trata en muchos casos de personas que, regular o irregularmente, llevan años residiendo y trabajando en estos Estados y que tienen hijos nacidos en ellos que, en la mayoría de los casos, son además ciudadanos de estos. Por tanto, han desarrollado vínculos sociales y económicos fuertes en dicha comunidad política que no hacen viable, salvo a un precio humano enorme, la huida de la que hablamos.

¿Existe una relación de dependencia entre los migrantes solo posibles o potenciales y las autoridades del Estado al que desean entrar? La noción de dependencia dibujada por Lovett ¿podría ser estirada hasta el punto de considerar que entre quienes aún no residen, ni forma parte de una comunidad política, y las autoridades de esta existe una relación de dependencia? ¿Puede haber dependencia y costes de «salida» de una relación que aún no ha podido surgir?

Iseult Honohan considera que en el marco de unas relaciones sociales y económicas globalizadas, muchos de los potenciales migrantes viven ya en esa relación de dependencia, en la que quienes ejercen arbitrariamente el poder se benefician (disfrutando de materias primas baratas, deslocalizando la producción a países con salarios muy bajo o beneficiándose de una fiscalidad *off-shore* etc.), y los primeros no pueden huir de la relación, o deberían pagar un precio tan alto para hacerlo que no es realista pensar que estén dispuestos a asumir. En ausencia de otros países a los que emigrar, o de otras opciones que les garanticen no ser dominados, los controles migratorios (y las sanciones asociadas a ellos) hacen que la salida de esta relación de dependencia sea imposible o extremadamente costosa (Honohan, 2014: 41). Sin embargo, planteado desde esta perspectiva, más que ejercer dominación, los controles a la inmigración a los potenciales migrantes serían una pieza clave para eliminar entre sus opciones la posibilidad de huir fuera de sus fronteras y para que, desde esa posición de vulnerabilidad extrema, muchos de ellos «accepten» trabajar en condiciones de explotación en sus propios países, en particular en las tristemente célebres *sweatshops*.

Frente a esta última conclusión, no creo que pueda sostenerse que, sin haberse convertido aún en miembro de un Estado, una persona se encuentre en una relación de dependencia con este, incluso, como señala Costa, en el caso de que dicho Estado decidiera iniciarla admitiendo la entrada a su territorio. De ahí que, llegados a este punto, lo más razonable sea eliminar del concepto de dominación la exigencia de

que entre el dominador y el dominado exista una relación de dependencia social. Aunque esta pueda incrementarla, para que exista dominación es suficiente con la asimetría de poder y, sobre todo el ejercicio arbitrario de este (2020: 12).

La vulnerabilidad frente a la dominación de los potenciales migrantes no exige, pues, que exista una relación social o, de rechazar la tesis de Miller de que los controles fronterizos son únicamente preventivos, que exista coacción. Lo determinante es la existencia de un riesgo acrecentado de estar expuesto a la decisión arbitraria de otro. La clave entonces es determinar qué debe entenderse por estar sometido a una interferencia arbitraria en las acciones o elecciones de un individuo por parte del poder, en otros términos, qué límites debe respetar el ejercicio de este para considerarse que no ejerce dominación y para que, de acuerdo con el ideal republicano, los individuos (en este caso, los migrantes) disfruten de libertad política.

En la voz «Republicanismo», elaborada para la Enciclopedia de Filosofía editada por la Universidad de Standford, Lovett señala que, a grandes rasgos, el punto de vista procedimental equipara la libertad republicana con la idea tradicional del *rule of law*, siempre que estemos dispuestos a ampliarla considerablemente (Lovett, 2018). Si bien es cierto que en un trabajo muy reciente (2020: 3) presenta su visión del *rule of law* como una salida al impase al que conduce la polémica entre los partidarios de una visión estrictamente formal de este valor (Fuller, Hayek, etc.) y los defensores de una visión material (Dworkin), creo que la alternativa republicana que nos presenta Lovett coincide sustancialmente con el espíritu de la primera de estas concepciones. Ciertamente, su definición del *rule of law* no se centra en los aspectos estructurales y funcionales del Derecho, sino en la exigencia de que la coacción sea ejercida de modo impersonal por las autoridades políticas a través de, únicamente, la aplicación de normas públicas. De ahí que considere que aquel no sería propiamente una virtud de los sistemas jurídicos sino más bien de los órdenes sociales (Ibídem, 14). Sin embargo, lo cierto es que, para Lovett, esa impersonalidad en la aplicación de la coacción consustancial a la no-dominación y/o el *rule of law* exige, fundamentalmente, consistencia y previsibilidad en la aplicación de las leyes, esto es, justicia formal.

Ahora bien ¿es suficiente el *rule of law* así concebido para evitar la dominación en general y la ejercida sobre los migrantes en particular? En favor de una respuesta afirmativa se podría señalar que el sistema no sería justo en los principios, sino más o menos arbitrario en la práctica. En primer lugar, debe tenerse presente que no siempre es fácil encontrar un equilibrio aceptable entre el derecho de los Estados a con-

trolar la entrada de extranjeros a través de sus fronteras y las razones que justifican la pretensión de estos últimos para cruzarlas. En segundo lugar, lo que genera dominación no es, en la mayoría de los casos, el contenido de las restricciones a la inmigración, sino la excesiva discrecionalidad derivada de la defectuosa redacción y la irregularidad en la aplicación de las directivas jurídicas que lo articulan. Es esto último lo que favorece que el ejercicio de la coacción no se haga efectivo a través de normas públicas e impersonales, sino de decisiones personales. La inmensa mayoría de los países del primer mundo que imponen restricciones a la inmigración son Estados constitucionales de Derecho que, directa o indirectamente, han incorporado el respeto de los derechos humanos más básicos a sus normas jurídicas supremas incluidas, *prima facie*, de un modo más o menos expreso, las disposiciones jurídicas que regulan tanto la entrada, la expulsión, el acceso a la ciudadanía, etc. Con la aprobación de leyes dotadas de mayor racionalidad lingüística, la eliminación de algunas lagunas técnicas que impiden la implementación esperable de algunas normas generales⁵, así como un seguimiento más fiel de lo exigido por estas, se reducirían los espacios de discrecionalidad que favorecen la arbitrariedad y la dominación.

Además de poner de manifiesto que presupone una visión muy limitada de lo que debe entenderse por arbitrariedad (Sharon, 2016; Costa, 2020), en contra de esta fe en la capacidad del cumplimiento máximo del *rule of law*, tal y como lo concibe Lovett, en el diseño y aplicación del control migratorio para eliminar la dominación, se ha señalado que descansa en una visión un tanto ingenua sobre el *modus operandi* de las autoridades gubernativas que adoptan las restricciones a la inmigración. Ciertamente, la vaguedad e indeterminación normativa que permite la discrecionalidad y favorece la arbitrariedad es, en muchos casos, inevitable dada la complejidad de los supuestos sobre los que deben adoptar decisiones. Sin embargo, en otros muchos casos, son los gobiernos nacionales los que favorecen de diversas formas la creación de marcos jurídicos proclives a la discrecionalidad administrativa, o que esquivan los límites del derecho y la justicia domésticos, tal y como referiré a continuación, externalizando y privatizando el control de las fronteras. Además, al no formar parte de la comunidad política, los migrantes potenciales carecen de los derechos de participación que les permitirían poder impugnar las políticas que les perjudican. Los refugiados y migrantes experimentan, de esta forma, diferentes formas

⁵ Me refiere, por ejemplo, a la laguna técnica que representa, en el caso de España, la ausencia de un reglamento que desarrolle la Ley de Asilo aprobada en 2003.

de dominación silenciosa. Al estar privados del derecho a hablar y ser escuchados, su estatus e identidad son definidos por otros sin tener la posibilidad de influir en la decisión. Serían pues «no-ciudadanos silenciosos» (*vid.* Bohman, 2015: 7-8).

d) *La apertura de las fronteras como remedio para la dominación en las restricciones a la inmigración*

De ahí que algunos neorepublicanos defiendan que la única forma de lograr eliminar la dominación que, en muchos casos, sufren los migrantes sea mediante una mayor apertura de las fronteras. En el caso de Victoria Costa, esta propuesta responde a su convicción de que la ausencia de dominación exige la protección de los intereses básicos de estos, algo que no puede lograrse solo con justicia formal sino, por razones instrumentales, con el reconocimiento del derecho a cruzar libremente las fronteras (Costa, 2020: 14-16). El planteamiento de Sage es más bien pragmático. No considera las fronteras abiertas el correlato lógico de un pretendido *ius migrandi*, ni que, en el plano abstracto de los principios, no existan razones normativas para permitir que los Estados restrinjan la inmigración. La realidad, sin embargo, es que en la práctica la impermeabilidad de las fronteras genera dominación, por lo que solo una mayor apertura de estas puede crear las condiciones que permitan que la voz de los migrantes pueda ser tenida en cuenta la hora de adoptar las decisiones que les afectan (Sager, 2017: 48-49).

No comparto el primero de estos planteamientos en favor de la apertura de las fronteras como antídoto contra la arbitrariedad. Además de los inconvenientes para defender la existencia de un *ius migrandi* (*vid.* Arcos 2020), hipertrofia el concepto de dominación y, al igual que la concepción sustantiva del *rule of law*, corre el riesgo de convertirse en un valor último difícilmente distinguible de una filosofía social completa (en ese sentido Raz, 1979: 2010-211; Lovett, 2020: 18-19). Más aceptable me parece, por el contrario, admitir que, aunque puedan existir razones políticas y morales que justifiquen que los Estados impongan restricciones a la inmigración, no se ha logrado encontrar hasta ahora un modo de hacerlas valer que no genere, con frecuencia, niveles preocupantes de vulnerabilidad frente a la dominación. De ahí la necesidad de poner en práctica medidas alternativas a las utilizadas hasta hora, entre otras una mayor apertura de las fronteras, que reduzca la asimetría de poder entre los migrantes potenciales y las autoridades encargadas de adoptar decisiones sobre la entrada, la permanencia y el acceso a la ciudadanía de las personas migrantes.

4. Algunas fuentes de vulnerabilidad frente a la dominación en el control de las fronteras y el derecho de extranjería

Dedicaré este último epígrafe a examinar algunos de los elementos concretos del actual sistema de control de fronteras y del Derecho de extranjería *amplio sensu* (medidas tanto legislativas como administrativas que adoptan los órganos políticos y diferentes operadores jurídicos) que contribuyen significativamente a generar vulnerabilidad frente a la dominación.

Por lo que se refiere al primer nivel, una de las razones por las que la externalización y la privatización de las políticas migratorias resultan ética y políticamente problemáticas es debido a que aumentan el riesgo de dominación. Con el primer rasgo se hace referencia al modo en que se ha producido un desplazamiento de las tareas de control migratorio fuera del territorio de los Estados a través de diversas medidas: desde los conocidos acuerdos para la readmisión de los inmigrantes interceptados, pasando por los muchos menos conocidos, informales y opacos para la cooperación con terceros Estados para que patrullen sus fronteras y controlen los flujos migratorios que parten de ellos, o los más polémicos acuerdos para la reubicación de refugiados a cambio de dinero, como los suscritos entre Australia y Camboya en 2014 y la UE y Turquía en 2017. La externalización habitualmente va acompañada de la privatización del control de las fronteras. Tanto en la pre-frontera, como en la frontera y la post-frontera, las empresas privadas están involucradas en el control de la inmigración irregular a través de la tramitación de visados, la selección, el filtrado, la identificación y el registro de los flujos de migrantes, así como su detención, atención y transporte (Sala y Godenau, 2017: 207-208).

Tanto la externalización como la privatización favorecen que los migrantes queden atrapados en un control migratorio que, de modo más o menos opaco, esquiva en muchos casos los límites al ejercicio del poder derivados tanto del principio de seguridad jurídica, como de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los imperativos humanitarios del Derecho de los refugiados. Dicha opacidad alcanza su mayor intensidad en los acuerdos internacionales no normativos en materia migratoria (declaraciones conjuntas, memorándums, etc.) como los concluidos por España (González Vega, 2015). Entre los principales defectos de dichos instrumentos de gestión de los flujos migratorios se ha señalado que algunos acuerdos facilitan el desarrollo expeditivo de procedimientos de repatriación y que contienen escasas previsiones en materia de derechos humanos.

En el plano legislativo, pero sobre todo en la práctica judicial y administrativa, es posible identificar, en ámbitos tan diversos como el

asilo, la expulsión o la concesión de la nacionalidad, numerosas situaciones en las que los migrantes se ven frecuentemente expuestos a sufrir dominación y/o arbitrariedad. Aunque tomaré como referencia casi exclusivamente el Derecho español, estas vulnerabilidades también se encuentran, en mayor o menor medida, en la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos occidentales.

I. Aunque mejorable en muchos aspectos vinculados al desarrollo efectivo de un Sistema Europeo Común de Asilo (fundamentalmente, un reparto más solidario entre los estados miembros de UE de las peticiones presentadas en el marco del acuerdo de Dublín), en principio, el sistema de asilo vigente en España no constituye una de las principales fuentes de vulnerabilidad frente a la dominación. Existe una jurisprudencia consolidada que ha dejado claro que el reconocimiento del derecho de asilo no es una decisión arbitraria ni graciable, sino sujeta a criterios objetivos determinados legalmente. De ahí que, sabedores de que, en cuanto los migrantes logran traspasar las fronteras y manifestar su deseo de solicitar asilo se activa un procedimiento que funciona conforme a criterios de justicia formal y material de una cierta calidad, los distintos gobiernos vengán acordando que se ejerza una coacción tan severa y directa sobre los que desean traspasar sus fronteras.

No obstante, pese a ser España uno de los Estados más favorables para la acogida en términos formales, las demoras en los procedimientos, la falta de recursos y las propias limitaciones internas del sistema de protección generan diversas formas de vulnerabilidad. Los procedimientos se retrasan ya que no existe un sistema digitalizado de gestión electrónica de los expedientes que permita una conexión rápida entre las oficinas de policía o los puestos fronterizos donde se realizan las entrevistas y la sede de la Oficina de Ayuda al Refugiado. Su duración oscila entre tres meses y tres años, habiéndose producido retrasos de hasta siete para formalizar la entrevista que pone en marcha el procedimiento. Aunque no parece que el principio de no devolución sea aplicable a quienes aún no han podido formalizar la solicitud del procedimiento por estar pendientes de la entrevista con el que este se inicia y, por consiguiente, que quienes están en esta situación sean vulnerables a la expulsión, con frecuencia, genera incertidumbre e inseguridad para los que han logrado formalizar sus demandas que obstaculiza, además, el acceso al sistema de acogida.

II. Críticas similares merece el sistema de expulsión de los inmigrantes en situación irregular, su deportación. En muchos Estados, las autoridades políticas disponen de una amplísima discrecionalidad a la hora de valorar los hechos que justifican la expulsión de un extranjero que ya está residiendo y trabajando, a veces durante años, en un país (Lenard, 2015). En Estados Unidos, se permite la deportación de los condenados por ilícitos

tos castigados con una pena que no supera el año de prisión. Aunque en menor medida, también la regulación existente en España alienta la incertidumbre y vulnerabilidad de los extranjeros en situación irregular.

Merece destacarse, en primer lugar, la inseguridad jurídica imperante en el Derecho de extranjería en España como resultado de los vaivenes experimentados a la hora de valorar la compatibilidad (antinomía parcial-parcial en la conocida clasificación de Alf Ross si fueran normas del mismo sistema jurídico) de la Directiva de Retorno de 2008 (que permite decretar la expulsión de los nacionales de terceros países por el solo hecho de encontrarse en situación irregular) y la Ley de Extranjería (que permite optar, en este caso, entre la multa o la expulsión recurriendo a la ponderación). Durante unos años prevaleció la interpretación de que la sanción principal era la pecuniaria, mientras que la expulsión exigía una motivación específica, que debía venir fundada en la concurrencia de datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias personales (entre otras, las SSTS de 27 de abril de 2007, de 27 de mayo de 2008 y de 28 de noviembre de 2008). Posteriormente, a raíz de la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, el Tribunal Supremo dictaminó que «ante un supuesto de estancia irregular, lo procedente es decretar la expulsión del extranjero, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva de Retorno o, en su caso, de los supuestos del art.5 que propicien la aplicación del principio de no devolución» (SSTS 1716/2018, de 4 de diciembre, 1817/2018, de 19 de diciembre y 1818/2018, de 19 de Diciembre). Por consiguiente, la expulsión y no la multa debía ser la respuesta al hecho de encontrarse «sin papeles». Sin embargo, el pasado 8 octubre de 2020, en respuesta a una cuestión prejudicial interpuesta por el TSJ de Castilla La-Mancha, el Tribunal de Justicia de la UE ha dictado una sentencia que impide a España expulsar inmigrantes solo por estar en esta situación, sobre la base jurídica de que la Directiva de Retorno no es directamente aplicable a los particulares.

Mención aparte merecen las conocidas como devoluciones «exprés», aquellas realizadas directamente desde las comisarias de policía mediante la medida cautelar de detención preventiva del art. 61.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, cuyo porcentaje en los últimos años es muy superior al de las practicadas desde los CIES. En la práctica de tales expulsiones, no se aplican las garantías de la ejecución forzosa de los actos administrativos contenidas en el artículo 97 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que impiden la ejecución de una orden de expulsión sin haber dictado previamente un acto administrativo específico que acuerde proceder a dicha ejecución. Además, se llevan a cabo sin apercebimiento

previo, y sin atención al principio de proporcionalidad exigido por el artículo 8.4 de la Directiva de Retorno. En muchos casos, el detenido al que se va a expulsar tampoco dispone de asistencia letrada o, cuando la consigue, suele ser demasiado tarde para detener la expulsión. No debe perderse de vista que algunas de estas órdenes pueden ser ejecutadas años después de ser dictadas, obviando circunstancias personales sobreenvenidas, como pueden ser los vínculos familiares, sociales, enfermedades, o la expulsión a un país en el que la situación política representa un peligro para su vida (Navarro Manich, 2015; Trillo Figueroa, 2015).

III. Otra de las principales fuentes de vulnerabilidad frente a la dominación la constituyen los diversos aspectos del régimen de la adquisición de la nacionalidad que, como es sobradamente conocido, constituye la clave de bóveda en la que se apoya el famoso derecho a tener derechos arendtiano, el acceso a la membresía política, a la ciudadanía. Lejos de ser un derecho humano⁶, junto a la decisión acerca de quiénes pueden traspasar sus fronteras para una estancia o una residencia más o menos duradera, la *naturalización* de los extranjeros continúa siendo un ingrediente medular del conocido como *domain reservé* de los Estados, tal y como sostuvo La Corte Permanente de Justicia Internacional en 1923. De ahí que, para el Tribunal Supremo español, esta no pueda ser considerada un derecho subjetivo y, sobre todo, que el paso de la residencia continuada a la nacionalidad conlleve un «salto cualitativo» de notoria importancia (STS 4877/2015, F.J 1).

La mayoría de los Estados condiciona la naturalización de los migrantes regulares a diversas condiciones, básicamente, probar la residencia legal continuada, la superación de pruebas que acrediten la integración en la sociedad de acogida, demostrar buena conducta cívica y la renuncia, salvo excepciones, a la nacionalidad de origen. El resultado es un sistema de acceso a la ciudadanía que descansa en conceptos jurídicos indeterminados que, en algunos casos, termina por convertirlos no solo en individuos sino, sobre todo, en un grupo vulnerable a la dominación (en este sentido Benton, 2014).

La acreditación del grado de integración en la sociedad de acogida está condicionada a la superación de pruebas de conocimiento tanto del idioma (en España, como mínimo un nivel A2 de castellano) como de los valores históricos, constitucionales y socioculturales del país⁷.

⁶ Según art. 3.1 del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad (1997) «cada Estado determinará, de acuerdo con sus leyes, quienes son sus nacionales».

⁷ Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia. Artículo 6. Un 60% de preguntas son relativas a conocimientos sobre la

En algunos casos, ambos test, en particular el segundo de ellos, pueden generar situaciones de vulnerabilidad frente a la dominación⁸. Así ocurriría, en primer lugar, cuando la pobreza de muchos migrantes va unida a un elevado grado de analfabetismo funcional y, en general, de formación. De ahí que, en lugar de limitarse a imponer a los *denizens* que acrediten dicho nivel, sería más adecuado que los gobiernos se esfuercen en proporcionarles los medios para alcanzar dicho grado de competencia lingüística (Benton, 2014: 65)⁹.

En segundo lugar, esta discrecionalidad se muestra especialmente problemática en los supuestos en los que se toman en consideración factores religiosos de los *denizens* para calibrar su grado de integración. En algunos casos, como serían los de denegación de nacionalidad por poligamia efectiva, la incompatibilidad de esta práctica con los valores fundamentales de la sociedad de acogida (a través de la conocida cláusula del «orden público» constitucional) hace inevitable la toma en consideración del factor religioso en contra de la concesión de la nacionalidad (sensu contrario *vid.* Gilbert, 2009: 396). En otros, sin embargo, lo que se ha tomado en consideración no han sido directamente las *prácticas* o *conductas* de las personas, sino las *creencias* religiosas de quien solicita la adquisición de la nacionalidad, lo cual resulta mucho más problemático (*vid.* Carens, 2013: 51 ss; Sachar, 2015: 236-23) y, desde el prisma adoptado en estas páginas, puede generar situaciones de vulnerabilidad frente a la dominación. El uso del niqab por Faiza Salmi es, seguramente, la ilustración más célebre de dicho riesgo¹⁰.

Constitución y la organización administrativa y territorial de España y un 40% de cuestiones sobre la cultura, la historia y la sociedad españolas.

⁸ La línea jurisprudencia dominante ha venido considerando que la justificación del suficiente grado de integración en la sociedad por parte del solicitante de la nacionalidad «exige el conocimiento por parte del interesado del idioma español, en grado suficiente no ya solo para entenderlo, sino para hablarlo y entablar relaciones sociales adecuadas y eficaces con arreglo a los estándares de convivencia usuales» (STS 6503/2011).

⁹ Debe reconocerse, no obstante, que la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia, en su artículo 10.6 permite tanto a las personas con discapacidad como a aquellas que no sepan leer ni escribir o tengan dificultades de aprendizaje podrán solicitar la dispensa de estas pruebas al Ministerio de Justicia.

¹⁰ Faiza Salmi es una mujer marroquí a la que, llevando años viviendo en Francia, estando casada con un ciudadano francés de ascendencia marroquí y habiendo tenido cuatro hijos (todos ellos ciudadanos franceses), se le denegó en 2008 la nacionalidad francesa. El tribunal de apelación consideró que el uso del niqab por esta mujer adoptado una práctica radical de su religión, resulta incompatible con los valores esenciales de la comunidad francesa, en particular el principio de igualdad de sexos. Igual de polémicos son los casos en los que, tanto en Francia como en Suiza, se ha confirmado la denegación de nacionalidad por falta de asimilación a la sociedad francesa y suiza por negarse a dar la mano a un funcionario.

Bibliografía

- Abizadeh, Arash (2008): «Democratic Theory and Border Coercion. No Right to Unilaterally Control Your Own Borders», *Political Theory*, Vol. 36, n.º 1, pp. 37-65.
- Arcos Ramírez, Federico (2020): «¿Existe un derecho humano a inmigrar? Una crítica del argumento de la continuidad lógica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 43, pp. 285-312.
- Arcos Ramírez, Federico (2020 b): «¿Primero los nuestros? Apertura controlada de fronteras y cosmopolitismo moderado», *Bajo Palabra*, n.º 23, pp. 73-100.
- Barrere Unzueta, M. Ángeles (2016): «Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. Subordinación?», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, pp. 17-34.
- Baumgärtel, Moritz (2020): «Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 38, n.º 1, pp.12-29.
- Bayles, Michael (1972): «Concept of Coercion», en PENNOCK, Ronald & CHAPMAN, John (eds). *Nomos XIV: Coercion*, Chicago: Aldine-Atherton, Inc., pp. 16-29.
- Benton, Meghan (2014): «The problem of denizenship: a non-domination framework», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 17, n.º 1, pp. 49-69.
- Besson, Samantha (2014): «La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme», en BURGORGUE-LARSEN, Laurence (Dir.) *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone (Col. Cahiers européens, n.º 7), pp. 59-85.
- Bohman, James (2015): «Domination, global harms, and the problem of silent citizenship: toward a republican theory of global justice», *Citizenship Studies*, Vol. 19, n.º 5, pp. 520-534.
- Burgorgue-Larsen, Laurence (2014): «La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire», en BURGORGUE-LARSEN, L. (dir.); *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone (Col. Cahiers européens, n.º 7), Paris, 2014, pp. 237-243.
- Butler, Judith (2009): *Frames of War: When is Life Grievable?* Verso, London.
- Carens, Joseph (2013): *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, Oxford.
- Casadei, Thomas (2018): «La vulnerabilità in prospettiva critica», en Giolo, Orsetta y Pastore, Baldasare (ed). *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, pp. 73-99.
- Costa, M.Victoria (2020): «Neo-Republicanism and the Domination of Immigrants», *Res Publica*, <https://doi.org/10.1007/s11158-020-09489-7>
- Ferrarese, Estella (2016): «Vulnerability and Critical Theory», *Critical Theory*, Vol. 1, n.º 2, pp. 1-88.

- Fineman, Martha (2008): «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 20, n.º 1, pp. 9-15.
- Garrau, Marie y Laborde, Cecile (2015): «Relational Equality, Non-Domination, and Vulnerability», en Fourie, C, Schuppert, F y Wallimann-Helmer, I (eds). *Social Equality. On What It Means to Be Equals*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 45-64.
- Gilbert, Lauren (2009): «Citizenship, Civic Virtue, and Immigrant Integration: The Enduring Power of Community-Based Norms», *Yale Law & Policy Review*, n.º 27, pp. 335-398.
- Gonzalez Vega, Javier (2015): «El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 111, pp. 173-193
- Goodin, Robert (1985): *Protecting the Vulnerable*, The University of Chicago Press, Chicago.
- Honohan, Iseult (2014): «Domination and migration: an alternative approach to the legitimacy of migration controls», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 17, n.º 1, pp. 31-48.
- La Spina, Encarnación (2020): *La vulnerabilidad de las personas refugiadas ante el reto de la integración*, Aranzadi, Navarra.
- Laborde, Cecile y Ronzoni, Miriam (2016): «What is a Free State? Republican Internationalism and Globalisation», *Political Studies*, Vol. 64, n.º 2, pp. 279-296.
- Laborde, Cecile (2010). «Republicanism and Global Justice», *European Journal of Political Theory*, Vol. 9, n.º 1, pp. 48-69.
- Lenard, Patti Tamara (2015): „The ethics of deportation in liberal democratic states», *European Journal of Political Theory*, Vol. 14, n.º 4, pp. 464-480.
- López Sala, Ana y Godenau, Dirk. (2016): «Delegando el control migratorio. Una aproximación a las dinámicas *outsourcing* en España», en López Sala, Ana y Godenau, Dirk (coords.). *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Anthropos, Barcelona, pp. 197-223.
- Lovett, Frank (2010): *A General Theory of Domination and Justice*, Oxford University Press, Oxford.
- Lovett, Frank (2015): «A republican argument for the rule of law», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, <https://doi.org/10.1080/13698230.2020.1737473>
- Lovett, Frank (2018): «Republicanism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Zalta, E (ed.). <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=republicanism>
- Lovett, Frank (2020): «A republican argument for the rule of law», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, <https://doi.org/10.1080/13698230.2020.1737473>

- Macintyre, Alasdair (2001): *Animales racionales y dependientes. Por qué los humanos necesitamos las virtudes*, Paidós, Madrid.
- Mackenzie, Catriona (2017): «Vulnerability, Needs and Moral Obligation», en STRAEHLE, Christine (ed), *Vulnerability, Autonomy and Applied Ethics*, Routledge, Londres, pp. 83-102.
- Mackenzie, Catriona, Rogers, Wendy & Dodds, Susan (2014): *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- Miller, David (2010): «Why Immigration Controls are Not Coercive: A reply to Arash Abizadeh», *Political Theory*, n.º 38, pp. 111-120.
- Navarro Manich, José Alberto (2015): «La ejecución forzosa de las órdenes de la expulsión mediante detención, privación de libertad e inmediata expulsión: la necesaria habilitación previa mediante acto administrativo dictado de conformidad con el principio de proporcionalidad», en Martínez Escamilla, Margarita (Coord.) *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, pp. 139-156. en: <https://eprints.ucm.es/34492/1/FINAL.%20DIC%202015%20LIBRO%20CGPJ.pdf>
- O’Neil, Onora (1996): *Towards justice and virtue. A constructive account of practical reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge.
- O’Neil, Onora (2004): *Bounds of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Pettit, Philippe (1997): *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Clarendon Press, Oxford.
- Pettit, Philippe (2010): «A Republican Law of Peoples», *European Journal of Political Theory*, Vol. 9, n.º 1, pp. 70-94.
- Pettit, Philippe. (2012): *On the people’s terms. A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Peutz, Nathalie y de Genova, Nicholas (2010): *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Duke University Press, Durham, NC.
- Raz, Joseph (1979): *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- Sachar, Ayelet (2015): «Law and women’s equal citizenship», en Vertovec, Steven (ed.), *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Routledge, Londres, pp. 234-244.
- Sager, Alex (2017): «Immigration Enforcement and Domination: An Indirect Argument for Much More Open Borders», *Political Research Quarterly*, Vol. 70, n.º 1, pp. 42-54.
- Sample, Ruth (2003): *Exploitation: What It Is and Why It’s Wrong*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham.
- Schroeder, Doris & Gefenas, Eugenijus (2009): «Vulnerability: Too Vague and Too Broad?», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Vol. 18, n.º 2, pp. 113-21.

- Sen, Amartya (2010): *La idea de justicia*, Taurus, Madrid.
- Sharon, Assaf (2016): «Domination and the Rule of Law», en Sobel, David, Vallentyne, Peter y Wall, Steven (eds.) *Oxford Studies in Political Philosophy*: vol. 2, Oxford University Press, Oxford, pp. 128-55.
- Stliz, Anna (2010): «Guestworkers and second-class citizenship», *Policy and Society*, 29, pp. 295-307.
- Trillo Figueroa, José M.^a (2015): «Expulsiones exprés» Garantías en una práctica extendida, en Martínez Escamilla, Margarita (coord.) *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras* Consejo del Poder Judicial, Madrid, pp. 157-164. en: <https://eprints.ucm.es/34492/1/FINAL.%20DIC%202015%20LIBRO%20CGPJ.pdf>
- Wertheimer, Alan (1999): *Exploitation*, Oxford University Press, Oxford.
- Zullo, Silvia (2016): «Lo spazio sociale della vulnerabilità tra “pretese di giustizia” e “pretese di diritto”. Alcune considerazioni critiche», *Politica del Diritto*, 3, pp. 475-508.

Vulnerabilidad migratoria: un nuevo concepto para la protección de personas en movimiento

Clara I. Barrio, María José Castaño, Isabel Díez, Maribel Rodríguez
Universidad Pontificia Comillas

Introducción

La primera cuestión que se plantea al hablar de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas en situación especialmente vulnerable es aclarar qué entendemos por vulnerabilidad. La vaguedad del término y sus múltiples acepciones —debilidad, fragilidad, precariedad, inseguridad, entre otras— hace necesario pararse a pensar acerca de las dimensiones y posibles significados de la palabra cuando nos referimos a la realidad de las personas en situación de movilidad migratoria. Por ello, el punto de partida de este artículo es precisamente el estudio del concepto de vulnerabilidad.

La idea de elaborar este artículo surge del proyecto *Colectivos vulnerables en el sistema de asilo. Una aproximación a las necesidades de la infancia, personas LGTBI+ y víctimas de trata*¹, en el que han partici-

¹ El proyecto ha sido elaborado por el Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones de la Universidad Pontificia Comillas a instancias de la Fundación La Merced Migraciones y financiado Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en el marco del FONDO DE ASILO, MIGRACIÓN E INTEGRACIÓN (FAMI). El informe con los resultados de dicha investigación fue presentado el 18 de diciembre de 2019 y se encuentra disponible en: https://www.comillas.edu/images/institutos/migraciones/publicaciones/COLECTIVOS%20VULNERABLES_INFORME%20FINAL.pdf

pado profesionales y autoridades que trabajan en el sistema de asilo. Precisamente, en el marco de una de las entrevistas realizadas, es cuando surge la posibilidad y necesidad de profundizar más en la noción de vulnerabilidad. Así es como entramos en contacto con la tesis de la vulnerabilidad universal de Martha Fineman, las cuatro dimensiones de la igualdad sustantiva de Sandra Fredman, el concepto de colectivos vulnerables en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos según Lourdes Peroni y Alexandra Timmer y el término de vulnerabilidad migratoria de Moritz Baumgärtel.

Tomar como punto de partida estas teorías nos ha permitido reflexionar sobre el concepto de vulnerabilidad y la posibilidad de utilizarlo como una herramienta para la identificación de personas en situación de especial vulnerabilidad, la determinación de sus necesidades específicas de protección y la responsabilidad del Estado a este respecto.

Con este objetivo, el artículo se estructura en cuatro apartados. Los dos primeros ofrecen un marco teórico y conceptual que permitirá al lector participar de la reflexión principal en torno a la vulnerabilidad y la igualdad. Los dos siguientes se sirven de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) sobre colectivos vulnerables en base a estas nociones y las obligaciones positivas de los Estados que de ella derivan.

1. La vulnerabilidad desde el enfoque universal

El término vulnerabilidad proviene del latín *vulnus*, que significa «herida», y su concepto es o debería entenderse, como un aspecto universal, inherente y permanente a la condición humana.

Todos los seres humanos son sujetos susceptibles de sufrir daños de todo tipo: físico, moral, psicológico, económico, en el marco de las estructuras institucionales, etc. y por ello, la vulnerabilidad es una condición humana y una realidad universal (Peroni y Timmer, 2013: 1085).

No obstante, la vulnerabilidad afecta de manera específica a cada individuo, ya que las diferentes formas en que los seres humanos la experimentan vienen determinadas por un gran número de variables que se cruzan y refuerzan entre sí (Peroni y Timmer, 2013: 1085).

Tradicionalmente, el concepto de vulnerabilidad ha sido utilizado para definir grupos de población que por sus circunstancias individuales físicas, mentales o sociales requieren de medidas específicas de protección para poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones al resto de miembros de la sociedad. Estos grupos son clasificados en base a factores múltiples y acumulativos de riesgo a sufrir discrimina-

ción dentro de la sociedad, como la raza y/o la etnia, el bajo estatus socioeconómico, la discapacidad, etc. Desde este enfoque, denominado poblacional, el análisis de la vulnerabilidad se limita solo a ciertas categorías específicas de poblaciones o grupos vulnerables como son, por ejemplo, la infancia y la tercera edad (Fineman, 2004: 33).

El problema de utilizar el término vulnerabilidad respecto a grupos específicos conlleva el riesgo de aplicar este concepto únicamente a identidades que se apartan de lo que socialmente se identifica como «normalidad» desde la tradición liberal dominante. Esto es la autosuficiencia, la independencia y la autonomía (Fineman, 2004: 224). La vulnerabilidad ha estado y sigue estando asociada con la victimización, la precariedad, la dependencia o la enfermedad (Fineman, 2008: 8-10). Desde esta perspectiva, la función del Estado se limita a garantizar la igualdad en términos formales, centrado únicamente en luchar contra la discriminación de estos grupos específicos, y sin profundizar en las prácticas institucionales que subyacen en la creación de estas identidades y las desigualdades existentes (Fineman, 2004: 224).

Al hablar de vulnerabilidad, es fundamental atender a las necesidades particulares de perfiles específicos y tener en cuenta el análisis interseccional de la realidad. La abogada afroamericana Kimberlé Crenshaw acuñó por primera vez en 1989 el concepto de interseccionalidad con el fin de evidenciar la invisibilidad jurídica de las múltiples dimensiones de opresión experimentadas por las trabajadoras negras de la compañía estadounidense General Motors. Concretamente, Crenshaw esperaba visibilizar las múltiples violencias y discriminaciones sufridas por razones tanto de raza como de género y, sobre todo, crear categorías jurídicas concretas para enfrentar discriminaciones a múltiples niveles. Esta nueva noción permitía comprender que las discriminaciones sufridas por cada persona no actúan de forma aislada, sino que se entretajan de manera multidimensional llegando a construir nuevas identidades y nuevas formas de discriminación. Es decir, la interseccionalidad no es un sumatorio de discriminaciones (mujer+trans+racializada) sino que se generan identidades propias (mujer trans racializada) (Barrio, Castaño y Díez, 2019: 7).

Así, el enfoque de vulnerabilidad universal hace lo que el análisis por grupos específicos no puede, y es tener en cuenta el hecho de que la existencia humana se encuentra marcada en mayor o menor medida por la dependencia y la ausencia de capacidad de manera temporal o permanente en algún momento de la vida. Superado el mito de la autonomía, la perspectiva universal complementa la lucha por la igualdad basada únicamente en la no discriminación, colocando al sujeto individual en su contexto, sin limitarse a las categorías tradicionales de grupos vulnerables en base a su identidad-género, raza, sexualidad, etc. Si

bien estas categorías no deben ser totalmente eliminadas, no pueden ser el único instrumento para la construcción de instituciones que permitan a las personas desarrollar los recursos y herramientas que necesitan para tener resiliencia (psicológica, económica, social o ecológica) frente a sus vulnerabilidades.

Un buen ejemplo de todo ello es aquel que aporta la socióloga Kate Nash (2009:1067-1083). Según su teoría, existen cinco categorías de '*ciudadanos*', creadas a través de la interrelación de los diferentes estatus legales, sociales o políticos en los que se puede encontrar una persona en un momento determinado de su vida.

Las dos primeras categorías las constituyen aquellos ciudadanos cuya situación administrativa regular y permanente les hace disfrutar de una «ciudadanía plena»: los *súper ciudadanos* y los *ciudadanos marginados*. Los *súper ciudadanos* tienen todos los derechos de los ciudadanos, con la ventaja de que, en un mundo globalizado, la ciudadanía no los vincula a los estados porque cuentan con los medios de producción, un empleo seguro o habilidades comerciales que permiten su movilidad a través de las fronteras. Son los que Calhoun denomina cosmopolitas de élite o «viajeros frecuentes» (Nash, 2009: 1073). En cuanto a los *ciudadanos marginados*, este grupo lo conforman aquellos que pese a tener plenos derechos de ciudadanía, no disfrutan de un estatus de plena ciudadanía. Su marginalidad se confiere de dos maneras: económica y social. En términos económicos, los *ciudadanos marginados* son aquellos cuya participación en el mercado laboral es parcial, insegura o está mal remunerada. En términos sociales, la manera en que se confiere marginalidad a los ciudadanos es a través de supuestos racializados con respecto al color de la piel, el origen étnico y la religión.

En las tres categorías siguientes se encuentran los *cuasi-ciudadanos*, los *sub-ciudadanos* y los *no-ciudadanos*. Los *cuasi-ciudadanos* son habitantes o residentes de larga duración, con acceso al empleo y derechos similares a los de los ciudadanos como resultado de una relativa seguridad laboral, de una residencia de larga duración y de la movilización política. Los *cuasi-ciudadanos*, sin embargo, no tienen derecho a voto en las elecciones nacionales de los estados donde residen, aunque en algunos casos sí tienen acceso a las elecciones locales o europeas. En esta categoría se encuentran, por ejemplo, las personas con estatuto de refugiado. Los *sub-ciudadanos*, son aquellas personas que ni cuentan con un empleo remunerado en el país donde residen, ni tienen derecho a las ayudas estatales, viviendo así situaciones de mayor vulnerabilidad que la categoría anterior. Tanto en Europa como en Estados Unidos, esta categoría incluye en numerosas ocasiones a los solicitantes de asilo que se encuentran a la espera de su resolución. También incluye a los adul-

tos dependientes de los cuasi-ciudadanos —cónyuges y otros miembros familiares— que no tienen derecho propio de residencia y son, por lo tanto, vulnerables a la violencia y al abuso. La última categoría, denominada *no-ciudadanos*, la constituyen aquellos migrantes indocumentados y en situación administrativa irregular, así como otras personas cuyo estatus legal ha sido casi totalmente despojado. En esta categoría encontramos, por ejemplo, a la infancia migrante no acompañada.

Ahora bien, ¿qué pasaría si un *súper ciudadano* emigra a otro país de manera irregular? La clasificación de Kate Nash nos permite entender la complejidad del concepto de vulnerabilidad, los diferentes elementos que interseccionan y, consecuentemente, su necesaria adaptación a la realidad que acompaña en cada momento (Nash, 2009: 1067-1083). Desde esta perspectiva, la responsabilidad estatal radica no solo en no privilegiar a ningún grupo ciudadano sobre otro, sino también en atender a los diferentes elementos que caracterizan la situación de vulnerabilidad de cada persona, así como asegurar activamente condiciones de igualdad sustantiva. La supervisión de que el Estado cumple con estas obligaciones corresponde en última instancia a los tribunales. Por este motivo, hemos considerado oportuno en la elaboración de este artículo abordar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando trata de fijar la noción de vulnerabilidad vinculada a un concepto de igualdad que, como veremos, presenta muchos de los elementos de la igualdad sustantiva.

2. La igualdad sustantiva para abordar la vulnerabilidad

En el año 2016, la jurista británica Sandra Fredman llevó a cabo una actualización de sus trabajos anteriores con el fin de reconceptualizar el derecho a la igualdad. En este ejercicio, extrapoló los entendimientos existentes del derecho a la igualdad sustantiva para dar lugar a un marco cuatridimensional de fines y objetivos que permitiera responder de manera sensible a las desigualdades sociales. Estas dimensiones son: reparar la desventaja; reparar el prejuicio, el estigma, los estereotipos y la humillación; fomentar la voz política y la participación social; y, finalmente, acoger la diferencia y lograr un cambio estructural.

Uno de los beneficios de este enfoque multidimensional es que admite abordar la interacción entre diferentes facetas de la desigualdad. Asumir y atender a la existencia de distintas dimensiones y su complementariedad y potenciales conflictos, permite avanzar positivamente hacia la formulación e implementación de leyes, políticas o programas que promuevan la igualdad sustantiva (2016: 712-738).

El trabajo de Fredman se centra precisamente en explicar cada una de estas dimensiones, cómo estas se complementan y refuerzan entre sí y cómo los conflictos pueden resolverse. Pese a la necesidad y posibilidades de un futuro desarrollo en torno al concepto de vulnerabilidad universal e igualdad sustantiva, su inclusión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos representa un importante paso en la construcción de una igualdad cada vez más sólida.

a) *Redistribución: reparar la desventaja*

Uno de los avances más significativos de la igualdad sustantiva sobre la igualdad formal es, precisamente, su asimetría. Esta concepción se aleja de la idea de igualdad de trato, que prohíbe la clasificación de grupos sin tener en cuenta si esta prohibición favorece o desfavorece a aquellos más desaventajados. La igualdad sustantiva se centra en el grupo que haya sufrido más desventajas ya que el problema no está tanto en la condición propia de un individuo o de un grupo como en las consecuencias perjudiciales asociadas a esa condición.

De acuerdo con Fredman (2016), abordar la desventaja en lugar de pretender la neutralidad tiene numerosos beneficios. El más importante es que elimina la posibilidad de nivelar a la baja. Su asimetría también significa que es posible conciliar el derecho a la igualdad con la discriminación positiva, ya que esta promueve la igualdad sustantiva al tomar medidas para corregir la desventaja.

Sin embargo, centrarse en la desventaja conlleva también algunos desafíos importantes. Uno de ellos es especificar la naturaleza de la desventaja. En este contexto, es habitual abordar la desventaja desde una perspectiva socio-económica y de distribución de los recursos, relegando a un segundo plano las limitaciones que las estructuras de poder imponen a los individuos por su condición (Fredman, 2016: 712-738).

Esta privación de oportunidades está muy relacionada con el enfoque de las capacidades desarrollado por Amartya Sen (2000) y Martha Nussbaum (2000: 37-52). Sen defiende la idea de que un enfoque de desarrollo correcto no debe residir en las utilidades ni en los bienes primarios, sino en las libertades fundamentales —las capacidades— para elegir la vida que cada uno tiene razones para valorar. Así pues, si el fin es centrar la atención en las oportunidades reales del individuo, habrá que tener en cuenta no solo los bienes primarios que posee, sino también las características personales relevantes que determinan la conversión de esos bienes en la capacidad de la persona para alcanzar sus fines. Del mismo modo, señala que lo que las personas logran alcanzar

está influenciado por las oportunidades económicas, libertades políticas, poderes sociales y otra serie de condiciones habilitantes como es una buena salud, una educación básica y el ánimo y cultivo de iniciativas. Por ello, tratar a todas las personas igual no es suficiente, ya que tratar igual a personas con distintas limitaciones puede replicar la desventaja. En este sentido, una de las funciones del derecho a la igualdad sustantiva es abordar la desventaja eliminando los obstáculos para la toma de decisiones (Sen, 2000).

Ahora bien, hay que reconocer que la decisión puede ser problemática en sí misma, ya que las personas a menudo adaptan sus decisiones a sus circunstancias. Por ejemplo: hay mujeres que prefieren trabajar a jornada parcial pese a la inseguridad laboral y la reducción de ingresos porque permite conciliar el trabajo remunerado con el cuidado de los hijos. Pero esta decisión está tomada en un contexto de desventaja en el que a menudo se presupone que son las mujeres quienes deben dedicarse al cuidado de los hijos. Existen circunstancias en las cuales la preocupación no está solamente en aumentar el rango de opciones de decisión, sino en abordar la desventaja relacionada con las circunstancias en las que se encuentra una persona. Estas complejidades en torno a la noción de desventaja hacen necesaria una segunda dimensión en el enfoque.

b) Reconocimiento: reparar el estigma, los estereotipos y la humillación

Esta dimensión de la igualdad es la que habla de nuestra humanidad en su sentido más esencial. Una igualdad que atañe a todo ser humano, no por su mérito, racionalidad, ciudadanía o pertenencia a ningún grupo en particular, sino por su humanidad. Aunque esta dimensión podría asemejarse a aquella del concepto de «dignidad», Fredman (2006: 712-738) prefiere acercarse al concepto de «reconocimiento».

Este modelo de reconocimiento se inicia con la formulación hegeliana de que la identidad se construye de manera dialógica, a través de un proceso de reconocimiento mutuo. Según Hegel, el reconocimiento designa una relación recíproca ideal entre sujetos, en la cual cada uno contempla al otro simultáneamente como a un igual y como a alguien distinto de sí mismo. Posteriormente, Fraser (2000: 55-68) perfila el concepto proponiendo un enfoque alternativo que consiste en tratar el reconocimiento como una cuestión de status social. Desde esta perspectiva, lo que precisa de reconocimiento no es la identidad específica de grupo, sino el status de los miembros individuales de un grupo como plenos participantes en la interacción social. La falta de reconocimiento no deriva pues en desprecio o deformación de la identidad de grupo,

sino en subordinación social en tanto que imposibilidad de participar como igual en la vida social.

Desde esta dimensión, la igualdad sustantiva es capaz de abordar las identidades como un constructo social, en lugar de biológico. En el caso de la discriminación y prejuicio sufrido por el colectivo romaní, por ejemplo, la dimensión del reconocimiento permite abordar las implicaciones sociales de pertenecer a este colectivo, en lugar de centrarse en el colectivo en sí mismo.

c) *Participación: fomentar la voz política y la participación social*

Esta tercera dimensión hace referencia a dos ámbitos de participación: el político y el comunitario.

En el ámbito político, la discriminación y otros mecanismos sociales que bloquean las vías para la participación de algunas minorías hacen necesarias leyes de igualdad, tanto para la compensación por dicha ausencia de voz política, como para la apertura de canales para una mayor participación en el futuro. Esta dimensión de la participación es esencial para reducir la vulnerabilidad de los grupos menos representados, una dimensión que nos conecta directamente con la ética del discurso de Jürgen Habermas (1987) la cual, mediante el establecimiento de un principio discursivo, manifiesta que «solo pueden reivindicar lícitamente validez aquellas normas que pudiesen recibirla aquiescencia de todos los afectados en tanto que participantes en un discurso práctico».

En lo que respecta al ámbito comunitario, la participación se centra en la importancia de la comunidad en la vida de las personas. En lugar del individuo universal y abstracto formulado por la igualdad formal, la igualdad sustantiva reconoce que los individuos son esencialmente sociables. Ser humano incluye la capacidad de participar en igualdad de condiciones en la comunidad y en la sociedad en general. Fraser (2000: 55-68) pone especial énfasis en la paridad de participación como núcleo de su concepto de justicia, que abarca tanto la redistribución como el reconocimiento por igual.

d) *Transformación: acoger la diferencia y lograr un cambio estructural*

Desde el enfoque de la igualdad formal y el derecho antidiscriminatorio, el género, la raza o la etnia son consideradas irrelevantes. Esto presupone que es tanto posible como deseable abstraer a la persona de determinados aspectos de su identidad y tratarla simplemente por

su «mérito». Por el contrario, la igualdad sustantiva reconoce que estas características pueden ser aspectos muy valiosos de la identidad de una persona. El problema, pues, no es tanto la diferencia *per se*, sino el detrimento que acompaña a dicha diferencia (Fredman, 2016).

Así, la cuarta dimensión de la igualdad sustantiva consiste en acoger y respetar la diferencia, eliminando el perjuicio, pero no la diferencia en sí misma. Para que esto sea posible, las propias estructuras sociales existentes deben cambiar para acoger la diferencia, en lugar de pretender que los miembros de los distintos colectivos se adapten a la norma dominante. En este sentido, la igualdad sustantiva tiene un gran potencial transformador (Fredman, 2016).

En aras de una igualdad sustantiva realmente sólida, es necesario dar un paso más allá de la diferencia y acoger el concepto de «diversidad». La diversidad conforma el mosaico de la sociedad y hay tantos tipos de diversidad como personas. Es importante reconocer las diferentes diversidades como constitutivas de nuestro paisaje social y tomar conciencia de que las personas somos portadoras de identidades múltiples y pertenecemos a varios grupos distintos a la vez. Todo ello se manifiesta en un amplio abanico de posibilidades, cuyas categorías no son dicotómicas sino todo lo contrario. Son tantas las variaciones posibles que es imperioso situarnos desde el reconocimiento a esa diversidad.

Hacer referencia exclusivamente a la diferencia conlleva el riesgo de caer en la «otredad», en el «ellos y nosotros». Las jerarquías normativas organizan las relaciones sociales y dictan la norma, así como definen quién se ajusta o quién se escapa de ella. El incumplir la norma puede traducirse en la exclusión de ciertos recursos o derechos y en la pérdida de ciertas libertades. Esto es lo que sitúa a algunos colectivos, minorías y personas diversas en situación de mayor vulnerabilidad.

3. ¿Cómo se aproxima el TEDH al concepto de vulnerabilidad?

El concepto de *colectivos vulnerables* se introdujo por primera vez en la jurisprudencia del TEDH en el caso *Chapman v. Reino Unido* de 18 enero de 2001, donde el Tribunal consideró que la minoría gitana era un colectivo vulnerable porque su «vulnerabilidad estaba parcialmente construida por las circunstancias sociales, políticas e institucionales que había vivido a lo largo de la historia»². Aunque en este caso el Tribu-

² *Asunto Chapman v. Reino Unido*, Demanda no. 27238/95, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero de 2001.

nal no tiene en cuenta esta consideración de colectivo vulnerable en su pronunciamiento final, será la base sobre la que se construirá dicho concepto en la posterior jurisprudencia (Peroni y Timmer, 2013: 1063).

A raíz de este caso, el Tribunal amplió la lista de colectivos vulnerables incluyendo a las personas con diversidad funcional, las personas con VIH y las personas solicitantes de asilo. Sin embargo, el Tribunal no ha desarrollado un conjunto de indicadores que sirvan para determinar cuándo un colectivo puede ser considerado vulnerable.

Consecuentemente, ¿cómo determina el TEDH que un colectivo está en situación de vulnerabilidad? Tal y como señalan las autoras Peroni y Timmer (2013: 1064), a través de la jurisprudencia podemos observar cómo el Tribunal considera que la vulnerabilidad tiene tres características fundamentales: es relacional, es particular e implica un daño o un perjuicio.

La vulnerabilidad, en primer lugar, es apreciada por el Tribunal como una situación *relacional* puesto que no aprecia la vulnerabilidad individual de la persona, sino que lo hace respecto a un conjunto de circunstancias más amplio. Es decir, el Tribunal considera que la vulnerabilidad de determinados grupos viene determinada por diversos factores sociales, históricos e institucionales, tal y como se recoge en el caso *Chapman v. Reino Unido* de 18 enero de 2001³.

Ese análisis relacional de las características del colectivo en cuestión nos lleva a la apreciación que hace el Tribunal de la vulnerabilidad como una situación *particular* cuando habla de «colectivos particularmente vulnerables» en vez de colectivos vulnerables en el caso *Alajos Kiss v. Hungría* de 20 agosto de 2010⁴. Es decir, destaca la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra ese colectivo poniendo énfasis en que hay colectivos que están en una mayor situación de vulnerabilidad que otros.

Podemos observar también este análisis particular en la sentencia del caso *O.M. v. Hungría* de 5 octubre de 2016. En este caso, el Tribunal considera que los demandantes estaban en una situación de vulnerabilidad, en primer lugar, por ser solicitantes de asilo LGTBI+ y, en segundo lugar, porque el Estado debía haber tenido en cuenta las circunstancias individuales y particulares del demandante, así como haber tenido especial cuidado a la hora de adoptar las medidas oportunas⁵.

³ *Asunto Chapman v. Reino Unido...*, *op. cit.*

⁴ *Asunto Alajos Kiss v. Hungría*, Demanda no. 38832/06, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de agosto de 2010, párr. 42.

⁵ *Asunto O.M. v. Hungría*, Demanda no. 9912/15, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de octubre de 2016, párr. 53.

Finalmente, el *daño* o *perjuicio* ha sido el elemento que ha vertebrado la jurisprudencia del TEDH sobre colectivos vulnerables. Entre los indicadores que el TEDH tiene en cuenta para apreciar ese daño caben destacar los prejuicios y la estigmatización, así como la situación de exclusión social y las carencias materiales que sufre el colectivo, aquellas que, tal y como menciona la autora Nancy Fraser (2000: 1065), «impiden a determinados actores interactuar con otros como iguales».

Respecto a los prejuicios y la estigmatización, cabe destacar el pronunciamiento del Tribunal europeo en el caso *Alajos Kiss v. Hungría* de 20 agosto de 2010 donde establece que «este colectivo ha estado históricamente sujeto a prejuicios con consecuencias duraderas, como su exclusión social»⁶. En este sentido, el Tribunal también hace referencia a la exclusión sufrida por las personas con VIH en el caso *Kiyutin v. Rusia*, 15 septiembre 2011, cuando reza que «la ignorancia sobre cómo se extiende la enfermedad [VIH/SIDA] ha creado prejuicios, los cuales, a su vez, han estigmatizado y marginado a aquellos que tienen el virus, creando un falso nexo entre la infección y la irresponsabilidad personal y reforzando otras formas de estigma y discriminación, tales como el racismo, la homofobia o la misoginia»⁷.

Respecto a las carencias materiales, la Corte de Estrasburgo considera la situación de pobreza en la que se encontraba la comunidad gitana para apreciar su situación de vulnerabilidad y de exclusión social en el caso *Yordanova y otros v. Bulgaria* de 24 septiembre de 2012⁸.

Este indicador también ha sido apreciado por el TEDH al analizar la situación de vulnerabilidad de los demandantes teniendo en cuenta su situación administrativa irregular y sin recursos, así como el riesgo que sufrían de poder ser arrestados, detenidos y expulsados, en el caso *Chowdury y otros v. Grecia* de 30 marzo de 2017⁹. Sin embargo, además de construir el concepto de vulnerabilidad, esta sentencia es interesante porque toma la situación de vulnerabilidad como el elemento clave a la hora de considerar si había o no una situación de trata con fines de explotación laboral.

⁶ *Asunto Alajos Kiss v. Hungría*, Demanda no. 38832/06, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de agosto de 2010, párr. 42.

⁷ *Asunto Kiyutin v. Rusia*, Demanda no. 2700/10, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de septiembre de 2011, párr. 63 y 64.

⁸ *Asunto Yordanova y otros v. Bulgaria*, Demanda no. 25446/06, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 2012.

⁹ *Asunto Chowdury y otros v. Grecia*, Demanda no. 21884/15, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de marzo de 2017, párr. 94-96.

a) *La vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo*

Continuando con el desarrollo de este concepto, y en relación a las personas solicitantes de asilo, el TEDH amplía su análisis del concepto de vulnerabilidad en su pronunciamiento en el caso *M.S.S v. Bélgica y Grecia* de 21 enero de 2011¹⁰. Aquí el Tribunal analiza la vulnerabilidad como una situación relacional, particular y que ha supuesto un daño por los prejuicios, el estigma, la exclusión social y las carencias materiales que sufría el demandante.

Por una parte, el Tribunal aprecia su vulnerabilidad como una situación particular y relacional. Es decir, hace referencia tanto a la situación individual del demandante que, «siendo un solicitante de asilo, era particularmente vulnerable debido a todo lo que había vivido», como a la situación de vulnerabilidad general en la que se encuentran los solicitantes de asilo como colectivo cuando reza que el demandante es «miembro de un colectivo de personas particularmente desfavorecido y vulnerable en especial necesidad de protección».

Por otra parte, esta misma sentencia, hace referencia expresa al daño o perjuicio producido por esta situación a las personas solicitantes de asilo (i) por la realidad diaria que viven en Grecia debido a su severa situación de carencia material y psicológica; (ii) por la situación de dependencia absoluta del Estado griego; (iii) por la vulnerabilidad inherente a la situación que han tenido que vivir a lo largo del proceso migratorio y el trauma que a menudo acompaña a esta migración y, finalmente, (iv) por las deficiencias sistémicas del sistema griego de asilo.

En este sentido, este análisis realizado por el TEDH es importante en tanto en cuanto establece una serie de indicadores que informan al Tribunal sobre la situación de vulnerabilidad de los solicitantes de asilo, que, además, han sido objeto de análisis posteriormente en otros casos como en *Tarakhel v. Suiza* de 4 de noviembre de 2014¹¹, o en *O.M. v. Hungría* de 5 octubre de 2016¹².

El razonamiento del TEDH en el caso *M.S.S v. Bélgica y Grecia* de 21 enero de 2011, no deja claro que este concepto de vulnerabilidad aplique a todas las personas solicitantes de asilo o solo a aquellas que llegan a Grecia. De hecho, en su voto particular el Juez Sajó matiza que «los solicitantes de asilo no son un grupo históricamente vulne-

¹⁰ *Asunto M.S.S v. Bélgica y Grecia*, Demanda no. 30696/09, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de enero de 2011.

¹¹ *Asunto Tarakhel contra Suiza*, Demanda no. 29217/12, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 2014.

¹² *Asunto O.M. v. Hungría...*, *op. cit.*

nable, ni homogéneo, ni ha sufrido prejuicios con consecuencias duraderas como su exclusión social»¹³. En cualquier caso, como señalan Peroni y Timmer, la amplitud en este análisis permite al Tribunal acercarse al concepto de igualdad sustantiva y vulnerabilidad universal (2013: 1070).

Esta sentencia nos sirve para darnos cuenta de que el concepto de *colectivos vulnerables* puede tener consecuencias tanto positivas como negativas. Si bien es positivo que el Tribunal reconozca la particular situación de vulnerabilidad de determinados colectivos, esto puede suponer también que el propio Tribunal caiga en riesgos como (i) la categorización de una experiencia como paradigmática del grupo y olvidando los factores intrínsecos a la situación de vulnerabilidad de la persona; (ii) la estigmatización del propio colectivo; (iii) el paternalismo, negando la capacidad de agencia de las personas; y (iv) la victimización de estos (Peroni y Timmer, 2013: 1070-1074).

Por ello, según las mismas autoras, este análisis crítico señala uno de los problemas del concepto de *colectivos vulnerables*, que es su vaguedad y la inseguridad jurídica que se genera a la hora de determinar qué colectivo es vulnerable y cuál no (Peroni y Timmer, 2013: 1069).

b) *Hacia el concepto de vulnerabilidad migratoria*

En relación con los riesgos mencionados, aunque a priori el TEDH haya utilizado el concepto tradicional de vulnerabilidad para definir categorías o grupos específicos de personas que requieren de una protección específica, en la práctica el Tribunal utiliza ambas perspectivas para abordar los casos, la vulnerabilidad universal y la basada en grupos.

Siguiendo esta idea, si bien la perspectiva de grupo vulnerable analiza las múltiples dimensiones de la igualdad sustantiva centrándose fundamentalmente en lo particular, el Tribunal solo entra a considerar las experiencias específicas de prejuicios, estigmatización y desventaja social que sufren ciertos grupos. Puede afirmarse por ello que ambos enfoques, el universal y el poblacional, se complementan: «si bien Fine-man apoya la vulnerabilidad por su potencial de capturar lo universal, el Tribunal lo hace por su capacidad para capturar lo particular» (Peroni y Timmer, 2013: 1059-1060). Tal y como podemos observar en el caso *Khlaifia y otros v. Italia* de 15 de diciembre de 2016¹⁴.

¹³ *Asunto M.S.S v. Bélgica y Grecia...*, *op. cit.*

¹⁴ *Asunto Khlaifia y otros v. Italia*, Demanda no. 14483/12, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2016.

Así la conjunción de ambas aproximaciones permite introducir un enfoque asimétrico en el estudio de la igualdad sustantiva. La noción de asimetría es esencial para la igualdad sustantiva e implica que no todo trato diferenciado supone un problema, sino solo aquellas diferenciaciones que afectan negativamente a grupos que sufren desventajas, prejuicios y estereotipos. En la práctica, esto implica que la igualdad sustantiva se centra más en las mujeres que los hombres, en las minorías étnicas más que en las mayorías étnicas, en las minorías sexuales más que en las personas cissexuales y heteronormativas (Peroni y Timmer, 2013: 1059-1060).

Pues bien, en relación con las personas migrantes, los riesgos antes mencionados, especialmente el riesgo de considerarlos como colectivo en su totalidad también puede tener graves consecuencias. En este sentido, Baumgärtel reflexiona sobre esta cuestión y concluye que la propia calificación de un colectivo como vulnerable no asegura en sí misma su protección. Esto se debe a que la situación migratoria y las experiencias de las personas en movilidad son tan variadas y complejas que no pueden considerarse como un todo, ya que cada una adoptará una expresión particular y se manifestará en un grado de severidad diverso (Baumgärtel, 2020: 11).

Consecuentemente, pese a no poder hablar de un grupo homogéneo, tal y como mencionaba el Juez Sajó en el caso *M.S.S v. Bélgica y Grecia* de 21 enero de 2011¹⁵, al ser innegable la común situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, Baumgärtel aboga por el uso del término *vulnerabilidad migratoria*.

Así, la *vulnerabilidad migratoria* se conceptualiza, en primer lugar, como un elemento circunstancial y transitorio que no es característico de las personas en movimiento sino de las situaciones vividas por las personas en movimiento; y, en segundo lugar, en intersección con otros factores que pueden agravar esa situación de vulnerabilidad, como puede ser la edad, la raza o el género. Es por ello que este concepto permitiría al Tribunal (Baumgärtel, 2020: 12) analizar estos casos de manera individualizada e interseccional.

Muestra de ello, la jurisprudencia del TEDH reconoce en repetidas ocasiones la vulnerabilidad que sufren las personas solicitantes de asilo, bien por su situación actual, bien por todo lo que han tenido que vivir anteriormente. Pese a ello, el Tribunal no considera esta vulnerabilidad de grupo como un factor suficiente a tener en cuenta si no viene interrelacionado con otros factores de riesgo. El caso *Ilias and Ahmed v.*

¹⁵ *Asunto M.S.S v. Bélgica y Grecia...*, *op. cit.*

Hungary de 21 de noviembre de 2019, es representativo de este paradigma. Para el Tribunal Europeo los demandantes no sufrían una vulnerabilidad mayor que la de los demás solicitantes de asilo que se encontraban en la zona de tránsito con ellos¹⁶.

Tampoco el caso *Hirsi Jamaa y otros v. Italia* de 23 de febrero de 2012 hace referencia a la vulnerabilidad de los posibles solicitantes de protección internacional expulsados de Italia; ya que el Tribunal centra su análisis en la posibilidad de que estas personas puedan sufrir torturas y tratos inhumanos frutos de la expulsión¹⁷. Para el TEDH, como corrobora el caso *ND y NT v. España* de 23 de febrero de 2020 sobre las devoluciones en caliente en la valla de las ciudades de Ceuta y Melilla¹⁸, la obligación de los Estados que mantienen una frontera territorial con otros Estados de fuera de la Unión Europea es facilitar medios o vías de entrada legal para aquellos que alcancen sus fronteras, así como brindarles la posibilidad de solicitar protección (Moya, 2020).

4. Las obligaciones positivas de los Estados

Como se ha visto en el apartado anterior, el TEDH, combinando el enfoque universal y poblacional o de grupos, logra utilizar la vulnerabilidad como una herramienta crítica para monitorear o supervisar la actuación de los Estados parte en el CEDH 1950 en su responsabilidad de evaluar las reclamaciones individuales de igualdad.

En este contexto, es importante precisar de nuevo cómo la conjunción de ambas aproximaciones (universal y poblacional) permite introducir una noción esencial en el estudio de la igualdad sustantiva que es la asimetría. Como ya se ha apuntado¹⁹, esta perspectiva implica que el análisis de la igualdad sustantiva se centra en aquellas personas que sufren desventajas, prejuicios y estereotipos.

En la jurisprudencia del TEDH sobre las personas que, siguiendo la terminología de Baumgärtel, están en situación de «*vulnerabilidad migratoria*», esta noción de asimetría de la igualdad sustantiva se manifiesta de manera concreta en las obligaciones positivas del Estados

¹⁶ Asunto *Ilias and Ahmed v. Hungary*, Demanda no. 47287/15, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2019, párr. 191.

¹⁷ Asunto *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, Demanda no. 27765/09, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de febrero de 2012.

¹⁸ Asunto *ND y NT v. España*, Demandas nos. 8675715 y 8697/15, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2020.

¹⁹ *Vid.* apartado 4. ¿Cómo se aproxima el TEDH al concepto de vulnerabilidad?

fundamentalmente con respecto a solicitantes de asilo y familiares de personas migrantes (*sub-ciudadanos*) así como a migrantes en situación irregular y a la infancia no acompañada (*no-ciudadanos*)²⁰.

En este contexto, a la hora de establecer como se garantizan de manera efectiva los derechos fundamentales de estas personas, el Tribunal de Estrasburgo exige que los Estados parte tengan en cuenta dos premisas básicas a la hora de aplicar los artículos del CEDH: la obligación de poner en marcha procedimientos para proteger a estas personas y garantizar que puedan disfrutar de manera efectiva sus derechos; y la necesidad de que el Estado tenga en cuenta que la vulnerabilidad actúa como una lente de aumento a la hora de valorar el daño causado por la desprotección.

a) *Procedimientos para proteger y garantizar el acceso a derechos a estas personas especialmente vulnerables*

El TEDH exige la obligación de poner en marcha procedimientos para proteger a migrantes y solicitantes de Protección Internacional especialmente vulnerables con el objetivo de garantizar su acceso al sistema de acogida para solicitantes de asilo, su identificación y protección como niñas y niños no acompañados o su reconocimiento como víctimas de trata.

En el caso *M.S.S v. Bélgica y Grecia* de 21 enero de 2011, el TEDH vincula la obligación de proporcionar un alojamiento y condiciones materiales decentes a los solicitantes de asilo indigentes al respeto de los artículos 8 y 3 del CEDH, que establecen respectivamente el derecho al respeto a la vida privada y familiar y la prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes²¹.

En el caso *Rahimi v. Grecia* de 5 julio de 2011, un referente en la protección de la infancia no acompañada solicitante de asilo²², una de las cuestiones más importantes que plantea el TEDH respecto al derecho a la libertad y seguridad del artículo 5 del CEDH, es la existencia de fallos en el registro de menores no acompañados, los cuales determinaron el ingreso en un centro de detención de un niño solicitante de asilo para su expulsión (Claro Quintáns, 2018: 486-487). En este sentido, el TEDH afirma que las autoridades nacionales no habían tenido en cuenta

²⁰ *Vid.* apartado 1. «La vulnerabilidad desde el enfoque universal».

²¹ *Asunto M.S.S v. Bélgica y Grecia*, *op. cit.*, párr. 250.

²² *Asunto Rahimi v. Grecia*, Demanda no. 30696/09, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de julio de 2011.

el interés superior de Rahimi —un niño afgano que había huido a Grecia por el temor de ser reclutado por los talibanes— como menor de edad, ni su situación individual como niño no acompañado.

También, en el ámbito del artículo 5 del CEDH, en el caso *O.M. v. Hungría* de 5 octubre de 2016, el Tribunal aborda la detención de un solicitante de asilo LGTB sin haber tenido en cuenta las implicaciones que, para la seguridad de una persona perteneciente a una minoría sexual en Irán, podía tener estar junto a otros solicitantes de asilo que procedían del mismo entorno del que huía²³. Una vez más, en opinión del TEDH, las decisiones de las autoridades no contenían ninguna reflexión adecuada sobre las circunstancias individuales del solicitante.

Por último, el TEDH hace referencia a las obligaciones derivadas del artículo 4 del CEDH, que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado, en el caso *Chowdury y otros v. Grecia* de 30 marzo de 2017, donde de manera expresa el Tribunal observa la especial situación de vulnerabilidad de las personas migrantes en situación irregular, sin recursos y con riesgo de ser arrestadas, detenidas y deportadas²⁴. En este contexto, la obligación del Estado era poner en marcha procedimientos para prevenir la trata de seres humanos, proteger a las víctimas y medidas para investigar y castigar este delito.

En este contexto, tiene mucho peso la existencia de normativa que establezca normas mínimas en relación con algunos de estos colectivos. Es el caso de la Directiva sobre condiciones de acogida de 2013 en relación a los derechos y beneficios que tienen las personas solicitantes de asilo²⁵; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 donde se establecen medidas específicas de salvaguarda y cuidado para los niños y niñas²⁶; o la Directiva sobre trata de seres humanos de 2011 que recoge obligaciones muy concretas para los Estados relativas a la prevención de la trata de seres humanos y la protección de las víctimas²⁷.

²³ *Asunto O.M. v. Hungría...*, *op. cit.*, párr. 53.

²⁴ *Asunto Chowdury y otros v. Grecia*, *op. cit.*, párr. 53.

²⁵ UNIÓN EUROPEA, Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (OJ L 180, 29.6.2013, p. 96-116).

²⁶ NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

²⁷ UNIÓN EUROPEA, Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (OJ L 101, 15.4.2011, p. 1-11).

b) *La obligación de considerar la vulnerabilidad como un factor que aumenta la dimensión del daño sufrido*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica también el enfoque asimétrico para analizar la igualdad sustantiva a la hora de apreciar la existencia o no de tratos inhumanos o degradantes (Peroni y Timmer, 2013: 1079-1080). Como indica Irene Claro, para que los tratos inhumanos o degradantes tengan cabida en el supuesto del artículo 3 del CEDH, estos deben tener un mínimo de gravedad. La valoración o apreciación de este mínimo es en esencia relativa, pues depende de la duración del trato y de sus efectos físicos o psíquicos, la edad, el sexo o la salud de la víctima. Por otro lado, tratos «*degradantes*» son aquellos que provocan en la víctima sentimientos de miedo, ansiedad o inferioridad propios de la humillación y degradación (Claro Quintans, 2018: 487).

Para el TEDH, las experiencias traumáticas previas y las sufridas durante el trayecto migratorio por parte de la persona solicitante de asilo en caso *M.S.S v. Bélgica y Grecia*, 21 de enero de 2011²⁸, o la edad y situación personal del niño, en caso *Rahimi v. Grecia* de 5 julio de 2011²⁹, los convierten en personas en situación de extrema vulnerabilidad. Por ello, en ambos casos, el Tribunal al realizar su análisis de proporcionalidad, considera de forma unánime que ha existido un trato degradante contrario al artículo 3 del CEDH, con independencia de la duración de las estancias de estas personas en los centros donde estuvieron: 4 días y una semana para M.S.S y 3 días en el caso del niño Rahimi.

Para determinar si los efectos del daño sufrido exceden el mínimo de gravedad exigido para encajar en el ámbito del artículo 3 del CEDH, el Tribunal requiere que los Estados demuestren que han considerado las necesidades específicas de las personas en situación de *vulnerabilidad migratoria*. La aplicación del enfoque asimétrico en la valoración de estas actuaciones de las autoridades implica que el mínimo nivel de gravedad exigido no sea el mismo para personas adultas que para el caso de niños y niñas. O como argumenta el Tribunal en el caso *Popov v. Francia* de 10 enero de 2012³⁰, dos semanas pueden no ser un periodo excesivo para un adulto, pero sí para un niño que se encuentra en un ambiente inadecuado para su edad (Claro Quintans 2018: 488-489).

²⁸ *Asunto M.S.S v. Bélgica y Grecia*, *op. cit.*, párr. 232.

²⁹ *Asunto Rahimi v. Grecia*, *op. cit.*, párr. 119.

³⁰ *Asunto Popov v. Francia*, Demandas nos. 39472/07 y 39474/07, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de enero de 2012, párr. 91.

5. Conclusiones

Según Fineman, la vulnerabilidad —o la necesidad de medidas específicas de protección para poder ejercer derechos en igualdad de condiciones al resto de los miembros de la sociedad— afecta de manera concreta a cada individuo. Las diferentes formas en que los seres humanos experimentan la vulnerabilidad vienen determinadas por un gran número de variables —como son la edad, la identidad de género, la orientación sexual, la religión o creencia, la discapacidad o la cultura— que se cruzan y refuerzan entre sí configurando la individualidad de cada persona.

Determinar quiénes son las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas especialmente vulnerables requiere analizar las múltiples dimensiones que influyen en la capacidad de estos individuos para disfrutar de lo que Nash denomina una «ciudadanía plena». Entre estas dimensiones encontramos, por un lado, aquellas facetas de la desigualdad que interseccionan de manera constante y, por otro lado, aquellos elementos que constituyen la igualdad sustantiva de Fredman. Es decir, se trata de investigar las posibles desventajas a las que tienen que hacer frente las personas que se encuentran, en palabras de Baumgärtel, en una situación de *vulnerabilidad migratoria*: cuál es su estatus social; qué tipo de participación social y política tienen en sus comunidades; hasta qué punto las sociedades están dispuestas a acoger y respetar su diferencia para que estos no tengan que renunciar a esa individualidad que configura su identidad, etc.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas se encuentran de manera innegable en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, tal y como señala el voto particular del Juez Sajó en el caso *M.S.S v. Bélgica y Grecia* de 21 enero de 2011³¹, no se trata de un grupo homogéneo. Por ello, las autoras Peroni y Timmer afirman que la jurisprudencia sobre vulnerabilidad del TEDH aún la perspectiva tradicional, basada en grupos específicos de personas que por sus circunstancias individuales físicas, metales o sociales se consideran vulnerables, y la universal de Fineman, que entiende la vulnerabilidad como un aspecto inherente a la condición humana.

Así, mientras aumenta la lista de grupos vulnerables abordada por el TEDH —minorías romanés, personas con discapacidad intelectual, solicitantes de asilo y personas con VIH— el Tribunal va analizando la situación específica de cada uno de los demandantes y estableciendo —como en *Tarakhel v. Suiza* de 4 noviembre 2016³², o en *O.M. v. Hungría* de 5 octubre

³¹ *Asunto M.S.S v. Bélgica y Grecia...*, *op. cit.*

³² *Asunto Tarakhel contra Suiza...*, *op. cit.*

2016³³— una serie de indicadores económicos, políticos y sobre procesos de inclusión y exclusión que informan al Tribunal sobre la situación de vulnerabilidad de los solicitantes de asilo y sus experiencias migratorias.

Sin embargo, el actual acercamiento legal y jurisprudencial a la vulnerabilidad del Tribunal de Estrasburgo apenas da la posibilidad de individualizar la situación migratoria y las experiencias de las personas en movilidad. Para Baumgärtel la calificación de las personas migrantes como un colectivo vulnerable, no asegura en sí misma su protección, ya que cada situación es particular y presenta un grado de severidad distinto. Esta parece ser, sin duda, la opinión del TEDH, especialmente después de la sentencia sobre el caso *ND y NT v. España* de 13 de febrero de 2020 sobre las devoluciones en caliente³⁴, en la que este Tribunal acepta sin contrastar la información facilitada por el Gobierno español para probar la existencia de mecanismos de acceso a España para aquellas personas que se mueven en busca de protección (Moya, 2020).

Según la jurisprudencia sobre vulnerabilidad del TEDH, la obligación de los Estados para garantizar la protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales de las personas que se encuentran en *situación de vulnerabilidad migratoria* requiere la adopción de procedimientos que garanticen que las decisiones adoptadas por las autoridades tengan en cuenta la situación específica de estas personas y el daño que supondría para sus vidas no actuar así. En la práctica, estas obligaciones se centran en colectivos que podrían beneficiarse de otros sistemas de protección. Por ello, para el Tribunal de Estrasburgo, la existencia de medidas específicas que garanticen el acceso a derechos solo es exigible, por el momento, en el caso de personas solicitantes de asilo que hayan sufrido trauma o torturas, personas LGTBI+ que solicitan asilo, los niños y niñas no acompañadas, las personas migrantes en situación irregular sin recursos y las personas víctimas de trata.

Bibliografía

- Baumgärtel, Moritz (2020): «Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 38 n.º 1, pp. 12-29.
- Barrio, Clara; Castaño, María José; Díez, Isabel (2019): *Colectivos vulnerables en el sistema de asilo. Una aproximación a las necesidades de la infancia refugiada, personas LGTBI+ y víctimas de trata*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

³³ *Asunto O.M. v. Hungría...*, *op. cit.*

³⁴ *Asunto ND y NT v. España...*, *op. cit.*

Disponible online: https://www.comillas.edu/images/institutos/migraciones/publicaciones/COLECTIVOS%20VULNERABLES_INFORME%20FINAL.pdf

- Claro Quintáns, Irene (2018): «Los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo como actores en la protección de refugiados» en Salinas de Frías, Ana María. y Martínez Pérez, Enrique J. (Dir.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 486-487.
- Sen, Amartya, (2000): *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona.
- Fineman, Martha (2004): *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, New Press, New York.
- Fineman, Martha (2008): «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale Journal of Law&Feminism*, Vol. 20, n.º 1, pp. 8-40.
- Fraser, Nancy (2000): «Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento», *New Left Review*, n.º 4, pp. 55-68.
- Fredman, Sandra (2016): «Substantive equality revisited», *Oxford University Press and New York University School of Law*, Vol. 14, n.º 3, pp. 712-738.
- Habermas, Jürgen (1987): *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid.
- Nash, Kate (2009): «Between Citizenship and Human Rights», *Sociology*, Vol. 43, n.º 6, pp. 1067-1083.
- Nussbaum, Martha (2000): «La ética del desarrollo desde el enfoque de las capacidades. En defensa de los valores universales» en Giusti, Miguel (ed.), *La filosofía del siglo xx: balance y perspectivas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 37-52.
- Peroni, Lourdes y Timmer, Alexandra (2013): «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, n.º 4, pp. 1056-1085.

La vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo y refugiadas en el Sistema Europeo Común de Asilo

José Díaz Lafuente

Universidad Complutense de Madrid

1. Cuestiones preliminares

Ante un contexto como el actual afectado por la pandemia de la COVID-19, que nos sitúa ante un nuevo escenario regido por cuestiones de bioseguridad, por los aún inciertos efectos socioeconómicos y por el fortalecimiento de las fronteras nacionales y el regreso a las relaciones de poder estatocéntricas (Díaz Lafuente, 2020: 477), el análisis de la vulnerabilidad de las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo nos ofrece una oportunidad para cuestionarnos la coherencia interna entre la retórica legislativa y la realidad operativa de las políticas migratoria, fronteriza y de asilo de la Unión Europea en la búsqueda de un modelo de gestión y gobernanza comunitaria basado en el respeto a los derechos humanos, en la eficiencia y en la solidaridad.

Desde la inicial e imprecisa consideración de la vulnerabilidad en la denominada «primera fase» del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), de 1999 a 2005¹, hasta el recién propuesto Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, adoptado el 23 de septiembre de 2020 por la actual Comisión presidida por Ursula von der Leyen, la vulnerabilidad de las

¹ CONSEJO EUROPEO (1999): Conclusiones de la Presidencia. «Hacia una Unión de Libertad, Seguridad y Justicia: los Hitos de Tampere». 15 y 16 de octubre.

personas solicitantes de asilo y refugiadas ha ido adquiriendo un protagonismo central como categoría jurídica tendente a garantizar la igualdad material y a la adopción de unas medidas especiales de acogida y de naturaleza procesal por parte de los Estados miembros en relación con aquellas personas y grupos objeto de dicha categorización.

Conviene recordar la relevancia de esta cuestión. En la actualidad, de acuerdo con la Agencia Eurostat, más de 22,4 millones de personas migrantes residen en nuestro territorio². En 2019, 689.000 nuevos solicitantes de asilo solicitaron protección internacional en los Estados miembros de la UE³. A su vez, de acuerdo con la Organización Mundial de las Migraciones⁴, durante el año 2019 y hasta la llegada de la pandemia en febrero de 2020, 123.920 personas cruzaron nuestras fronteras de forma irregular y, desde el año 2014 hasta 2019, han fallecido en el Mediterráneo 19.050 personas migrantes⁵.

De acuerdo con la normativa reguladora de la política de asilo de la Unión Europea, el reconocimiento de la vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo y refugiadas se presenta como un instrumento de identificación de aquellos factores y circunstancias específicos que permite la mejor evaluación de las necesidades individuales de determinados grupos o colectivos de solicitantes de asilo y beneficiarios de protección internacional. Frente al enfoque generalizado e integral de la vulnerabilidad, defendido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que parte de la comprensión de esta como inherente la propia condición de la persona solicitante de asilo o refugiada⁶, el legislador de la UE mantiene un enfoque individualizado de la vulnerabilidad en su Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), al limitar la calificación de personas vulnerables a determinados grupos de solicitantes de asilo.

² COMISIÓN EUROPEA. AGENCIA EUROSTAT (2020): Migration and migrant population statistics. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics

³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR) (2020): Emergencia en Europa. Estadísticas disponibles en: <https://www.unhcr.org/europe-emergency.html>

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2020): Flow monitoring. Disponible en: <https://migration.iom.int/europe>

⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2020): Estadísticas extraídas de: <https://www.iom.int/news/mediterranean-migrant-arrivals-reach-76558-2019-deaths-reach-1071>

⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Asunto Rahimi c. Grecia, demanda n.º 8687/08, Sentencia de 5 de julio de 2011, párr 86. Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia, demanda n.º 30696/09, Sentencia de 21 de enero de 2011, párrs 232-234. Asunto Tarakhel c. Suiza, demanda 29217/12, Sentencia de 4 de noviembre de 2014. párr. 122

Sin duda alguna, el principal desafío que emerge del estudio del tratamiento de la vulnerabilidad en la política de asilo de la UE radica en que esta, siguiendo a La Spina, constituye «un concepto lleno de paradojas que incluye significados controvertidos, vagos, confusos y a la par ambiguos» (La Spina, 2016: 183).

Con el objeto de arrojar luz sobre esta cuestión, en el presente trabajo, presentamos un estudio crítico de las lagunas aún existentes en la normativa de la Unión Europea, prestando especial atención al recién adoptado Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la actual Comisión, de los posibles efectos reduccionistas o excluyentes que esta categorización puede implicar para las personas solicitantes de asilo y refugiadas y, en último término, de los desafíos que presentan los mecanismos de identificación y evaluación de dicha vulnerabilidad en aras a una efectividad sustantiva y, a su vez, armonizada entre los Estados miembros.

2. El reconocimiento de las personas vulnerables en los instrumentos jurídicos reguladores del asilo en la Unión Europea

Como afirman Peroni y Timmer (2013), la integración de la noción de la vulnerabilidad se ha convertido progresivamente en un elemento central en la política de asilo de la UE. En la «primera fase» del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), ni la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, relativa a las normas mínimas sobre los procedimientos en los Estados miembros para conceder y retirar el estatuto de refugiado, en adelante la Directiva de Procedimiento de 2005, ni el Reglamento de Dublín II recogieron el concepto de vulnerabilidad, más allá de la identificación de las necesidades especiales relativas a los menores de edad⁷.

Es la Directiva de 2003 por las que se aprueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, en adelante la Directiva de Acogida de 2003, la que insta a los Estados, por primera vez, la toma en consideración de «la situación específica de las personas vulnerables», calificando como tales «a los menores, los menores no acompañados, las personas con discapacidades, las personas de edad avanzada, las mujeres embarazadas, las familias monoparenta-

⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2003): Reglamento (CE) n.º 343/2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. DO L 50 de 25.2.2003

les con hijos menores y las personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual»⁸.

Como afirma el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados (ECRE), la vulnerabilidad fue considerada en la Directiva de Acogida de 2003 principalmente desde la perspectiva de la integridad física y mental del solicitante de asilo (ECRE, 2017:13). Además, la norma limitaba el ámbito de aplicación personal del término de vulnerabilidad a la realización previa de una evaluación individual de la situación personal del solicitante de asilo. Así lo destacaba el segundo apartado del artículo 17 de la citada Directiva que establecía que: «el apartado 1.º se aplicará exclusivamente a aquellas personas que se hubiere considerado que presentan necesidades particulares después de una evaluación individual de su situación».

Dada la falta de una definición de las necesidades particulares de las personas vulnerables solicitantes de asilo y la necesaria concreción del consecuente procedimiento de la citada evaluación individual y de sus efectos, la Comisión, en su propuesta de Directiva por la que se establecen las normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo, subrayaría en 2008 las deficiencias en la atención de las necesidades especiales como una de las preocupaciones más relevantes, estimando que: «la identificación de las necesidades especiales no solo influye en el acceso a un tratamiento adecuado, sino que también puede afectar a la calidad del proceso de toma de decisiones en relación con la solicitud de asilo, especialmente con respecto a las personas traumatizadas»⁹.

La segunda fase de la política de asilo de UE, que persigue la puesta en marcha en 2010 del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), presenta como objetivo cardinal la consecución de un nivel de protección más elevado y una mayor uniformidad de la protección en todo el territorio de la UE, con el objetivo de garantizar un mayor grado de solidaridad entre los Estados miembros de la UE¹⁰. La legislación refundida de junio de 2013 se centra, prioritariamente, en delimitar los objetivos de

⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2003): Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo. Artículo 17.1.

⁹ COMISIÓN EUROPEA (2008): Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de las personas solicitantes de asilo (texto refundido). COM (2008) 815. Exposición de motivos. Apdo. 6.

¹⁰ En esta segunda fase se dictaron todas las normas que forman parte del llamado SECA: el Reglamento Dublín III (604/2013), el Reglamento Eurodac (603/2013), el Reglamento por el que se crea la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) (439/2010), la Directiva de Reconocimiento 95/2011, la Directiva de Procedimiento 32/2013 y la Directiva de Acogida 33/2013.

protección que rigen el SECA y en mejorar los distintos marcos normativos y prácticas ya existentes.

Como destacan Hruschka y Leboeuf (2019:1), la normativa reguladora vigente del derecho de asilo de la UE introduce el concepto de vulnerabilidad como un mecanismo que sirve para reconocer a aquellas personas forzadas a huir y a buscar protección que se encuentren expuestas a un mayor riesgo de sufrir violaciones de sus derechos humanos, lo que implica la necesaria adopción, por parte de los Estados miembros, de una serie de garantías y medidas más específicas.

De este modo, en este nuevo paquete normativo, las garantías procesales respecto a los solicitantes vulnerables se refuerzan en muchos aspectos, reconociéndose así la vulnerabilidad de determinados colectivos. Lamentablemente, nos encontramos ante una normativa reguladora de las garantías específicas de las personas vulnerables solicitantes de asilo fragmentada e indefinida, utilizando términos diferenciados e indeterminados como: «solicitantes vulnerables», «solicitantes que necesitan unas garantías procedimentales especiales», «solicitantes en necesidad de una protección especial».

El artículo 2 de la vigente Directiva de Procedimiento de 2013 define al «solicitante que necesita garantías procedimentales especiales» como aquel solicitante cuya capacidad de disfrutar los derechos y cumplir las obligaciones previstas en la presente Directiva está limitada por circunstancias individuales¹¹. Por su parte, el considerando 29.º de la citada norma recoge una mayor concreción de aquellos solicitantes de asilo que podrían necesitar tales garantías procedimentales especiales, «por razón, entre otros motivos, de su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o a consecuencia de haber sufrido torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual»¹².

En relación con los denominados procedimientos acelerados, o efectuados en fronteras o zonas de tránsito, regulados en el artículo 31.8 de la Directiva de Procedimiento, se configura una nueva subcategoría

¹¹ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO (2013): Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión y retirada de protección internacional (texto refundido). D.O.U.E. L 180/60, artículo 2.d).

¹² De este modo, de acuerdo con dicho precepto de naturaleza indicativa: «Los Estados miembros deben esforzarse por identificar a los solicitantes que necesitan garantías procedimentales especiales antes de que se adopte la resolución en primera instancia. A estos solicitantes se les debe prestar el respaldo adecuado, incluyendo el tiempo necesario, a fin de crear las condiciones necesarias para que tengan efectivamente acceso a los procedimientos y puedan presentar los elementos necesarios para fundamentar su solicitud de protección internacional».

de solicitantes de asilo, a los que no se les debe aplicar este tipo de procedimientos: las víctimas de torturas, violación y otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual¹³, diferenciándolos, de este modo, del resto de personas solicitantes que necesitan unas garantías procedimentales especiales por razón de su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental, solicitantes sobre los que no se aplica dicha excepción.

Por su parte, la Directiva de Procedimiento regula una disposición específica en la que se reconocen toda una serie de garantías relativas a los menores no acompañados (artículo 25). Dicho precepto establece que los Estados miembros deben adoptar, tan pronto como sea posible, una serie de medidas para garantizar el nombramiento de un representante que «actúe en nombre del menor no acompañado y le asista para permitirle disfrutar de los derechos y cumplir con las obligaciones previstas en la presente Directiva»¹⁴.

A su vez, en relación con las entrevistas e interrogatorios efectuados a menores no acompañados, dicho precepto obliga a los Estados miembros a garantizar «un representante y/o un abogado u otro asesor jurídico facultado o autorizado para ejercer como tal conforme al Derecho nacional esté presente en dicha entrevista y tenga la oportunidad de formular preguntas o alegaciones en el marco establecido por la persona que celebra la entrevista»¹⁵.

Sin embargo, el término «vulnerable» no es utilizado en la Directiva de Procedimiento salvo en dos ocasiones. Por una parte, en el artículo 31.7.b), en referencia a la Directiva de Acogida, se insta a los

¹³ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO (2013): Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión y retirada de protección internacional (texto refundido). D.O.U.E. L 180/60. El artículo 24 dispone que: cuando no pueda prestarse este apoyo adecuado en el marco de los procedimientos a que se refieren el artículo 31, apartado 8, y el artículo 43, y en especial cuando los Estados miembros consideren que el solicitante necesita garantías procedimentales especiales por haber sido objeto de torturas, violación y otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, los Estados miembros no aplicarán, o suspenderán la aplicación, del artículo 31, apartado 8, y del artículo 43.

¹⁴ *Ibidem*. Artículo 25.

¹⁵ *Ibidem*. Dicho precepto regula también la facultad de los Estados de realizar reconocimientos médicos para determinar la edad de menores no acompañados cuando se proceda al examen de una solicitud de protección internacional, cuando, de acuerdo con sus declaraciones generales u otros indicios pertinentes, los Estados miembros tengan dudas acerca de su edad, sobre la base del pleno respeto a la dignidad de la persona, de minimización del carácter invasivo de dicha prueba y de su realización por parte de profesionales sanitarios cualificados. En caso de duda sobre la edad del solicitante, tras la realización de tales exámenes, se presumirá que el solicitante es un menor.

Estados a dar prioridad al examen de las solicitudes en determinados supuestos («cuando el solicitante sea vulnerable en el sentido del artículo 22 de la Directiva 2013/33/UE, o necesite garantías procedimentales especiales, en particular los menores no acompañados»).

Por otra parte, en relación con las competencias requeridas a los profesionales que efectúen las entrevistas e interrogatorios a los solicitantes de asilo, dispone el artículo 15.3.a) que los Estados miembros deben asegurar que la persona que vaya a celebrar la entrevista esté capacitada para tener en cuenta las circunstancias personales y generales relacionadas con la solicitud, «incluidas las raíces culturales del solicitante, su género, su orientación sexual, su identidad de género o su vulnerabilidad».

Por su parte, la Directiva de Acogida de 2013 sí regula el concepto de «personas vulnerables», recogiendo, en su artículo 21, una enumeración no exhaustiva que incluye a los «menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina»¹⁶.

A su vez, la Directiva de Acogida se refiere a un subgrupo de «solicitantes con necesidades de acogida particulares», que son aquellas personas vulnerables de acuerdo con la enumeración recogida en el artículo 21, «que requieran de garantías particulares para poder disfrutar de los derechos y cumplir las obligaciones previstas en la presente Directiva».

De ello se deduce, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.3 de la Directiva, que «únicamente las personas vulnerables conforme al artículo 21 podrán considerarse personas con necesidades de acogida particulares y, por ende, beneficiarse de la asistencia específica prevista de conformidad con la presente Directiva». Es decir, que las personas con necesidades especiales deben ser siempre personas vulnerables, pero que no todas las personas vulnerables son personas con necesidades especiales de acogida.

Sin embargo, el artículo 11 de la citada Directiva, que aporta más complejidad a esta cuestión, diferencia entre personas vulnerables y personas con necesidades especiales de acogida en su propio título «internamiento de personas vulnerables y de solicitantes con necesidades

¹⁶ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO (2013): Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido). D.O.U.E. L 180/96

de acogida particulares», si bien el contenido del mismo solo verse sobre las condiciones del internamiento de solicitantes vulnerables menores, menores no acompañados y mujeres.

Por su parte, la Directiva de Reconocimiento apenas arroja luz sobre lo que debemos entender como factores o motivos constitutivos de la vulnerabilidad de los solicitantes de asilo. De este modo, en el artículo 19, se presenta una frágil diferenciación entre «personas vulnerables» y «personas con necesidades especiales o particulares», en relación con los procedimientos de revocación, denegación o finalización de la protección subsidiaria, considerándose en el apartado 3.º de dicho precepto como personas vulnerables a «los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores, las víctimas de trata de seres humanos, las personas con trastornos psíquicos y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual», pero matizando en el siguiente apartado que «el apartado 3.º será aplicable únicamente a las personas que tengan necesidades especiales comprobadas tras una evaluación individual de su situación».

El artículo 30 de la Directiva de Reconocimiento, a su vez, en relación con la asistencia sanitaria, identifica como aquellas personas con necesidades especiales a las mujeres embarazadas, las personas discapacitadas, las personas que hayan sufrido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual y los menores que hayan sido víctimas de cualquier forma de maltrato, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante o de conflictos armados, estableciéndose un artículo específico, el siguiente artículo 31, para la regulación de las medidas específicas para los menores no acompañados¹⁷.

Nos encontramos, por tanto, ante un marco normativo que regula de forma inconsistente y fragmentada la vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo, sin especificar ni justificar la diferencia entre términos como «personas vulnerables» y otros de naturaleza análoga como «solicitantes que necesitan garantías procedimentales especiales» o «con necesidades especiales o particulares de acogida». Tampoco se especifican los procedimientos para la evaluación individual de las necesidades especiales que menciona la normativa, lo que deja un amplio margen para los Estados miembros que fragmenta, como veremos en un siguiente apartado, la uniformidad del proceso de asilo.

¹⁷ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO (2013): Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido). D.O.U.E. L 180/96. Arts. 30 y 31.

De nuevo, el principal desafío radica en que la conceptualización de los motivos y factores por los que una persona solicitante de asilo pueda ser considerada «vulnerable», con necesidad de «garantías procedimentales especiales» o «con necesidades especiales o particulares de acogida», se presentan de forma inconsistente entre los diversos instrumentos jurídicos reguladores del asilo en la Unión Europea.

Por ejemplo, los menores no acompañados, las familias monoparentales con hijos menores y las víctimas de trata y de mutilación genital femenina, son considerados «vulnerables» o «con necesidades especiales» en la Directiva de Acogida y en la de Reconocimiento, pero no como solicitantes de asilo «que necesitan garantías procedimentales especiales» en la Directiva de Procedimiento. A sensu contrario, el género, la orientación sexual y/o la identidad de género quedan regulados como motivos por los que una persona solicitante de asilo puede necesitar «garantías procedimentales especiales» en la Directiva de Procedimiento, pero no se recogen como factores por los que a una persona solicitante de asilo se le podría calificar como «vulnerable» o «con necesidades especiales de acogida», de acuerdo con las otras dos Directivas anteriormente citadas¹⁸.

De acuerdo con Freedman (2019: 7) , los Estados miembros están obligados en virtud de estas Directivas a tomar medidas para identificar a quienes se incluyen en la categoría de personas vulnerables para poder responder a sus necesidades específicas. Sin embargo, existe el riesgo de que la incoherencia entre las categorías de solicitantes que necesiten garantías procedimentales especiales y los solicitantes que necesiten garantías especiales de acogida se traduzca en ambigüedad y fragmentación entre los ordenamientos jurídicos nacionales y sus obligaciones jurídicas en virtud del Derecho de la Unión.

Como subraya el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados, los Estados miembros no han adoptado las mismas garantías procesales ni las mismas medidas de acogida para los citados grupos vulnerables al transponer las citadas Directivas en sus ordenamientos jurídicos, dado que la definición de los grupos vulnerables, en la mayoría de los países europeos, sigue la redacción de la Directiva de Acogida de 2003 y

¹⁸ En cualquier caso, dado que ambas categorías presentan enumeraciones no exhaustivas, como indica el Consejo Europeo para los Refugiados y los Exiliados, no debería implicar un problema conceptual en sí mismo, especialmente porque el mismo mecanismo de evaluación puede utilizarse para identificar necesidades especiales de recepción y procedimiento en virtud de las dos Directivas, de acuerdo con el artículo 24.2 de la Directiva de Procedimiento. CONSEJO EUROPEO DE REFUGIADOS Y EXILIADOS. ECRE (2017): *op. cit.*, p. 16

su texto refundido de 2013 (ECRE, 2017: 17). Sirva como ejemplo que la mayoría de Estados miembros no reconoce la orientación sexual ni la identidad de género como factores de la vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo y solo Chipre, Malta, Italia y Hungría reconocen como tal la mutilación genital femenina (ECRE, 2017: 17).

3. **Últimos avances en el reconocimiento de la vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo y refugiadas en la política de asilo de la Unión Europea**

El tratamiento de los grupos vulnerables ha constituido uno de los ámbitos prioritarios de la propuesta fallida de reforma del SECA de la pasada Comisión presidida por Jean-Claude Juncker, presentada en 2016 (Guinea Llorente y Díaz Lafuente, 2019: 118). Si bien muchos aspectos de las propuestas de la Comisión de 2016 fueron objeto de críticas por parte de diversas ONG y del ACNUR, los cambios propuestos con respecto a la posición de los solicitantes con necesidades especiales fueron recibidos de forma más positiva (ECRE, 2017: 18).

La pasada propuesta de la Comisión de refundir la Directiva de Acogida incluía la sustitución del término «vulnerabilidad» en todo el texto por «necesidades especiales de acogida» para dotarle de una mayor coherencia. Al mismo tiempo, y a los mismos efectos, la propuesta no exhaustiva de solicitantes de asilo vulnerables, recogida en el artículo 2.13), quedaba integrada en la definición de «solicitante con necesidades especiales de acogida»¹⁹.

Sin embargo, el Parlamento Europeo propuso otro matiz terminológico. En su informe sobre la propuesta de modificación de la Directiva de Acogida, instó al cambio de las «necesidades especiales de acogida» por unas «necesidades específicas de acogida», un cambio que parece obedecer principalmente a cuestiones lingüísticas, aunque no se ha revelado una justificación exacta del mismo en las deliberaciones legislativas²⁰.

La postura del Parlamento sobre la reforma de la Directiva de Acogida abogaba por una lista indicativa más amplia de categorías con

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA (2016): Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido). COM (2016) 465. Art. 2.13).

²⁰ PARLAMENTO EUROPEO (2017): Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (versión refundida). (COM (2016)0465 – C8-0323/2016 – 2016/0222(COD). Art. 21.

necesidades de acogida específicas, que incluyese a personas con trastorno de estrés postraumático, personas LGBTI, y personas no creyentes, apóstatas y minorías religiosas, entre otras²¹. Sin lugar a dudas, la inclusión de la orientación sexual y de la identidad de género como factores relevantes para identificar las necesidades específicas de acogida podría asegurar una mayor armonía entre las condiciones de acogida y las garantías procesales que deben adoptar las autoridades nacionales con respecto a este grupo de solicitantes de asilo.

Recientemente, el 23 de septiembre de 2020, la nueva Comisión Europea presentó el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, inclusivo de un paquete de propuestas legislativas que, de acuerdo con la Presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, adoptan un «enfoque humano de la migración»²². En el nuevo paquete de propuestas legislativas, se incluye la propuesta de un «Reglamento por el que se introduce un control de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores» (en adelante el Reglamento de Control). Según la propia propuesta, la justificación de este nuevo Reglamento parte de la necesidad de una rápida identificación de los que necesitan protección internacional frente a los que no cumplen los requisitos para el reconocimiento de la protección internacional y están sujetos a su devolución²³.

De este modo, esta propuesta de Reglamento busca la identificación inmediata y rápida de quienes llegan de forma irregular a las fronteras exteriores, articulándose sobre un nuevo proceso fronterizo, más breve y ágil, que incluya una «evaluación previa a la entrada». Durante este control, las autoridades de los Estados miembros deberán realizar: (i) un control preliminar de la salud y de la vulnerabilidad, (ii) un control de la identidad, (iii) el registro de datos biométricos en las bases de datos correspondiente y (iv) un control de seguridad²⁴.

De acuerdo con el artículo 9.1) de la citada propuesta del Reglamento de Control, el objetivo principal del examen médico preliminar consiste en la identificación de la necesidad de atención inmediata o el aislamiento por motivos de salud pública. Durante la evaluación, las autoridades deben verificar si el nacional de un tercer país se encuentra

²¹ *Ibidem*. Art. 2.13

²² COMISIÓN EUROPEA (2020): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto Sobre Migración y Asilo. COM (2020) 609. p. 1.

²³ COMISIÓN EUROPEA (2020): Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817. COM/2020/612.

²⁴ *Ibidem*. Apto 1.º.

en una situación vulnerable, si es víctima de tortura o si tiene necesidades especiales de acogida o de procedimiento según el significado del artículo 20 refundido de la Directiva de Acogida²⁵.

En cuanto se adopte, el nuevo Reglamento de Control garantizará la identificación rápida del procedimiento correcto aplicable a una persona que ingresa a la UE sin cumplir con las condiciones de entrada. También será aplicable a: aquellas personas que, sin cumplir con las condiciones de entrada a la UE, soliciten protección internacional durante los controles fronterizos, a las personas traídas a tierra en operaciones de búsqueda y salvamento marítimo y a las personas detenidas dentro del territorio, si han eludido previamente los controles en las fronteras exteriores.

El procedimiento fronterizo no se aplicará a los menores no acompañados ni a las familias con menores de 12 años. En relación con el resto de personas vulnerables, el procedimiento fronterizo solo se aplicará tras la realización de una evaluación individual en la que se puedan tener en cuenta sus necesidades específicas.

Aquellos que no soliciten protección internacional tras la revisión serán canalizados a procedimientos de retorno. En caso de que una persona presente una situación de vulnerabilidad o necesidades especiales de acogida o de procedimiento, debe recibir la asistencia específica relativa a su estado de salud física y mental. De acuerdo con el artículo 6, apartado 3.º, en circunstancias normales, la evaluación previa a la entrada debería completarse en solo cinco días²⁶.

Aunque el procedimiento parezca sencillo y eficaz, se presentan algunos desafíos y determinadas lagunas jurídicas que ponen en jaque la efectividad del procedimiento. Persiste la falta de concreción del concepto de «situación vulnerable» o de las «condiciones especiales de acogida o de procedimiento», lo que implica que la decisión sigue siendo discrecional por cada Estado miembro. Lo mismo puede decirse de las condiciones bajo las que deben realizarse tales controles o la selección entre personas vulnerables y no vulnerables. Esto significa que cada Estado miembro puede establecer diferentes criterios, no solo en función de los criterios vigentes de la situación política interna, sino también caso por caso.

La presentación del Nuevo Pacto sobre la Migración y el Asilo, por parte de la Presidenta de la Comisión, adelantó el establecimiento de todas las garantías necesarias para asegurar que cada persona disponga de una evaluación individual y para que se mantengan todas las garantías esenciales, respetándose plenamente el principio de no devolución y los derechos

²⁵ *Ibidem*. Art. 9. 1.º

²⁶ *Ibidem*. Art. 6. 3.º

fundamentales, y enfatizando que «una atención especial a las necesidades de los más vulnerables incluye una exención general de los procedimientos fronterizos cuando no puedan asegurarse las garantías necesarias».

En segundo término, para garantizar el acceso efectivo a los procedimientos de asilo y el respeto de los derechos fundamentales, los Estados miembros, en estrecha colaboración con la Agencia de los Derechos Fundamentales, deben adoptar un mecanismo de supervisión eficaz de observancia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Se propone, de este modo, un nuevo mecanismo de control del respeto de los derechos humanos que, mientras reconoce un amplio margen de actuación a los Estados miembros, no presenta ulterior regulación sobre su posible carácter vinculante y la eficacia del mismo con respecto a las decisiones adoptadas en el proceso de asilo.

Poco se sabe, hasta la fecha de la redacción del presente trabajo, sobre este anunciado mecanismo. En cualquier caso, de acuerdo con el Derecho de la UE, debería supervisar el cumplimiento del principio de no devolución, reconocido ampliamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como el de las normas nacionales sobre detención cuando se apliquen medidas privativas de libertad durante el control.

A su vez, la nueva Agencia de Asilo de la Unión Europea también tendrá competencias en la supervisión de los procedimientos de asilo y la propia Comisión, como destaca la citada Comunicación, llevará a cabo un seguimiento más sistemático de las normas nuevas y existentes, incoando procedimientos de infracción cuando lo estime necesario²⁷.

4. Los desafíos de la detección y evaluación de los factores de la vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo y refugiadas en el actual Sistema Europeo Común de Asilo

De acuerdo con la normativa anteriormente citada, la consideración de la vulnerabilidad en el Sistema Europeo Común de Asilo adquiere un carácter cardinal en el tratamiento y en el destino de la persona solicitante de asilo. En los denominados «puntos calientes» de las islas griegas, por ejemplo, el proceso de identificación de las personas vulnerables resulta fundamental. Desde el Acuerdo de la UE con Turquía de marzo de 2016, solo aquellas personas que sean formalmente identi-

²⁷ COMISIÓN EUROPEA (2020): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto Sobre Migración y Asilo. COM (2020) 609. p. 8

ficadas como vulnerables pueden ser trasladadas de las islas a la Grecia continental para que su solicitud de asilo sea evaluada²⁸.

Del mismo modo, la comentada propuesta del Reglamento de Control, introducida recientemente en el Nuevo Pacto sobre la Migración y el Asilo, reconoce que el procedimiento fronterizo no será de aplicación a los menores no acompañados ni a las familias con menores de 12 años y que, para el resto de personas vulnerables, el procedimiento fronterizo solo será de aplicación si previamente se ha realizado una evaluación individual en la que se puedan tener en cuenta sus necesidades específicas²⁹.

Dada la falta de regulación de un sistema de evaluación armonizado de los factores constitutivos de la vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo en el SECA, nos encontramos ante una pluralidad de mecanismos y prácticas de evaluación de dicha vulnerabilidad que genera una fragmentación evidente en el proceso de asilo entre los Estados miembros. A su vez, como subraya Luna, tales mecanismos de evaluación simplifican la vulnerabilidad al considerarla como una categoría unidimensional cuando realmente estamos ante un concepto complejo y de múltiples dimensiones (Luna 2009)

Algunos factores o condiciones de la vulnerabilidad como el embarazo o la discapacidad física pueden ser claramente identificados dada la aparente visibilidad de sus signos. Más complejidad arroja la evaluación de aquellos factores como las enfermedades mentales, el estrés posttraumático, la orientación sexual o la identidad de género, entre otros. Como apunta Freedman, se trata de una cuestión problemática ya que el SECA se basa en la creencia de que la vulnerabilidad es una característica fácilmente identificable y objetivable en un individuo (2019: 8).

A esta falta de una regulación armonizada del procedimiento de identificación de la vulnerabilidad se suma la falta de medios y recursos asignados al efecto. Como subraya un informe de la ONG Refugees International de 2017: «la falta de personal médico suficiente, la falta de experiencia médica entre el personal, y el formato de las evaluaciones, de solo unos pocos minutos, dan como resultado que las condiciones de muchas personas no sean identificadas» (Refugees international, 2017)³⁰.

²⁸ CONSEJO EUROPEO (2016): Conclusiones de 17 y 18 de marzo de 2016. Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/european-council-conclusions/>

²⁹ COMISIÓN EUROPEA (2020): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto Sobre Migración y Asilo. COM (2020) 609. p. 8

³⁰ FREEDMAN, Jane (2019): «The uses and abuses of “vulnerability” in EU asylum and refugee protection: protecting women or reducing autonomy?», *International Journal on Collective Identity Research*. Papeles del CEIC, 2019/1, p. 8.

Este es el caso de aquellos factores de la vulnerabilidad que son menos aparentes, como pueden ser los factores de salud mental o las experiencias de tortura o de violencia sexual o de género. En estos supuestos, una entrevista breve, sin el establecimiento previo de la necesaria relación de confianza, puede resultar insuficiente para la adecuada identificación de tales factores constitutivos de la vulnerabilidad.

La Oficina de Apoyo al Asilo (EASO) ha puesto de manifiesto dicha falta de uniformidad en las prácticas seguidas por los Estados miembros para evaluar la vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo³¹. Por una parte, algunos Estados como Bélgica destacan por haber adoptado medidas relevantes en la mejora de sus mecanismos de identificación, poniéndose en marcha diversas iniciativas, como aquellas desarrolladas en el nuevo centro de llegadas temporales establecido en diciembre de 2018 en Bruselas para identificar de manera más eficiente a todos los solicitantes con necesidades especiales de acogida o que necesiten garantías procesales especiales³².

A su vez, en Chipre, se ha desarrollado un sistema de detección en el principal centro de acogida en Pournara, centro en el que el ACNUR y la EASO prestan apoyo al Servicio Nacional de Asilo en todo el proceso de asilo, si bien dicho sistema aún no se ha implementado en la práctica³³. Del mismo modo, el creciente número de llegadas a Malta ha provocado una reciente revisión de los procesos de identificación³⁴.

En Francia, por su parte, se ha creado un grupo de trabajo nacional y tres grupos de trabajo temáticos para elaborar un plan de acción con el objetivo de redactar una circular sobre la detección y atención de los factores de la vulnerabilidad de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional durante todo el proceso de asilo y de integración³⁵. El

³¹ OFICINA DE APOYO AL ASILO DE LA UNIÓN EUROPEA. EASO (2020): «Identification of vulnerable applicants». EASO Asylum Report 2020. Apdo. 6.1. Disponible en: <https://easo.europa.eu/asylum-report-2020/61-identification-vulnerable-applicants>

³² *Ibidem*.

³³ CONSEJO DE REFUGIADOS DE CHIPRE (2020): Contribución al «Informe sobre asilo de la EASO 2020: Informe anual sobre la situación del asilo en la Unión Europea». <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-annual-report-2019-Cyprus-Council-for-Refugees-contrib.pdf>

³⁴ OFICINA DE APOYO AL ASILO DE LA UNIÓN EUROPEA. EASO (2020): «Identification of vulnerable applicants», *op. cit.*, apdo. 6.1

³⁵ CONSEJO EUROPEO DE REFUGIADOS Y EXILIDADOS. AIDA (2020): Informe de país: Francia. Disponible en: https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_fr_2019update.pdf. Visto en OFICINA DE APOYO AL ASILO DE

objetivo consiste en detectar tales factores lo antes posible y en tenerlos en cuenta de cara a la adopción de medidas durante todo el proceso de asilo³⁶.

Por su parte, en Alemania, se han adoptado cambios legislativos para mejorar la identificación y el registro de menores, siendo obligatoria la toma de huellas de todos los niños mayores de 6 años desde abril de 2021³⁷.

En cualquier caso, a pesar de estos avances, la identificación eficaz y rápida de los solicitantes vulnerables sigue constituyendo un desafío en general, especialmente con respecto a los factores no siempre visibles de la vulnerabilidad, como las consecuencias psicológicas de la tortura o el trauma, la trata de personas o la orientación sexual e identidad de género. Como destaca el Informe de la EASO sobre el asilo en la UE de 2020, varias organizaciones de la sociedad civil han subrayado la necesidad de que se adopten procedimientos operativos estándar para la identificación de la vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo en Austria, Portugal, Croacia e Irlanda, entre otros países³⁸.

A su vez, el ACNUR ha instado a una mayor protección de las personas refugiadas y solicitantes de asilo por motivos de su orientación sexual o su identidad de género, mediante la adopción de medidas tanto procedimentales como de acogida adaptadas a las personas LG-BTI³⁹. Como ha destacado Türk «los trabajadores implicados en el proceso del reconocimiento del estatuto de refugiado y en la gestión de las condiciones de acogida deben recibir una formación sensible y culturalmente apropiada sobre la orientación sexual, la identidad de género y las cuestiones relativas a la sexualidad»⁴⁰.

La correcta evaluación de las necesidades de protección durante el tránsito y al llegar a los países de destino, así como el acceso a una vi-

LA UNIÓN EUROPEA. EASO (2020): «Identification of vulnerable applicants», *op. cit.*, apdo. 6.1

³⁶ Se abordaron cuatro temas principales: salud física y mental; mujeres víctimas de violencia y trata de personas; solicitantes de asilo lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI); y refugiados y menores no acompañados. OFICINA DE APOYO AL ASILO DE LA UNIÓN EUROPEA. EASO (2020): «Identification of vulnerable applicants», *op. cit.*, apdo. 6.1

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REGUDIADOS, ACNUR (2019): Los expertos en derechos de la ONU instan a una mayor protección para los refugiados LGBTI. Disponible en: <https://www.unhcr.org/news/press/2019/7/5d19bdc04/un-rights-experts-urge-protection-lgbti-refugees.html>

⁴⁰ TÜRK, Volker (2019): en ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REGUDIADOS, ACNUR (2019): *op. cit.*, p. 1.

vienda digna en entornos seguros con instalaciones de saneamiento adecuadas resultan particularmente cruciales para las personas LG-BTI, ya que se encuentran expuestas al riesgo de acoso, abuso y violencia en los centros, albergues y campamentos de acogida⁴¹. De acuerdo con Madrigal-Borloz, el acceso a servicios sanitarios se presenta esencial para los refugiados LGBTI en todas las fases del asilo⁴². Sirva de ejemplo, en el caso de las personas trans, los efectos dañinos que puede entrañar la interrupción del tratamiento hormonal o de otros tratamientos asociados con la transición de género.

5. Consideraciones finales

El reconocimiento de la vulnerabilidad en el actual marco normativo e institucional de la política de asilo de la Unión Europea, en cuanto categoría que requiere de los Estados miembros la identificación de determinados factores específicos de las personas solicitantes de asilo y refugiadas, y la consecuente adopción de medidas y garantías especiales en la acogida y en el procedimiento de asilo, resulta, en principio, coherente con el valor de la igualdad reconocido en el Derecho primario de la Unión, en su dimensión material y sustantiva⁴³.

En esta línea, la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en asuntos como el de la *Comisión Europea c. Hungría*, de 17 de diciembre de 2020⁴⁴, o en el asunto *Haqbin*, de 12 de noviembre de 2019, ha reconocido la vulnerabilidad de determinados grupos de solicitantes de asilo, atendiendo principalmente no a las características internas de tales colectivos, sino a las deficiencias sistémicas de los procedimientos de asilo para el efectivo acceso a la protección internacional y de las condiciones de acogida de determinados Estados

⁴¹ DÍAZ LAFUENTE, José (2016): Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género. Series Cuadernos del Congreso.

⁴² MADRIGAL-BORLOZ, Víctor (2018): en ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REGUDIADOS, ACNUR (2019): *op. cit.*, p. 1. Véase, a este efecto, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual y la identidad de género. 38.ª Sesión. A/HRC/38/43

⁴³ UNIÓN EUROPEA (2007): Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. OJ C 306. Art. 2.

⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2020): Asunto C-808/18 Comisión Europea c. Hungría Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2020

miembros como constitutivas de trato inhumano o degradante prohibido por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴⁵.

A pesar de estos avances, a tenor de lo expuesto en el presente trabajo, podemos destacar tres riesgos a tener en consideración para una aplicación efectiva del reconocimiento de la vulnerabilidad en el Sistema Común Europeo de Asilo. El primero de ellos reside en un posible uso del concepto de la vulnerabilidad como un elemento más del denominado por Crawley y Skleparis (2017) «fetichismo categórico», en un intento de discernir entre los solicitantes de asilo «buenos» dignos de protección, frente a los migrantes «malos» sobre los que subyace la presunción de un abuso del sistema para obtener una protección que no merecen, distinción sobre la que parece justificarse la reciente propuesta del citado Reglamento de Control.

Para superar este primer desafío, el núcleo de la vulnerabilidad debe residir, no solo en la pertenencia a un determinado grupo social o colectivo, sino en la aprehensión de la vulnerabilidad como inherente al ser humano y en la atención a las circunstancias personales y sociales de cada persona solicitante de asilo y refugiada. En esta línea, como sostiene Fineman (2008), no existe un estado de invulnerabilidad, partiendo del hecho que todos los seres humanos somos vulnerables, pero sí existen diferentes niveles de resiliencia para enfrentar o mitigar dicha vulnerabilidad.

Siguiendo a Moritz (2012), las personas solicitantes de asilo y refugiadas deben ser reconocidas como actores que cuentan con sus propias estrategias y que son capaces de adoptar sus propias decisiones⁴⁶. De este modo, se podría superar el enfoque tendente a la esencialización de las personas solicitantes de asilo, atendiendo a tales circunstancias personales y sociales, reconociéndoles, al mismo tiempo, una mayor autonomía y de un papel más protagonista en el proceso de asilo.

El segundo desafío ante el que nos encontramos, más allá de la conceptualización confusa e indeterminada de la vulnerabilidad en la normativa reguladora del SECA, radica en la falta de delimitación de los procedimientos de identificación de aquellos factores constitutivos de la vulnerabilidad que deban ser considerados por los Estados miembros. En este sentido, el Nuevo Pacto sobre la Migración y el Asilo no arroja mayor concreción, si bien reconoce el papel del ACNUR, la EASO y el de la propia Comisión para la asistencia y la defensa de los derechos fundamentales en los procedimientos de control e identificación.

⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. asunto C-233/18 Haqbin c. Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de noviembre de 2019.

⁴⁶ Visto en Freedman (2019: 6).

Por último, nos encontramos ante una cuestión que, dado el carácter central que ha ido adquiriendo en la política de asilo de la UE y de los relevantes efectos de su consideración, requiere de una mayor asignación de medios y recursos de diversa índole. En esta línea, resulta fundamental los programas para la formación de todos los trabajadores, agentes y funcionarios que participan en las diversas fases del proceso de asilo, en los puestos fronterizos, en los centros de acogida y en la toma de decisiones tras la evaluación de las solicitudes.

Asimismo, como podemos deducir de los datos revelados por la EASO⁴⁷, se requieren más recursos para la prestación de la asistencia médica, psicológica, jurídica y pedagógica que exige la adecuada consideración de la vulnerabilidad en todas las fases del asilo, así como, siguiendo a Hruschka y Leboeuf (2019:1), para el apoyo a la investigación interdisciplinaria y a la elaboración de estudios cuantitativos que permita una mejor comprensión de los múltiples factores de la vulnerabilidad, tal y como son vividos y experimentados por las propias personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo.

Bibliografía

- Consejo Europeo De Refugiados Y Exiliados. ECRE (2017): *The concept of vulnerability in European asylum procedures*, AIDA. Asylum Information Database, Bruselas.
- Crawley, Heaven et Skleparis, Dimitri (2017): «Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's "migration crisis"», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 44, n.º 1, pp. 48-64.
- Díaz Lafuente, José (2016): *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Series Cuadernos del Congreso, Madrid.
- Díaz Lafuente, José (2020): «El debate sobre la política migratoria y de asilo en la Conferencia sobre el futuro de Europa» en Aldecoa Luzárraga, Francisco (dir.) *El debate ciudadano en la Conferencia sobre el futuro de Europa*, Marcial Pons, Madrid, p. 477.
- Fineman, Matha Albertson (2008): «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 20, n.º 1, pp. 1-23.

⁴⁷ OFICINA DE APOYO AL ASILO DE LA UNIÓN EUROPEA EASO, (2020): EASO Asylum Report 2020: Annual Report of the Situation of Asylum in the European Union. <https://easo.europa.eu/asylum-report-2020>

- Freedman, Jane (2019): «The uses and abuses of «vulnerability» in EU asylum and refugee protection: protecting women or reducing autonomy?», *International Journal on Collective Identity Research. Papeles del CEIC*, 2019/1, pp. 1-15.
- Guinea Llorente, Mercedes et Díaz Lafuente, José (2019): *El cumplimiento de la Comisión con sus ciudadanos*, Marcial Pons, Madrid.
- Hruschka, Constantin et LEBOEUF, Luc (2019): «Vulnerability. A buzzword or a standard for migration governance?», *Population Europe. EUROPE. Policy Brief* N.º 20.
- La Spina, Encarnación (2016): «Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, pp. 182-204.
- Luna, Florencia (2009): «Elucidating the concept of vulnerability: layers not labels». *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, Vol. 2, n.º 1, pp. 121-139.
- Moritz, A. (2012): «Supporting refugee women's strategies for coping with challenges during maternity in resettlement: Shifting the focus from vulnerability to agency», *Revista Iberoamericana de Salud y Ciudadanía*, Vol. 1, n.º 1), pp. 119-156.
- Olivius, Elizabeth (2016): «Constructing Humanitarian Selves and Refugee Others», *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 18, n.º 2, pp. 270-290.
- Peroni, Lourdes y Timmer, Alexandra (2013): «Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, n.º 4, pp. 1056-1085.
- Refugees International (2017): «*Like a Prison*»: *Asylum Seekers Confined to the Greek Islands*, Refugees International, Washington.

El alcance de la vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: apertura de nuevas líneas de interpretación

Natalia Caicedo Camacho

Universidad de Barcelona

1. Introducción: la vulnerabilidad como un concepto emergente

El concepto de grupos vulnerables o grupos en situación de vulnerabilidad es un concepto emergente que comienza a tener cierta relevancia en el ámbito del Derecho internacional (Human Development, 2014; Chapman y Carbonetti, 2011), en el marco del Consejo de Europa (Jimena 2011), así como en el propio Derecho comunitario¹. También a nivel interno, los Estados acuden con mayor frecuencia al término «grupos vulnerables» con el objetivo de diseñar políticas públicas focalizadas en las necesidades especiales de determinados colectivos (Churruca et al, 2014)². Igualmente, las medidas sociales adoptadas en

¹ En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, el concepto de vulnerabilidad se introduce con especial relevancia en la normativa sobre el derecho de asilo (Directiva 2013/33/CE y Directiva 2013/32/CE) o en la normativa sobre el mercado del gas y la electricidad en donde se propone el desarrollo de la figura del consumidor vulnerable (Directivas 2009/72/EC y 2009/73/EC). Al respecto véase., (JAKULEVVIENE 2016), (CHURRUCA et al 2015)

² Para el caso de España, por ejemplo, Real Decreto 897/2017, por el que se regulan la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para consumidores domésticos de energía eléctrica. (BOE núm. 242, de 7 de octubre de 2017.).

el marco de la crisis sanitaria como consecuencia de la Covid-19 tuvieron como eje el criterio de la vulnerabilidad para determinar los colectivos objeto de protección³.

Si el foco lo giramos hacia la jurisprudencia de las altas Cortes es fácil percatarse que el concepto de grupos vulnerables ha asumido un rol cada vez más destacado. La vulnerabilidad ha servido como punto de apoyo para el desarrollo de un cuerpo jurisprudencial a través del cual se pretende reforzar la protección de aquellas personas o colectivos que se encuentran en situaciones en las que se les infringe un daño y carecen de medios físicos y jurídicos para hacer frente al mismo. De hecho, la doctrina jurisprudencial ha sido en muchas ocasiones la puerta de entrada para la aplicación jurídica de la vulnerabilidad. Este avance ha llevado a algunas autoras como Alexandra Timmer (2013) a denominarlo la «revolución silenciosa». Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (Estupiñan-Silva, 2014) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Peroni y Timmer, 2013; Timmer, 2013; La Barbera, 2016), han entrado a valorar el grado de vulnerabilidad de los y las demandantes con el objetivo de perfilar de manera más precisa tanto el alcance de la vulneración de los derechos como las obligaciones derivadas de los deberes de protección en cabeza de los Estados.

La vulnerabilidad sugiere la idea que determinadas personas o grupos de individuos se encuentran en una situación susceptible al daño (Suárez Llanos 2003; Ortega González, 2001; Peroni y Timmer, 2013:1058), por diversos motivos, carecen de elementos o herramientas para hacer frente a este daño o defenderse (Ortega González 2001). Se entiende entonces que la vulnerabilidad es una condición preexistente que determina el nivel de daño frente a la existencia de un riesgo, es decir, la vulnerabilidad vendría a situar a las personas en una posición de mayor o menor exposición de sufrir las consecuencias negativas del daño producido frente a la existencia de un riesgo (Ranci, 2010: 3-24). Si entramos al ámbito jurídico, la ausencia de elementos o herramientas para hacer frente a un daño se vincula directamente con la incapacidad de ejercer con garantías los derechos y, por lo tanto, la respuesta desde el derecho debe ir hacia la articulación de vías o mecanismos particulares a través de los cuales se garantice el pleno y efectivo ejercicio de los derechos (La Spina, 2020: 24 y ss).

Este contexto, el presente artículo tiene como objetivo analizar el rol que la Corte IDH ha dado a la vulnerabilidad en el marco de la tutela de

³ En materia de vivienda el Decreto ley 8/2020 y Decreto ley 11/2020 adoptaron medidas en materia de protección en las que el criterio para adjudicar las ayudas fue el de colectivos en situación de vulnerabilidad.

los derechos y libertades contenidos en la Convención. Como se expondrá en las páginas siguientes la inclusión de la vulnerabilidad en la argumentación de la Corte IDH se ha convertido en un escenario común a través del cual se busca reforzar el nivel de protección de los derechos.

2. La vulnerabilidad en el marco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH constituida en 1979 tiene como principal objetivo velar por el cumplimiento de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El término vulnerabilidad se introdujo de manera tímida en la jurisprudencia de los noventa y ha ido avanzando en las últimas décadas hasta convertirse, en la actualidad, en un elemento integrante de la tutela de los derechos del sistema americano de protección (Caldas, 2015).

El presidente de la Corte IDH en alusión a los 40 años de andadura declaró que *«A lo largo de este camino de cuatro décadas, el Tribunal ha visibilizado y protegido a personas y grupos en situación de vulnerabilidad que históricamente han sido relegados»* (Ferrer Mac-Gregor Poisot, 2018). Las palabras del presidente de la Corte sugieren la idea que la vulnerabilidad se integra como una pieza clave para evaluar el nivel de protección y las obligaciones de los Estados. La Corte parece haber encontrado en la vulnerabilidad una plataforma para profundizar en la protección de los derechos de aquellos colectivos o personas que deben hacer frente a determinados riesgos y que carecen de medios o instrumentos de defensa para hacerles frente.

2.1. *El punto de partida de la CIDH: la vulnerabilidad desde el enfoque de las desigualdades*

En la Opinión consultiva OC-18/03 sobre el estatuto jurídico y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, la Corte IDH afirmó que:

«la condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades ante la ley) y de facto (desigualdades estructurales)»⁴.

⁴ CIDH *Opinión consultiva sobre el estatuto jurídico y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados*, OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 112.

El punto de partida de la Corte IDH es la lectura de la vulnerabilidad desde el enfoque de las desigualdades. La vulnerabilidad se manifiesta en una doble dimensión: las desigualdades de derecho y las desigualdades de hecho o estructurales. La perspectiva de las desigualdades estructurales desarrollada por la Corte supone entender la vulnerabilidad como el resultado de las condiciones sociales, culturales e históricas que han situado a determinados colectivos en una posición de desigualdad en términos de acceso a los recursos que les impide o dificulta tanto el disfrute de los derechos en términos de igualdad, como la posibilidad de configurar herramientas para enfrentarse a determinados daños. En este caso, la vulnerabilidad, además, se vincula a la existencia de patrones sistemáticos de discriminación, colectivos comparten una historia de discriminación, de prejuicios sociales negativos, susceptibles de ser reforzados por la normativa, lo cual disminuye la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo (Pelletier, 2014: 207).

Por su parte, la vulnerabilidad vista como resultado de las desigualdades de iure «*la condición de vulnerabilidad es mantenida por situaciones de iure (desigualdades ante la ley)*» sostiene que las estructuras jurídicas juegan un papel de refuerzo o mantenimiento a través de la normativa de aquellas situaciones de vulnerabilidad nacidas de las desigualdades estructurales. Desde esta óptica la Corte muestra una especie de «cara oculta» de la función del derecho respecto de las situaciones de la vulnerabilidad, en donde el papel del Derecho no se limita diseñar vías para posibilitar el ejercicio de los derechos para aquellos colectivos o personas que por determinadas razones (generalmente factores de discriminación) no pueden activar vías de defensa jurídica frente a una situación de daño, sino que aquí las estructuras jurídicas tomarían un rol activo de sustentadores de la vulnerabilidad al denegar o imposibilitar el reconocimiento y ejercicio de los derechos.

Partiendo del principio de no discriminación la Corte también ha indicado que hay elementos derivados de las desigualdades entre los grupos que les sitúan una posición de vulnerabilidad. En el caso *Yean y Bosico c. República Dominicana*, relativo a la vulneración de los derechos de dos menores migrantes apátridas, la Corte señaló que la vulnerabilidad se deriva de un trato discriminatorio, «*el tratamiento discriminatorio impuesto por el Estado a las niñas Yean y Bosico, se enmarca dentro de la condición vulnerable de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la cual pertenecen las presuntas víctimas*»⁵.

⁵ CIDH *Yean y Bosico c. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005, párrafo 167.

En la opinión consultiva OC-18/03, se refirió a la inmigración como grupo en situación de vulnerabilidad. Para la Corte IDH la posición de vulnerabilidad de la población migrante es consecuencia de los prejuicios étnicos, de la xenofobia y del racismo, que impiden o dificultan su integración en la sociedad, constituyéndose en la base de la impunidad de las violaciones de los derechos humanos cometidos en su contra.

«Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra»⁶.

La presencia de prejuicios sobre la población migrante se ha extendido también a la figura de apátrida, en *Yean y Bosico* afirmó que «*la apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad*»⁷. Concluyendo que las normas sobre el acceso a la nacionalidad, junto con la interpretación arbitraria de la ley basada en prejuicios raciales, situó a las demandantes en una posición de extrema vulnerabilidad.

Sobre la vulnerabilidad analizada desde la perspectiva de las mujeres, la Corte se ha referido a la existencia de situaciones de violencia estructural contra ellas⁸. En *campo algodonero vs. México*, la Corte IDH, citando los informes de la CEDAW, reprodujo que:

«la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar «no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades» y que estas situaciones de violencia están fundadas «en una cultura de violencia y discriminación basada en el género»⁹.

⁶ CIDH *Opinión consultiva OC-18/03...*, *op. cit.*, Caso Yean y Bosico c. República Dominicana.

⁷ CIDH *Yean y Bosico...*, *op. cit.*, párrafo 142.

⁸ CIDH *González y otras («campo algodonero») vs. México*, de 16 de noviembre de 2009; CIDH *Penal Castro vr. Perú*, de 25 de noviembre de 2006; CIDH *Valentina Rosendo Cantú vs México*, de 31 de agosto de 2010

⁹ CIDH *González y otras...*, *op. cit.*, párrafo 133

Igualmente, para los casos de vulneración de derechos a los colectivos indígenas se ha hecho mención del desprecio ejercido desde la cultura occidental frente a las formas de organización social y cultural distintas a las socialmente establecidas¹⁰. En *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, la Corte señaló la existencia de una «política discriminatoria y racial» contra los indígenas que continua en la actualidad y comprobó patrones discriminatorios de jure y de facto en el acceso a instituciones públicas, así como patrones discriminatorios en las condiciones económicas, sociales y culturales en que se encuentran desde hace años (Pelletier 2014: 2010). El énfasis de la vulnerabilidad de los colectivos indígenas como un factor derivado de la situación de exclusión y marginalidad se refirmó en *Yatama vs. Nicaragua*:

«Al analizar el goce de estos derechos por las presuntas víctimas en este caso, se debe tomar en consideración que se trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas (...), quienes se diferencian de la mayoría de la población, inter alia, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad»¹¹.

Junto con la línea de análisis abierta sobre las desigualdades estructurales que originan la vulnerabilidad, la Corte también ha indicado que existen características inherentes a la persona que les sitúan en posiciones de mayor exposición frente a la producción de determinados daños. Es decir, en este caso, la vulnerabilidad no tiene causa en los patrones de exclusión y prejuicios, sino en características inmutables que se predicen de la propia condición humana y sitúan a la persona en una situación susceptible al daño. Así, se ha hecho referencia a la edad y la existencia de una condición de vulnerabilidad inherente a los menores como resultado de su fragilidad física y su inmadurez personal y jurídica¹². La vulnerabilidad que causa la minoría de edad ha sido relevante en la gran mayoría de casos sobre menores juzgados por la Corte y, por ende, se ha exigido a los Estados un mayor nivel de responsabi-

¹⁰ CIDH *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, de 15 de junio de 2005; CIDH *Yatama Vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005; CIDH *Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005.

¹¹ CIDH *Yatama Vs. Nicaragua...*, op. cit., párrafo 202

¹² CIDH *Vargas Areco vs. Paraguay*, de 26 de septiembre de 2006; *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*, OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002; CIDH *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vr. Guatemala*, 19 de noviembre de 1999.

dad¹³. En esta misma dirección, también se ha incluido como una causa de vulnerabilidad a las situaciones de discapacidad y, concretamente, la discapacidad mental argumentándose que el ingreso en una institución para estas personas incrementa su vulnerabilidad¹⁴.

Que la vulnerabilidad tenga origen en situaciones de desigualdad estructural o en características innatas e inmutables no significa que ambas causas estén disociadas entre sí. De hecho, muchos de los casos de discriminación estructural generadora de situaciones o posiciones de vulnerabilidad responden a la presencia de una característica innata que per se no resultaría limitadora del desarrollo de las capacidades de la persona o limitadora frente a la generación de un daño. Sin embargo, esta característica vivida en bajo contextos de discriminación estructural acaba generando potenciales vulnerabilidades. En otras palabras, hay características inmutables que sitúan a las personas o los colectivos en una situación de vulnerabilidad porque existen patrones sistemáticos de discriminación. Este es, por ejemplo, el caso del color de piel, una característica inmutable que no tendría porque generar vulnerabilidades, pero debido al racismo estructural presente en nuestras sociedades acaba siéndolo. Otro ejemplo es el sexo, ser mujer per se no supone una condición de menores capacidades o habilidades para hacer frente a determinados daños como si es el caso de la minoría de edad. No obstante, como bien apunta la Corte IDH situaciones de violencia estructural contra las mujeres acaban situando a la mujer en contextos de alta vulnerabilidad.

Finalmente, cabe mencionar un enfoque circunstancial de la vulnerabilidad. La Corte IDH también se ha referido a cómo las circunstancias económicas, jurídicas y políticas de los individuos o grupos de individuos pueden situarles en una posición de desventaja y daño en un momento determinado. En este sentido, ha entendido que las personas pueden estar expuestas a elementos circunstanciales que sitúan la

¹³ PÉREZ PÉREZ, Alberto (2015): Conferencia «La jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de los niños y los adultos mayores», en Conferencia sobre la Protección constitucional de los grupos vulnerables, un dialogo judicial. Chile <https://www.youtube.com/watch?v=XBIUdvflHZw&feature=youtu.be> (último acceso junio 2018) A modo de ejemplo, en el caso Vargas Areco la Corte afirmó que «en casos de presuntas ejecuciones extrajudiciales, las autoridades de un Estado deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, una vez que tengan conocimiento del hecho. Dicha obligación debe materializarse de un modo particular cuando se tratare de una ejecución extrajudicial de un niño, dada su condición de vulnerabilidad inherente, especialmente si este se encuentra bajo la custodia o tutela del Estado. CIDH *Vargas Areco...*, op. cit., párrafo 77.

¹⁴ CIDH *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006.

vulnerabilidad. Así, las situaciones de conflicto armado y persecuciones hacia la población civil, derivadas tanto de ejércitos paramilitares vinculados al Estado como a grupos subversivos, han sido para la Corte un escenario creador de vulnerabilidades. Un ejemplo de ello son las situaciones de desplazamientos internos¹⁵ o la persecución a periodistas¹⁶, a personas públicas¹⁷ y a los defensores de derechos humanos¹⁸.

3. Vulnerabilidad, discriminación y desigualdades estructurales

3.1. *La vulnerabilidad y las desigualdades estructurales*

Aproximarse a la vulnerabilidad a partir de las desigualdades estructurales y atendiendo a las causas que la originan y le permite a la Corte IDH solventar el debate sobre si esta es el resultado a una situación adquirida o innata. Cuando se aborda la vulnerabilidad uno de los primeros interrogantes que se plantean es ¿nos encontramos delante de una característica inherente a la condición humana? o, por el contrario, ¿son las circunstancias sociales que rodean a las personas las que determinan la vulnerabilidad? En esta dirección se ha defendido la vulnerabilidad como situación universal e inherente a la condición humana, de manera que esta se predica de todos los individuos en la medida en que somos seres humanos dependientes de otros elementos (techo, alimentación, abrigo) para sobrevivir (Fineman 2004)¹⁹. La jurisprudencia de la Corte IDH incluye tanto elementos de vulnerabilidad innata, es decir, aquella que responde a la propia existencia de la persona como por ejemplo la edad o la discapacidad; como aquellas causas que se identifican con situaciones de exclusión y desigualdad estructural como el racismo, la pobreza o la persecución política.

Otra de las ventajas de enfocar la vulnerabilidad desde la perspectiva las causas es evitar su identificación con los colectivos objeto de

¹⁵ CIDH *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 188; CIDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia*, párrafo 210.

¹⁶ CIDH *Vélez Restrepo vs. Colombia*, 3 de septiembre de 2012, párr. 148; CIDH, *Palamara Iribarne vs. Chile*, 22 noviembre 2005, párrafo 84-85.

¹⁷ CIDH *Palamara Iribarne...*, *op. cit.*, párrafo 84-85.

¹⁸ CIDH *Valle Jaramillo vs. Colombia*, de 27 de noviembre de 2008, párr. 78, 90; CIDH *García y familia vs. Guatemala*, 29 de noviembre de 2012, párrafo 120-122.

¹⁹ Desde esta perspectiva, la autora propone huir de la construcción del sujeto autónomo e independiente de la teoría liberal, «mito de la autonomía» y centrar la vulnerabilidad como un elemento inherente a la condición humana, perspectiva que abre la puerta a redirigir o corregir las disparidades económicas y el bienestar social entre los grupos.

protección. La tendencia es equiparar la vulnerabilidad a los grupos que bien por razones históricas han sido discriminados como las mujeres, la población negra, el colectivo LGTBI, o bien con los colectivos que debido a determinadas características físicas carecen de los medios para hacer frente al acontecimiento de un daño, el caso de los menores, las personas discapacitadas o mayores. Este planteamiento es adoptado, por ejemplo, en las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, en las que se «*consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*»²⁰.

Sin embargo, los inconvenientes que tiene la identificación de la vulnerabilidad a través de los colectivos son varios. En primer lugar, este enfoque acaba trasladando la posición particular de cada grupo a un concepto como es el de la vulnerabilidad que tiene una vocación generalizadora. En consecuencia, la definición de la vulnerabilidad termina equiparándose o fundiéndose con las características del grupo específico que es objeto de protección. En segundo lugar, ante la imposibilidad de predicar la vulnerabilidad a todo el colectivo se propone la creación de subgrupos o subcategorías a las que se les añade algún elemento extra o se interrelacionan los grupos: menores inmigrantes no acompañados, mujeres víctimas de violencia de género, solicitantes de asilo LGTBI. Incluso, en muchas ocasiones dentro de estos subgrupos, la vulnerabilidad dependerá, en últimas, de las circunstancias personales de cada individuo. Esta atomización de la vulnerabilidad omite los posibles daños que puede tener un individuo que forma parte del colectivo, pero no del subgrupo²¹. Ahora bien, el riesgo de atomización que aquí se menciona no omite que la vulnerabilidad desde la perspectiva de la interseccionalidad sea el resultado de la interacción de estructuras sociales que se construyen entre sí de forma dinámica y variada en el tiempo y en el espacio²².

En tercer lugar, la concepción de grupos vulnerables focaliza su atención en lo individual y detracta la atención de los factores estructurales que dan origen o preceden a la situación de daño (Brown, 2012).

²⁰ Reglas de Brasilia sobre el derecho de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

²¹ Sobre el peligro de la atomización para el caso de los solicitantes de asilo véase. (Caicedo y Romano 2018)

²² Véase (La Spina 2020: 40 citando a La Barbera (2016)).

De manera que, al centrarse en los grupos se desconoce en ocasiones las causas de vulnerabilidad son ajenas a la comunidad vulnerable así, por ejemplo, el control de las aguas río arriba puede convertir a las personas que viven río abajo en vulnerables a las inundaciones o a la escasez de agua²³. Así, el enfoque del grupo centrará la atención en la situación de las personas que viven en la parte final del río omitiendo el debate sobre el control colectivo del agua.

En todo caso, que a la aproximación a la vulnerabilidad no sea la perspectiva de grupo no niega que las situaciones de vulnerabilidad en la práctica se materializan a través de los colectivos que comparten situaciones de discriminación y desventaja e incluso en muchas ocasiones esta vulnerabilidad tiene una perspectiva interseccional de manera que emergen elementos de individualidad. Lo que se argumenta es que el eje de estudio sobre la vulnerabilidad debería girar sobre las desigualdades estructurales que dan lugar a las situaciones de desventaja más no sobre las características que definen a los colectivos. En el caso *B.S contra España*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó las mujeres africanas que ejercen la prostitución tienen una condición inherente de vulnerabilidad²⁴. Sin embargo, ser mujer negra ejerciendo la prostitución no supone per se una situación inherente de vulnerabilidad como lo puede ser la edad o la discapacidad. En este caso son las estructuras racistas, el machismo y el desprecio hacia otras culturas lo que posiciona a la mujer negra que ejerce la prostitución en una situación de vulnerabilidad.

3.2. *La vulnerabilidad y la discriminación*

Junto con la figura de las desigualdades estructurales el otro elemento clave en el análisis de la vulnerabilidad es la discriminación. Tal y como se ha expuesto anteriormente, en *Yean y Bosico* se afirmó que la vulnerabilidad se deriva de la discriminación y el vicepresidente de la Corte IDH ha declarado que la vulnerabilidad está intrínsecamente ligada con el derecho a la no discriminación, pero sin entenderse como conceptos equivalentes (Caldas 2015). La conexión entre vulnerabilidad y discrimi-

²³ Mary Anderson (1994) planteó de manera temprana los inconvenientes sobre la focalización en los grupos vulnerables por parte de los organismos internacionales que actúan en la prevención y respuesta frente a las catástrofes naturales.

²⁴ STEDH M.S.S c. España, de 26 de julio de 2012. El Tribunal afirmó que «*los Órganos Jurisdiccionales internos, no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución*», párrafo. 70

minación ha sido desarrollada con mayor profundidad en los últimos pronunciamientos de la Corte IDH al indicar que existen casos de vulneración de derechos en los que confluyen múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación. En *Gonzalez Lluy y otros c. Ecuador*, sobre una menor de edad contagiada en la transfusión de sangre del VIH que derivó en una situación de estigmatización social, se afirmó que:

«confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación (...) no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de ellos no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente».

Como puede observarse *Gonzalez Lluy* representa una suerte de *leading case* que introduce la perspectiva de la interseccionalidad en las diferencias de trato, es decir, se abordan los casos en los que una persona es estigmatizada o tratada de manera perjudicial debido a dos o más rasgos odiosos a la vez. Detrás del concepto de discriminación interseccional se encuentra la idea que las personas pueden pertenecer a varios grupos de desventaja al mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación (La Barbera 2016). Para el caso del sistema interamericano el reconocimiento de la vulneración de derechos cuando confluyen múltiples factores de vulnerabilidad inició como un criterio de interpretación sobre la violencia contra las mujeres. En un primer momento la Corte IDH entendió este tipo de discriminación como una sumatoria de factores de opresión (Zota-Bernal, 2015), para años más tarde, en *Gonzalez Lluy*, declarar la existencia de la interseccionalidad.

El análisis de la Corte IDH sobre vulnerabilidad pivota sobre la existencia de dinámicas de exclusión estructural o histórica basadas en prejuicios y vinculadas con la discriminación del art. 2 y 24 de la Convención, las cuales crean constantemente riesgos para determinados colectivos. La identificación de los colectivos en situación de vulnerabilidad ha estado siempre analizada a través de las desigualdades estructurales que acaban situándoles en una posición de indefensión y a la cual no pueden hacer frente debido justamente a las relaciones inequitativas. Para la Corte IDH estas dinámicas de exclusión se encuentran sustentadas por el racismo, la xenofobia, el machismo o el desprecio hacia otras formas de cultura distinta a la occidental que hacen emerger situaciones de vulnerabilidad colectiva traducida en una denegación o vulneración amplia de los derechos.

El principio de no discriminación supone una prohibición o veto a los Estados de ejercer un trato diferenciado que carezca de una razón o justificación objetiva y razonable. En esta línea la Corte IDH ha resuelto una gama muy amplia de casos en los que ha condenado a los Estados por aplicar tratos discriminatorios²⁵. En todo caso, la diferencia de trato no justificada no siempre se desarrolla en contextos de discriminación estructural puede, como pasa en muchas ocasiones, suceder al margen de una historia de opresión y desprecio. Sin embargo, cuando en esta ecuación entra en escena la vulnerabilidad, entonces, se hace visible que, en el trato diferenciado, además de la ausencia de una justificación objetiva razonable, hay también la presencia de patrones estructurales y sistemáticos de discriminación respecto de colectivos que comparten una historia de exclusión y de prejuicios. La vulnerabilidad vendría a cualificar estas diferencias no solo como odiosas, elemento predicable de las cláusulas antidiscriminatorias, sino que además enmarca las diferencias un contexto en donde las relaciones de poder entre los grupos (nacionales/migrantes; hombres/mujeres; blancos/negros) son profundamente desiguales. Esta desigualdad en términos de poder marcada por las dinámicas de exclusión se desarrolla además en un contexto amplio en el que las personas suelen pertenecer a varios grupos de desventaja y por ende la discriminación es el resultado de la confluencia de múltiples factores de vulnerabilidad.

4. La responsabilidad de los Estados frente a la vulnerabilidad. La teoría de la protección especial

La jurisprudencia de la Corte IDH ha declarado que los Estados deben adoptar medidas de protección especial con el objetivo de proteger los derechos de las personas o colectivos que encuentra en una situación de vulnerabilidad. En numerosas ocasiones la Corte se ha referido a la especial responsabilidad de los Estados frente a las situaciones de vulnerabilidad, aludiendo a los deberes cualificados que se exigen frente a la protección de los derechos humanos. En el *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*²⁶ se afirmó:

²⁵ Véase, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 14: Igualdad y no discriminación. Disponible, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>

²⁶ CIDH *Ximenes Lopes vr. Brasil*, 4 de julio de 2006.

«La Corte Interamericana considera que **toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial**, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa **la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades**»²⁷.

Para el alto Tribunal revertir la situación de exclusión marcada por la vulnerabilidad requiere actuaciones de los Estados que van más allá de la igualdad formal. Si para la Corte IDH la vulnerabilidad está íntimamente vinculada a la existencia de desigualdades estructurales entonces la respuesta frente a la vulnerabilidad debe necesariamente introducir elementos de igualdad real. Esto es así porque el simple reconocimiento formal de los derechos y el trato igualitario resultan insuficientes dado que la vulnerabilidad es el resultado de una estructura socio-económica que distribuye de manera desigual los recursos y la riqueza. En otras palabras, como se ha argumentado desde la doctrina por medio de la vulnerabilidad se reivindica un plus de protección o adición a la protección genérica, esta protección añadida responde a las causas que sitúan la vulnerabilidad (La Spina 2020: 41).

De acuerdo con la Corte IDH las respuestas frente a las situaciones de vulnerabilidad requieren de la adopción de acciones o medidas positivas que beneficien a los colectivos desfavorecidos y de esta forma hacer frente a la desigualdad que origina la vulnerabilidad. El alcance de la acción positiva o de los deberes especiales de protección dependen como ha afirmado la Corte de las circunstancias del caso concreto. En *Vargas Areco vr. Paraguay*²⁸, sobre ejecuciones extrajudiciales, la Corte indicó que los deberes de investigación por parte del Estado son particularmente exigentes cuando se trata de la ejecución extrajudicial de un niño dado su condición de vulnerabilidad inherente. En *Ximenes Lopes*, sobre el ingreso a un centro de una persona con discapacidad mental, también se enfatizó sobre la mayor exigencia del cumplimiento de obligaciones que tiene un Estado hacia personas que pueden considerarse particularmente vulnerables²⁹. En casos sobre menores que viven en la

²⁷ Esta doctrina es ratificada en CIDH *Valle Jaramillo y otros vr. Colombia*, de 27 de noviembre de 2009.

²⁸ CIDH *Vargas Areco vr. Paraguay*, de 26 de septiembre de 2006

²⁹ CIDH *Ximenes Lopes...*, *op. cit.*, En este caso se discutía sobre el internamiento y posterior fallecimiento de una persona que padecía discapacidad intelectual. El señor Ximenes Lopes fue internado en un centro de atención psiquiátrica privado, que operaba

calle la Corte declaró que «*el deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle*»³⁰

En los casos de vulneración de derechos de los colectivos indígenas, la Corte ha enfatizado sobre la necesidad de adoptar medidas que distribuyan de manera equitativa los medios materiales de existencia. Aquí, la inequidad se encuentra tan unida a las estructuras y jerarquías sociales que la única vía para garantizar la igualdad real es la adopción directa de acciones que aseguren el acceso a los recursos y la participación en los espacios de poder. En *Sawhoyamaxa vr. Paraguay* la Corte afirmó que:

«La situación de extrema y especial vulnerabilidad... se debe, en inter alia, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no solo de manera formal ... siendo el Estado responsable de no haber adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión»³¹.

La especial posición de los colectivos indígenas ha llevado a la Corte a declarar que en determinadas ocasiones la adopción de medidas especiales para hacer frente a la vulnerabilidad requiere el desarrollo del trato diferenciado. Para el alto Tribunal revertir la situación de exclusión marcada por la vulnerabilidad precisa también actuaciones de los Estados que van más allá de la igualdad formal y material. En esta dirección, las medidas diferenciadoras entran también en la ecuación que busca la restitución de los derechos y por ende la superación de las situaciones de vulnerabilidad. En *Yakye Axa Vs. Paraguay* se señaló que:

«en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen **una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres**»³².

dentro del marco del sistema público de salud del Brasil, allí fue sometido a condiciones inhumanas y degradantes, alegando golpes y ataques contra su integridad física, así como la inactividad del sistema judicial dada la falta de investigación y garantías judiciales que caracterizan el caso.

³⁰ CIDH *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 1999, párrafo 4.

³¹ CIDH *Sawhoyamaxa vr. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006.

³² CIDH *Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005, párrafo

Bajo este enfoque el objetivo no es igualar las posiciones de desigualdad a partir de la equiparación (que en ocasiones se traducen en asimilación) sino a través de la diferencia. Esto supone el desarrollo de instrumentos o vías que garanticen el trato diferenciado y eviten una aparente igualación que no refleja las características, demandas y reivindicaciones de los colectivos que padecen la desigualdad. Cuando la vulnerabilidad tiene origen en la desvaloración o el desprecio hacia la cosmología de otras culturas (las no occidentales) la respuesta debe ser la revalorización de lo diferente porque las medidas igualadoras acaban profundizando en la desigualdad existente y, por ende, en la vulnerabilidad. La construcción de la igualdad como diferencia supone justamente huir de los imperativos de la equiparación y entrar en un ámbito donde se reconoce y se da cabida a la diferencia y la diversidad.

Para la Corte la vulnerabilidad introduce un elemento más a las obligaciones de los Estados derivada de la Convención y del cumplimiento de los derechos humanos. Las sentencias además de declarar la violación de un derecho en concreto y por tanto deberes de reparación por parte de los Estados, cualifica dichas obligaciones de «especiales» en función de las características del caso. Es decir, cuando la Corte declara que a un determinado colectivo o personas son vulnerables no basta con restituir los derechos vulnerados, sino que, junto con esto, se requiere la adopción de acciones positivas o diferenciadoras. Frente a la vulnerabilidad, los Estados tienen deberes u obligaciones cualificadas de protección que van más allá de una restitución «ordinaria» de los derechos.

La respuesta a la vulnerabilidad requiere una reflexión sobre el enfoque con el que los diferentes poderes públicos deciden aproximarse a ella. Una de las principales objeciones al concepto de vulnerabilidad se centra en el riesgo que las acciones protectoras que se adopten acaben generando medidas paternalistas o, incluso, profundizando la estigmatización del colectivo que se pretende proteger. Autoras como Lourdes Peroni y Alexandra Timmer (2013: 1058), tras analizar la introducción de la vulnerabilidad en la jurisprudencia del TEDH, indican como la argumentación del propio Tribunal, en algunas ocasiones, corre el riesgo de estigmatizar y paternalizar a las personas miembros de los colectivos en riesgo³³. Según como se configuren las respuestas institucionales

³³ La estigmatización supone el peligro de identificar a las personas o colectivos por las connotaciones negativas asociadas a la vulnerabilidad. Esto sucede especialmente cuando la definición de vulnerable está eclipsada por los aspectos estigmatizadores ocultando sistemáticamente los talentos y las habilidades. Asimismo, el paternalismo supone

les, etiquetar a una persona o colectivo de personas como vulnerables puede ahondar la discriminación y los estereotipos existentes sobre determinados colectivos.

Para evitar los riesgos de estigmatización es necesario que las respuestas estén orientadas a restablecer o promover la capacidad de las personas o colectivos en situación de vulnerabilidad, de manera que estos puedan de manera autónoma hacer frente a los daños que suceden. Desde el punto de vista de la actuación de los poderes públicos, se aboga por intervenciones dirigidas a disminuir una situación específica de vulnerabilidad, siempre desde la perspectiva de la promoción de la autonomía y el impulso de las habilidades (Mackenzie, 2013: 37). Para evitar las intervenciones paternalistas e incluso en algunas ocasiones represivas,³⁴ se ha planeado que las acciones o políticas frente a la vulnerabilidad vayan dirigidas a la promoción de los instrumentos que permitan a los propios colectivos empoderarse y utilizar sus propios recursos. En este sentido, para Judith Butler la vulnerabilidad debe necesariamente operar junto con la agencia y la resistencia, de lo contrario las medidas adoptadas corren el riesgo de dejar a los colectivos en una posición de indefensión y falta de agentividad (Butler, 2014). Por su parte, Martha Fineman (2008) sugiere que la actuación de las instituciones debe centrarse en la garantía de los recursos través del acceso a bienes materiales, capacidades y relaciones sociales que promuevan la *resilience*³⁵. También se ha propuesto hacer frente a la vulnerabilidad por la vía del fomento al respeto propio, la confianza propia y la autoestima en el marco de la teoría del reconocimiento de (Andreson y Honneth, 2005), o a través del desarrollo de políticas que promuevan la autonomía bajo la perspectiva de la *capabilities theory* propuesta por Marta Nussbaum y Amartia Sen³⁶.

Bien sea por la vía del impulso de la agencia, de habilidades o de la promoción de la resiliencia, el común denominador de las propuestas descritas se centra en defender que las respuestas institucionales frente

la negación e incluso el control de cualquier recurso, habilidad o destreza para sobresalir de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la persona.

³⁴ En el caso de la legislación australiana sobre indígenas. 2007 Northern Territory National Emergency, la legislación que en principio iba dirigida a la protección de colectivos indígenas en situación de vulnerabilidad acabo siendo utilizada para retirar la custodia a los padres y madres de menores indígenas. Véase Altman y Hinkson (2010)

³⁵ Fineman define la *resilience* como un concepto que incorpora la capacidad de agencia, así como una herramienta dinámica que va unida a las características y experiencia de cada persona.

³⁶ Véase Mackenzie (2013: 49 y ss).

a las situaciones de vulnerabilidad deben contrarrestar el sentimiento de desempoderamiento que frecuentemente va asociado con la vulnerabilidad y deben evitar anular las habilidades y recursos de las personas que se encuentran frente a un riesgo.

Retomando el tema que nos atañe, es verdad que no es posible determinar el alcance genérico o generalizado de las acciones que se proponen con el objetivo de superar la situación de vulnerabilidad; esto, como bien apunta la Corte, dependerá de las circunstancias de cada caso. Las respuestas deben articularse teniendo en cuenta la realidad concreta de las personas o colectivos y de la vulneración de los derechos porque generalizar los deberes de los Estados frente a la vulnerabilidad puede correr el riesgo de ser útiles para unos casos, pero ineficaces para otros. Ahora bien, la perspectiva del caso concreto no puede perder de vista aquello que la Corte tanto se esmera en enfatizar, que la vulnerabilidad tiene origen en patrones de discriminación estructural. Cuando hablamos de la respuesta o las actuaciones que deben adoptarse no solo desde la perspectiva de la protección de los derechos, sino también del diseño de las políticas públicas imprescindibles para hacer frente a las desigualdades estructurales.

Las declaraciones sobre los deberes especiales que deben adoptar los Estados en los casos de vulnerabilidad en función del caso concreto adoptada por la Corte IDH responde al hecho que sus pronunciamientos son la respuesta a una demanda concreta y, por lo tanto, la perspectiva del caso es necesaria. Sin embargo, centrarse únicamente en las circunstancias del caso sin tener en cuenta los patrones sistemáticos de discriminación dan lugar a medidas paternalistas que pueden acabar perpetuando la vulnerabilidad. No se trata únicamente de proteger a una comunidad indígena cuando un proyecto transnacional vulnera su derecho de acceso a la tierra, sino también deconstruir la escala de valores que menosprecia o desvalora todo aquello que tiene que ver con lo indígena. No es solo reconocer el derecho de acceso a la nacionalidad de las menores haitianas apátridas sino también adoptar medidas que hagan frente al racismo estructural presente en nuestras sociales.

Finalmente resulta oportuno mencionar que la protección especial y la respuesta individualizada frente a situaciones de vulnerabilidad no debe sustituir los deberes genéricos de protección que tiene el Estado en el marco del principio de igualdad material y en desarrollo del Estado social. El riesgo en muchas ocasiones cuando se habla de vulnerabilidad es que los principios de universalidad de la protección den paso a una protección selectiva a través de la figura de los colectivos vulnerables. La vulnerabilidad debe articular la posibilidad de respuestas particulares

frente a las situaciones que le dan origen, pero no determinar los colectivos que son beneficiarios de la acción protectora del Estado.

5. Conclusiones

La Corte IDH trata la vulnerabilidad como situaciones de desamparo vinculadas a un contexto amplio caracterizado por la ausencia de derechos y de vías de protección. El punto de partida ha sido el enfoque de las desigualdades de hecho y de derecho, encuadre que permite evidenciar las causas que subyacen a la vulnerabilidad. La Corte ha hecho especial mención a los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo en el caso de la inmigración; a la cultura de violencia y discriminación basada en el género en el caso de las mujeres o al desprecio hacia otras formas culturales para el caso de los colectivos indígenas. Junto con este enfoque, la Corte también se ha referido a la fragilidad física e inmadurez de los menores o las situaciones de persecución por motivos políticos. Para la Corte IDH predicar que una persona o un colectivo se encuentra en situación de vulnerabilidad supone, entonces, entender que existen condicionantes innatos o adquiridos en contextos de desigualdad de recursos o de poder que de manera directa o indirecta merman la capacidad de las personas o colectivos para hacer frente a los daños que pueden suceder. Estos condicionantes se desarrollan en contextos de discriminación estructural marcadas por el racismo, el sexismo, el desprecio a otras culturas entre otros.

La Corte también ha declarado que los tratos discriminatorios de los artículos 2 y 24 de la Convención se enmarcan en la condición de vulnerabilidad. Las cláusulas antidiscriminatorias califican los tratos diferenciados como odiosos, pero además cuando este trato odioso sucede en un contexto de vulnerabilidad lo que se revela es la desigualdad estructural dentro de las relaciones inequitativas. Aquí, la desigualdad es tan profunda que las personas o colectivos no pueden articular mecanismos de defensa eficaces para hacer frente a los riesgos a los que están constantemente expuestos. El avance de la Corte IDH en materia de discriminación en sus últimos pronunciamientos ha situado en el centro del debate la vulnerabilidad interseccional al afirmar que existen casos de vulneración de derechos en los que confluyen múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación.

Otro de los puntos a destacar de la jurisprudencia es la delimitación de las responsabilidades de los Estados. Para la Corte toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial. De manera que, junto con los deberes ge-

néricos vinculados con los derechos contenidos en la Convención hay también deberes cualificados que se traducen en medidas positivas o diferenciadoras determinables en función de las circunstancias particulares de los grupos o colectivos en cuestión. La materialización de esta protección especial depende de las circunstancias concretas pero que en todo caso refuerzan las obligaciones de los Estados de manera que cuando se vulneran derechos a grupos en situación de vulnerabilidad se exige un «plus» de protección a la otorgada genéricamente. En esta línea la protección otorgada a los colectivos indígenas requiere a ojos de la Corte tener en cuenta criterios de igualdad por diferenciación.

El enfoque de las desigualdades estructurales desarrollado por la Corte supone que las respuestas de protección especial derivada de las situaciones de vulnerabilidad requieren también medidas para hacer frente las desigualdades estructurales que subyacen tras la vulnerabilidad. No basta con articular mecanismos o vías de defensa que permitirán a la persona o a colectivos concretos hacer frente de manera autónoma a las situaciones de riesgo a la que se enfrentan, aquí es necesario también actuar sobre los patrones estructurales de discriminación.

Bibliografía

- Altman, J y Hinkson, M (2010): «Very risky business: The Quest to Normalise Remote-living Aboriginal People'», en GREG MARSTON, Jeremy and QUIGGIN, John (ed.), *Risk, Welfare and Work*, Melbourne University Press. Carlton, Australia, pp. 185-211.
- Andreson, Joel and Honneth, Axel (2005): «Autonomy, vulnerability, recognition and Justice», en *Autonomy and the Challenges of Liberalism: New Essays*, Cambridge University Press, New York, pp. 127-148.
- Anderson, Mary B. (1994): «El concepto de vulnerabilidad: más allá de la focalización en los grupos vulnerables», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 19, n.º 124, pp. 336-341
- Brown, Kate (2012): «Re-moralising 'vulnerability. People,» *Place and Policy Online*, Vol. 6, n.º 1, pp. 48.
- Butler, Judith (2014): Repensar la vulnerabilidad y la resistencia. XV Simposio de la Asociación Internacional de Filósofos (IAPH), Instituto Franklin de Investigación en Estudios Norteamericanos, Alcalá de Henares-Madrid.
- Caicedo, Natalia y Romano Andrea, (2018): «Vulnerability in the context of EU asylum policies: the challenges of identification and prioritisation», en Petroff, Alisa y Milios, Giorgos *Refugiados en movimiento: Retos políticos, le-*

- gales y sociales en tiempos de inestabilidad, Focus on International Migration*, Universitat Autònoma de Barcelona.
- Caldas, Roberto (2015): Conferencia «El enfoque de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacia la protección de los grupos vulnerables: definición y jurisprudencia», en Conferencia sobre la Protección constitucional de los grupos vulnerables, un dialogo judicial. Chile <https://www.youtube.com/watch?v=XBIUdvflHZw&feature=youtu.be> (último acceso diciembre 2020)
- Chapman, Audrey and Carbonetti, Benjamin (2011): «Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, n.º 3, pp. 682-732.
- Churruca, Cristina *et al* (2015): *Human rights priorities in the European Union's external and internal policies: an assessment of consistency with a special focus on vulnerable groups*, en <http://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2016/08/24-Deliverable-12.2.pdf>
- Churruca, Cristina, *et al*. (2014): *Report mapping legal and policy instruments of the EU for human rights and democracy support* en <http://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2017/03/Deliverable-12.1.pdf>.
- Estupiñan-Silva, Rosmerlin (2014): «La Vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esbozo de una tipología», en Burgorgue-Larsen, Laurence; Maués, Antonio y Sánchez, Beatriz (eds.) *Derechos Humanos y Políticas Públicas*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo., (2018) «Prologo», 40 años protegiendo derechos. 40 aniversario de la entrada en vigor de Convención Americana sobre Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 7. https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/40anos_esp.pdf
- Fineman, Martha (2004): *The autonomy myth: A Theory of Dependency*, The New Press, New York.
- Fineman, Martha (2008): «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 20, n.º 1, pp. 1-25.
- Jakuleviviene, Lyra (2016): «Vulnerable Person as a New Sub-Group of Asylum Seekers?», in: Chetail Vincent, De Bruycker Philippe and Maiani, Francesco (eds.) *Reforming the Common European Asylum System*, Brill, Leiden and Boston, pp. 353-373.
- Jimena, Luis (2010): «La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa», en Sanz, Susana (ed.), *Colectivos vulnerables y derechos humanos, perspectiva internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 15-42.
- La Barbera, María Caterina (2016): «la vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Límites y potencialidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 23, n.º 62, pp. 235-257.

- La Spina, Encarnación (2020): *La vulnerabilidad de las personas refugiadas ante el reto de la integración*, Navarra, Editorial Aranzadi.
- Mackenzie, Catriona (2013): «The importance of relational autonomy and capabilities for an Ethics of vulnerability», en Mackenzie, Catriona; Rogers, Wendy y Dodds, Susan (eds.) *Vulnerability: new essays in ethics and feminist philosophy*, Oxford University Press, New York, pp. 33-59.
- Ortega González, Santiago (2001): «La dimensión europea de la protección de los Grupos vulnerables», en Mariño Menéndez, Fernando y Fernández Liesa, Carlos R. (coord.) *La protección de personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid. pp. 449-490.
- Pelletier, Paola (2014): «La “Discriminación Estructural” en la Evolución Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*. Edición No. 60, Julio-Diciembre 2014, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf>
- Pérez Pérez, Alberto (2015): Conferencia «La jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de los niños y los adultos mayores», en Conferencia sobre la Protección constitucional de los grupos vulnerables, un dialogo judicial. Chile <https://www.youtube.com/watch?v=XBIUdvfIHZw&feature=youtu.be> (último acceso junio 2018)
- Peroni, Lourdes and Timmer, Alexandra (2013): «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, n.º 4, pp. 1056-1085.
- Ranci, Costanzo (2010): «Social Vulnerability in Europe», en RANCI, Costanzo (ed.), *Social Vulnerability in Europe: The New Configuration of Social Risks*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, pp. 3-24.
- Timmer, Alexandra (2013): «A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights», en FINEMAN, Martha and GREAR, Anna (Eds.), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*. Farnham, Ashgate, pp. 147-170.
- Suarez Llanos, Leonor (2013): «Caracterización de las personas grupos vulnerables», en Presno Linera, Miguel Ángel, (Coord.) *La protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*. Universidad de Oviedo, Oviedo, pp. 35-92.
- UNDP (2014): *Human Development: Sustaining Human Progress: Reducing Vulnerabilities and Building Resilience*, United Nations Development Programme.
- Zota-Bernal, Andrea (2015): «Incorporación del análisis interseccional en las Sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 9, octubre 2015-marzo 2016, pp. 67-85.

La vulnerabilidad de los niños migrantes: la respuesta del Tribunal de Estrasburgo en los supuestos de detención administrativa¹

Irene Claro Quintáns

Universidad Pontificia Comillas

La referencia a la vulnerabilidad no es nueva en el discurso de las migraciones. En 2018, con el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, los Estados adquieren el compromiso de responder a las necesidades de aquellos migrantes «*que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad*», derivadas del viaje que emprenden o de las condiciones que les toca vivir en los países de origen, tránsito y destino. Ese compromiso debe materializarse en la defensa de sus derechos y en la prestación de la asistencia requerida². Ante una afirmación tan genérica, cabe plantearse qué sucede en el caso particular de los niños migrantes. En este capítulo intentaremos averiguar si el recurso a la noción de vulnerabilidad refuerza la protección de los derechos de esos niños. Para ello nos centraremos en un supuesto concreto: la detención de los niños relacionada con su situación migratoria. La llamada detención administrativa se lleva a cabo solo para facilitar la expulsión o impedir la entrada irregular; y, aunque aparentemente es contraria en todos los casos al interés superior del niño —y, por tanto, debería prohibirse siempre—, en la práctica es un instrumento de control migratorio utilizado con frecuencia por los Estados.

¹ Este capítulo forma parte del trabajo realizado en el Proyecto de I+D Retos del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, *Menores migrantes en el arco mediterráneo: movilidad, sistemas de acogida e integración*, con referencia DER2017-89623-R.

² Objetivo 7 del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, *AV CON.231/3*, de 30 de julio de 2018.

A la vista de que la respuesta que da el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en los supuestos de detención de los menores relacionada con su situación migratoria, tomando en consideración su condición vulnerable, podría contribuir a reforzar la protección de sus derechos, se ha decidido centrar en él parte del contenido de este capítulo. Así, el texto se presenta dividido en tres partes. La primera examina la noción de vulnerabilidad, sobre la que se ha abierto un debate doctrinal tras constatar la ausencia de un enfoque único. La segunda parte analiza la normativa internacional acerca de la detención administrativa de los niños migrantes. Por último, en la tercera parte se vincula el concepto de vulnerabilidad con la detención administrativa de los niños migrantes, contemplando esa relación desde la perspectiva del TEDH. En particular, el foco de atención se sitúa en los pronunciamientos en los que se alega la vulneración del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³. El Tribunal de Estrasburgo presenta una amplia jurisprudencia en la que tiene en cuenta la vulnerabilidad de los niños migrantes detenidos cuando se alega una violación de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes establecida en el citado artículo 3.

1. El concepto de vulnerabilidad

La vulnerabilidad se ha convertido en un término de uso frecuente, pese a tener un significado bastante discutido. Las posturas predominantes oscilan entre quienes se centran en el individuo, y quienes defienden la perspectiva de grupo. Ambas posiciones presentan sus propias carencias, por lo que podemos afirmar que seguimos estando ante una cuestión abierta.

Tradicionalmente la vulnerabilidad se ha contemplado con un enfoque grupal. Su estrecha relación con el derecho de no discriminación ha fomentado esta perspectiva. Puesto que la no discriminación recurre de forma habitual al concepto de «grupo vulnerable», la vulnerabilidad queda reducida a un rasgo propio de una persona que pertenece a un grupo.

Este enfoque grupal de la vulnerabilidad ha recibido las críticas de quienes consideran que mantiene el estigma y los estereotipos de los grupos, que no aporta criterios que permitan identificar qué individuos

³ Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigor general: 3 de septiembre de 1953; entrada en vigor para España: 4 de octubre de 1979. Firmado en Roma, se conoce también como Convenio de Roma de 1950.

o grupos son vulnerables, y que limita la autonomía de las personas (Blaker Strand, Ikdahl, 2017: 126). Es cierto que la vulnerabilidad presenta con frecuencia una vertiente estigmatizadora; no obstante, algunos autores han querido resaltar también los aspectos positivos que ofrece. Así, más allá de su vínculo con el daño y el sufrimiento que experimenta la persona, puede ser una fuente innovadora o capaz de generar empatía y conexión social (Peroni y Timmer, 2013: 1058-1059).

En el extremo opuesto, un sector doctrinal muestra su rechazo a que determinados grupos se caractericen como vulnerables. Su punto de partida es la consideración de la vulnerabilidad como una condición inherente al ser humano, propia de todas las personas (Fineman, 2008: 10). La vulnerabilidad contemplada desde esta perspectiva es paradójica y nos obliga a reflexionar sobre sus límites. Si bien todos los seres humanos, como tales, somos vulnerables, nuestra forma de sentir esa vulnerabilidad solo se produce a través de nuestra individualidad. Cada persona la experimenta de forma única y en esa experiencia influye en gran medida la calidad y cantidad de los recursos personales. Por eso, a pesar de que la vulnerabilidad sea inevitable y universal, ciertas particularidades son el resultado de una construcción social (Fineman, 2008: 10). De ahí que la respuesta a la pregunta sobre las razones de la vulnerabilidad de las personas sea compleja y exija incorporar la acción de la sociedad y de sus instituciones, que contribuyen a generarla o a reforzarla. En el análisis que se lleve a cabo hay que incluir la variable externa que involucra a los demás. Las personas somos inevitablemente dependientes de otros y no podemos negar que nos influyen los aspectos sociales. Aunque la sociedad no pueda erradicar la vulnerabilidad de las personas, está facultada para suavizarla o compensarla mediante programas, instituciones y estructuras (Peroni y Timmer, 2013: 1059-1060).

En todo caso, esta noción de vulnerabilidad universal presenta también sus propios riesgos. Por un lado, el hecho de establecer políticas intervencionistas para dar respuesta a la vulnerabilidad inherente de los seres humanos generaría una suerte de paternalismo que amenazaría la autonomía individual. Por otro lado, puesto que la noción de vulnerabilidad universal no se define en relación con un contexto específico, se produce una falta de especificidad que impide descubrir sus causas. Conectar vulnerabilidades específicas con contextos también específicos permitiría identificar el origen de esa vulnerabilidad y articular las oportunas políticas públicas, tanto para resolver esas situaciones, como para atajar las causas (Flegar y Iedema, 2019: 11-12).

A pesar de que la doctrina oscile entre dos extremos cuando se refiere a la vulnerabilidad, moviéndose entre el enfoque grupal y la universalidad, y de que esta noción se encuentre rodeada por las críticas

que sostienen que fomenta la estigmatización, el concepto de vulnerabilidad puede ser también un instrumento que contribuya a proteger los derechos humanos. Así, permite identificar prioridades en las necesidades de protección y arrojar luz sobre las obligaciones que tienen los Estados hacia aquellas personas vulnerables (Flegar y Iedema, 2019: 1).

¿Qué solución se da desde la práctica a este debate? Teniendo en cuenta el objeto de estudio de este capítulo, dirigiremos nuestra mirada a las aportaciones del Comité de los Derechos del Niño y del Tribunal de Estrasburgo.

Si contemplamos la posición del Comité de los Derechos del Niño, fundamental en esta materia, observamos cómo ha combinado en sus Observaciones Generales (OG) las referencias a «*grupos vulnerables de niños*» y a «*niños en situación vulnerable*». Puede que su intención fuera trasladar el foco de atención a las circunstancias que rodean a los niños y evitar, con ello, imponerles una etiqueta que contribuyera a fomentar estereotipos. No obstante, al optar por alternar ambas expresiones no arroja luz en el debate sobre el enfoque de la vulnerabilidad. En la Observación General (OG) N.º 14, «Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial», se establece que la opinión del niño es uno de los elementos a tener en cuenta en el momento de evaluar el interés superior. El Comité atribuye también a los niños muy pequeños o que se encuentren «en una situación vulnerable» ese derecho a que su opinión sea valorada. Menciona expresamente entre esos niños a los que tienen discapacidad, a los pertenecientes a minorías y a los migrantes⁴. En el mismo sentido, con anterioridad la OG N.º 12, «El derecho del niño a ser escuchado», considera que los niños refugiados y migrantes están en «*una situación especialmente vulnerable*»⁵.

La ambigüedad del Comité de los Derechos del Niño, señalada en el párrafo anterior, se manifiesta en otras Observaciones Generales en las que combina la referencia a la situación vulnerable con la expresión de «*grupos más vulnerables*» de niños o «*grupos de niños vulnerables*». Así, a modo de ejemplo, en la OG N.º 13, «Derecho del niño a no ser objeto de ninguna violencia», se refiere primero a la no discriminación de «*grupos de niños vulnerables*» y, en el momento de especificarlos, utiliza los términos de «*niños en situaciones de potencial vulnerabilidad*». Entre ellos incluye a los migrantes y refugiados⁶. En este sentido, resulta interesante señalar cómo, en esa misma OG N.º 13, el Comité

⁴ Apartado 54, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

⁵ Apartado 123, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

⁶ Apartados 60 y 72(g), CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

afirma que: «A nivel universal, se consideran vulnerables todos los niños hasta los 18 años de edad, porque no ha concluido aún su crecimiento y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico. Los lactantes y los niños pequeños son los más vulnerables» debido a la inmadurez de su cerebro y a su completa dependencia de los adultos⁷. De este somero examen de la posición del Comité de Derechos del Niño⁸ se extrae la conclusión de que no tiene, de momento, ni una visión uniforme sobre la vulnerabilidad ni una terminología que lo manifieste. Se mantienen, por tanto, las mismas dudas que recorren el debate doctrinal y práctico sobre el fundamento y la aplicación de la vulnerabilidad.

Por otro lado, en el ámbito de la jurisprudencia del TEDH, el concepto de vulnerabilidad se aplica en un primer momento relacionado con el principio de no discriminación (artículo 14 del CEDH). Si bien el derecho a la igualdad es aparentemente solo un derecho individual, en realidad se garantiza vinculando la desigualdad o trato diferenciado con ciertas características. Así, el artículo 14 prohíbe la discriminación: «(...) por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». En su jurisprudencia sobre la materia, el TEDH combina esos motivos de discriminación reconocidos y los contextos sociales desventajosos. Consigue de este modo que se limite el margen de discrecionalidad del Estado cuando aplica el concepto de vulnerabilidad, pues se vincula a una noción de grupo definida por atributos determinados (Blaker Strand y Ikdahl, 2017: 126).

Hasta ahora, el TEDH ha preferido un enfoque grupal de la vulnerabilidad, limitando la aplicación del «grupo vulnerable» a solicitantes de asilo, a personas de la etnia roma, con discapacidad intelectual o con VIH⁹. El recurso a una perspectiva contraria a la universal se justifica por la facilidad que tiene este tribunal para centrarse en lo particular (Peroni y Timmer, 2013: 1060). El TEDH considera que el grupo se identifica por medio de tres rasgos. El primero, el aspecto relacional, supone que las circunstancias sociales —entendidas de manera amplia— son más relevantes que el individuo. En la determinación de la vulnerabilidad del

⁷ Apartado 72(f), CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

⁸ Véanse también las OG N.º 2, «El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño», CRC/GC/2002/2, noviembre de 2002, apartados 5 y 15; OG N.º 7, «Realización de los derechos del niño en la primera infancia», CRC/C/GC/7, noviembre de 2005, apartado 24; OG N.º 10, «Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes», CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, apartado 40.

⁹ Aunque el TEDH no ha dudado en considerar a los niños migrantes detenidos como «extremadamente vulnerables», los ha excluido en principio de ese enfoque grupal.

grupo intervienen distintas fuerzas sociales, históricas e institucionales. El segundo rasgo es el carácter particular, esto es, que el miembro de un grupo definido es el sujeto particularmente vulnerable. Por último, el tercer rasgo es el daño experimentado por los miembros del grupo. Este elemento presenta un riesgo real de fomentar la estigmatización y el prejuicio frente a determinados grupos.

La perspectiva de grupo del TEDH podría reconciliarse con la visión universal que subraya la vulnerabilidad intrínseca de todo ser humano. Resultaría relativamente sencillo integrar ambas perspectivas si se interpretara que, siendo todos vulnerables, «algunos lo son más que otros». De este modo, la persona vulnerable es miembro de un colectivo cuya vulnerabilidad se define a través de experiencias de grupo específicas. Por lo que se refiere al daño, cabría también en este caso conciliar las dos posturas doctrinales y encajar en la visión del Tribunal de Estrasburgo la teoría de la universalidad. Para ello, sería suficiente con aceptar que todas las personas, como sujetos vulnerables, están expuestas constantemente a sufrir un daño de distinta naturaleza, ya sea económica, moral, física o psicológica (Peroni y Timmer, 2013: 1064-1065).

2. ¿Se puede detener a los niños migrantes solo por estar en situación irregular?

La migración voluntaria y los desplazamientos forzados forman parte de la condición del ser humano y, en el mundo globalizado e interdependiente que nos rodea, continúan siendo fenómenos generalizados¹⁰. En lugar de centrarse en las causas de esos desplazamientos, los Estados atienden sobre todo al control de las fronteras. Para ello, además de levantar vallas o proceder a expulsiones colectivas sin las necesarias garantías, recurren a la detención prolongada «*como instrumento de disuasión*»¹¹. Así, la detención prolongada a efectos solo de impedir la entrada irregular en el territorio o de garantizar la expulsión del mismo, se ha convertido en un instrumento de control de fron-

¹⁰ Informe del Secretario General de Naciones Unidas, «En condiciones de seguridad y dignidad: respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes», A/70/59, de 21 de abril de 2016, apartado 22.

¹¹ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana, 28 de abril de 2017, Doc. A/HRC/35/25, apartado 29. Constatar esta realidad conduce al Relator de la ONU a destacar como objetivo de la movilidad humana que se ponga fin a ese uso generalizado de la detención «*como instrumento de gestión de fronteras y de disuasión*» (apartado 43).

teras —y de las migraciones en general—, justificado por invocaciones constantes a razones de seguridad nacional. En este contexto se produce también la detención administrativa de los niños migrantes, con la misma finalidad controladora y de gestión. A diferencia de lo que sucede cuando solo se trata de adultos, en relación con los niños las autoridades estatales estarían obligadas a respetar el interés superior del niño en todas aquellas decisiones que le afecten (Cillero Bruñol, 2016: 108-116). En su informe a la Asamblea General de Naciones Unidas, publicado en 2020 con el título «Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados», el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes afirma de manera tajante: «*La detención de cualquier niño por razones relacionadas con su situación migratoria, la de sus padres o sus tutores legales es siempre una violación de los derechos (...)*»¹². El Relator Especial insiste en que, además de constituir una vulneración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esa detención «*nunca redundaría en el interés superior del niño*». La detención administrativa de niños migrantes contraviene la obligación de respetar el interés superior del niño en la toma de todas aquellas decisiones que les afectan. Ese interés superior debe fundamentar la acción de los Estados para suprimir esta práctica privativa de libertad, buscando medidas alternativas que respeten los derechos humanos. Sin embargo, tanto la práctica de las autoridades estatales, como la propia actuación judicial, destacan que se sigue utilizando como medio disuasorio y de control de las migraciones. Así, la preocupación que suscita el tema tiene como punto de partida la claridad de los datos manejados por el Relator Especial de Naciones Unidas en su Informe de 2020: «*Cada día en todo el mundo se detiene a niños migrantes —ya sea solos o acompañados de sus familias— por razones relacionadas con la migración. Al menos 330.000 niños son detenidos cada año por razones relacionadas con la migración y se sabe que en 77 Estados los niños son detenidos todavía por esas razones*»¹³. De esa realidad dan fe también las instancias judiciales internacionales, que con sus pronunciamientos ponen de manifiesto que continúa siendo una práctica habitual.

La normativa internacional vigente no permite rechazar *a priori* la posible detención administrativa de los niños migrantes. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹⁴ dispone en el artículo 37(b) la

¹² A/75/183, de 20 de julio de 2020, apartado 82.

¹³ Apartado 12; A/75/183.

¹⁴ Firmada el 20 de noviembre de 1989; entrada en vigor general: 2 de septiembre de 1990.

obligación de los Estados de velar por que *«ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención (...) de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda»*. Por tanto, la Convención permite detener a los niños si se respeta el principio de legalidad y la ausencia de arbitrariedad. Se inspira para ello en el artículo 9(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁵ (Dastyari, 2015: 690). El Pacto añade dos límites a la detención: tiene que ser una medida de último recurso y debe durar el menor tiempo posible (Mangiaracina, 2016: 183). Por otro lado, y aunque el citado artículo 37 del CDN no lo menciona expresamente, la Convención de los Derechos del Niño exige que toda decisión relativa a un menor tome como consideración primordial su interés superior, tal como dispone en el artículo 3.

A pesar de contar con esta postura inicial del texto normativo, el Comité de los Derechos del Niño está forzando un giro claramente orientado hacia la prohibición absoluta de la detención administrativa de los niños migrantes. El 16 de noviembre de 2017 se aprueba la Observación General conjunta n.º 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y n.º 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno¹⁶. En ella se afirma que *«nunca debe detenerse a niños por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres»*; si se produjera esa detención, el Estado debe cesar o erradicar *«de manera rápida y completa»* su detención¹⁷. Por *«detención por razón de inmigración»* entienden los Comités *«cualquier situación en la que el niño se ve privado de libertad por motivos relacionados con su situación migratoria o la de sus padres»*, cualquiera que sea el nombre de la instalación o el lugar donde se produzca la privación de libertad¹⁸. Ni siquiera se contempla la posibilidad de la detención de menores migrantes como último recurso¹⁹.

Esta prohibición absoluta se fundamentaría, según los dos Comités de Naciones Unidas, en el principio del interés superior del menor y en el

¹⁵ Firmado el 16 de diciembre de 1966: entrada en vigor general: 23 de marzo de 1976.

¹⁶ CMW/C/GC/4 y CRC/C/GC/23.

¹⁷ Apartado 5.

¹⁸ Apartado 6.

¹⁹ *«La detención de los niños y sus familias como inmigrantes debe estar prohibida por la ley y su abolición garantizada en teoría y en la práctica»* (apartado 12).

derecho al desarrollo. El hecho de criminalizar la entrada y estancia irregulares va más allá del interés legítimo de los Estados de controlar sus fronteras y conduce a detenciones arbitrarias²⁰ (SMYTH, 2019: 35-36).

3. La respuesta del TEDH ante la vulnerabilidad de los niños migrantes detenidos

Las siguientes líneas se dedicarán a examinar la aplicación que hace el TEDH del concepto de vulnerabilidad a la detención de niños migrantes. Esta es una forma de contribuir a afianzar el recurso a la noción de vulnerabilidad, más allá del ámbito del principio de no discriminación.

3.1. *La violación del artículo 3 del CEDH en los supuestos de detención administrativa de niños migrantes*

Sin duda, el TEDH desempeña un relevante papel en la protección de los derechos fundamentales (RIPOL CARULLA, 2007: 39-48). En esta tarea, su actividad resulta hasta cierto punto paradójica cuando concierne a determinados ámbitos como el derecho de asilo o los menores, pues del primero no encontramos referencias explícitas en el contenido material del Convenio de Roma, y del segundo, apenas dos artículos: la posibilidad de detener a un menor e internarlo para vigilar su educación o hacerle comparecer ante la autoridad competente (artículo 5(1)(d) del CEDH) y la posibilidad de restringir el acceso a la lectura de la sentencia en un proceso si los intereses del menor así lo exigen (artículo 6 del CEDH). Sin embargo, gracias a la labor del TEDH se ha construido una sólida estructura protectora a partir de la redacción literal de las disposiciones convencionales, respondiendo al espíritu (en definitiva, al objeto y fin) de un tratado de derechos humanos²¹. Con esa actividad el TEDH ha excedido las previsiones iniciales de los redactores del Convenio, al profundizar en un texto que ha permanecido invariable desde 1950. Su extensa jurisprudencia protege en la práctica los derechos de los menores extranjeros sometidos a detención por el solo hecho de ser migrantes —y, en ocasiones, cuando son por añadidura solicitantes de asilo— por medio de la aplicación de ciertos artículos del Convenio de Roma

²⁰ Apartados 10 y 7.

²¹ Véase la regla general de interpretación de tratados establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; U.N. Doc. A/CONF.39/27, firmada el 23 de mayo de 1969; entrada en vigor general: 27 de enero de 1980.

de 1950. En concreto, nos interesa en este capítulo la referencia al artículo 3 del CEDH, cuyo contenido dispone que: «*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*».

Según el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los niños son especialmente vulnerables a ciertas violaciones de derechos humanos, como la tortura y los malos tratos. El desarrollo físico y emocional y las necesidades específicas de los niños les hacen experimentar el dolor y el sufrimiento de manera distinta a los adultos. El modo de recluir no es relevante, pues sus consecuencias negativas para la salud y el desarrollo del niño son generalmente profundas. El bienestar del niño, tanto psicológico como físico, se verá afectado por breve que sea esa privación de libertad; los daños provocados pueden ser irreversibles. Además del riesgo de sufrir trastorno de estrés postraumático, suelen presentarse de forma generalizada síntomas como el insomnio, las pesadillas y la enuresis nocturna. La desesperanza y frustración de los menores conducen a actos de violencia, contra otros o contra sí mismos. Aumentan los índices de suicidios, consumados o no, y los trastornos mentales y afectivos²².

El Relator Especial de Naciones Unidas ha puesto de relieve que: «*El umbral a partir del cual el trato o castigo se puede considerar tortura o maltrato es, por consiguiente, inferior en el caso de los niños, y en particular de los niños privados de libertad*»²³. Atendiendo a estas circunstancias, se afirma que «*la detención administrativa por motivos de inmigración está inextricablemente vinculada, si no por ley sí en la práctica, a los malos tratos de niños porque la especial situación de vulnerabilidad en que se les ha colocado los expone a numerosos tipos de riesgo*»²⁴.

El TEDH ha recurrido a la valoración de la vulnerabilidad como factor a tener en cuenta cuando se ha alegado la violación del artículo 3 en supuestos de detención de menores migrantes para su expulsión. La Corte de Estrasburgo ha reconocido de forma reiterada que los niños migrantes, acompañados o no, son «*extremadamente vulnerables*» y tienen necesidades específicas²⁵. De hecho, es la extrema vulnerabilidad el factor decisivo y prevalece sobre la consideración de su estatuto como inmigrante irregular²⁶. Admitir la vulnerabilidad implica reconocer no solo el presente negativo y difícil al que se enfrenta la persona, sino

²² A/HRC/28/68, de 5 de marzo de 2015, apartados 32 y 33.

²³ A/HRC/28/68, de 5 de marzo de 2015, apartado 33.

²⁴ A/HRC/28/68, de 5 de marzo de 2015, apartado 69.

²⁵ *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta* (n.º 25794/13 y 28151/13), de 22 de noviembre de 2016, apartado 103.

²⁶ *S.F. y otros c. Bulgaria* (n.º 8138/16), de 7 de diciembre de 2017, apartado 79.

también —aunque sea implícitamente— asumir que en un futuro se puede incrementar el riesgo de vulnerabilidad. El menor vivirá la angustia, la tensión y el miedo generados independientemente de su edad. Tratándose de niños de corta edad, es probable que lo capten de forma que no puedan concretar esos sentimientos (Linton, y otros, 2017: 6). No obstante, en principio la lectura de las sentencias del TEDH parece sugerir que solo la concurrencia de este factor no es suficiente para que se reconozca una violación del artículo 3 del CEDH. Cuando el Tribunal menciona la vulnerabilidad como factor la modula con otros elementos (edad, madurez, condición de solicitante de asilo, etc.) que le llevan a calificarla como «extrema». Ahí sí aprecia una base para la violación del citado artículo 3 (López Ulla, 2013: 489-490).

3.2. Algunos ejemplos de la jurisprudencia del TEDH

En las próximas líneas comprobaremos cómo el TEDH ha utilizado el artículo 3 del CEDH para garantizar la protección de los derechos de los niños migrantes, acompañados o solos. El TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diferentes asuntos sobre la violación del artículo 3 del CEDH en la detención administrativa de menores migrantes. Niños de diferentes edades, acompañados o solos, con estancias en distintos tipos de centros, durante espacios de tiempo diferentes: todos ellos tenían en común, para la Corte, una extrema vulnerabilidad. Y en todos se apreció un trato inhumano o degradante del que era responsable el Estado.

En el asunto *Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica*²⁷, los demandantes (cuatro niños entre siete meses y siete años, acompañados de su madre) son detenidos durante un mes para proceder a su expulsión²⁸. El TEDH consideró que el Estado belga había vulnerado el artículo 3 del CEDH en el caso de los menores, teniendo en cuenta su corta edad, la duración de la detención, la falta de adaptación del centro a la presencia de menores y las pruebas médicas de las consecuencias psicológicas que la estancia había provocado en los niños²⁹.

Algo mayores eran los tres niños demandantes en el asunto *Kanagratnam contra Bélgica*³⁰. Con 13, 11 y 8 años, estuvieron detenidos du-

²⁷ Demanda n.º 41442/07, de 19 de enero de 2010.

²⁸ Tras huir de Grozny, esta familia de rusos de origen checheno llega a Bélgica después de hacer escala en Polonia.

²⁹ Apartados 57-63.

³⁰ Demanda n.º 15297/09, de 13 de diciembre de 2011.

rante casi 4 meses. El TEDH constata esa edad un tanto más elevada que la de los demandantes en el asunto *Muskhadzhiyeva* y subraya, además, otra diferencia relevante, pues en el caso que le concierne no existe ninguna evidencia médica del estrés mental causado a los niños en la detención. No obstante, aprecia una violación del artículo 3 tras tomar en consideración factores como el hecho de que el centro de custodia no estaba adaptado para niños y que los menores eran especialmente vulnerables, pues habían sido separados de su padre tras ser detenido en Sri Lanka y habían tenido que huir de la guerra civil en su país. Aunque acompañados por su madre, ella se mostraba incapaz de atenderlos de forma adecuada. Por último, también se tiene en cuenta la duración de su estancia en el centro, pese a ser más prolongada que en el asunto anterior —*Muskhadzhiyeva*—, que el Tribunal tomo como referente³¹.

El caso *Popov contra Francia*³² involucra a una pareja con dos hijos de 5 meses y 3 años. Su estancia de 15 días en un centro de detención, previsto por la legislación francesa para albergar familias, fue considerada también un trato degradante en relación con los menores. El Tribunal apreció esa vulneración del artículo 3 del CEDH tras examinar las condiciones materiales y comprobar la falta de intimidad y de respeto a la privacidad, así como el ambiente psicológicamente hostil que dominaba el centro. Se concluye que, pese a carecer de informes médicos en tal sentido, podía afirmarse que los niños tan pequeños habían sufrido estrés y ansiedad. Aunque la estancia había sido muy corta tratándose de adultos, en el caso de niños era suficiente para que se produjera una violación del artículo 3³³.

Unos años más tarde, en 2017, el TEDH considera que se ha producido una vulneración del artículo 3 del CEDH en las condiciones de detención de los tres hijos menores (de 16 y 11 años, los mayores, y 18 meses, el pequeño) de un matrimonio de ciudadanos iraquíes³⁴. El Tribunal examina las circunstancias de su detención en territorio búlgaro, aunque posteriormente obtienen asilo en Suiza. El periodo de detención examinado fue bastante breve, oscilando entre las 32 horas alegadas por el Estado y las 41 señaladas por los demandantes. En todo caso, el Tribunal destaca que las condiciones en la comisaría de fronteras en la que estuvieron eran malas. La celda, a pesar de estar relativamente bien ventilada e iluminada, se encontraba muy deteriorada, con la pintura levantada, sucia, húmeda y, en general, con unas condiciones

³¹ Apartados 64-69.

³² Demandas n.º 39472/07 y 39474/07, de 19 de enero de 2012.

³³ Apartados 92-103.

³⁴ Asunto *S.F. y otros contra Bulgaria*, n.º 8138/16, de 7 de diciembre de 2017.

que la convertían en inhabitable incluso para un periodo de tiempo tan corto. A eso se sumaba el limitado acceso a los urinarios, obligando a la familia a utilizar el suelo de la celda³⁵. Por último, también se restringieron la comida y bebida proporcionadas durante el periodo de custodia policial. El Tribunal señala que, dada la naturaleza absoluta del artículo 3 del CEDH, una afluencia masiva de inmigrantes no permite al Estado desvincularse de las obligaciones impuestas por este artículo. De este modo, está obligado a garantizar las condiciones de detención adecuadas y compatibles con el respeto a la dignidad humana. No obstante, el TEDH destaca que la situación de extrema dificultad a la que se enfrentan las autoridades ante la llegada de flujos masivos es uno de los factores a valorar en la aplicación del artículo 3 a las condiciones de detención. En el caso particular de Bulgaria, no aprecia que se dé esa situación de emergencia que impida al Estado cumplir con su deber de acuerdo con el CEDH³⁶.

En el mismo sentido se pronuncia en el asunto *G.B. y otros contra Turquía*³⁷, cuando una madre con tres hijos de 6, 2 y un año pasa tres meses en un centro turco de detención, como paso previo a su expulsión a Azerbaijan. La familia, de origen ruso, había intentado cruzar la frontera con Siria desde Turquía, en donde se encontraban en situación irregular. El TEDH ya había tenido oportunidad de manifestarse con anterioridad sobre las condiciones de ese centro de detención, considerando que constituían una violación del artículo 3 del CEDH³⁸. Aunque el supuesto que se plantea en este caso es posterior en el tiempo, los informes presentados por instituciones garantes del respeto de los derechos humanos ponían de relieve que se mantenían las pésimas circunstancias relativas a la saturación, a la higiene y a la falta de acceso al exterior. Si estas condiciones afectaban a los adultos, suponiendo una vulneración del artículo 3 del CEDH, en el caso de los niños se sumaban a la duración y a los sentimientos de ansiedad que provocaba una detención indefinida, de la que se no se conocía el punto final. Todo ello causa a los menores un sentimiento de angustia y un sufrimiento que exceden el «*inevitable nivel de sufrimiento inherente a toda detención*» y alcanzan

³⁵ Apartados 84 y 85. Respecto a este último dato, el TEDH ha mantenido en su jurisprudencia de forma reiterada que someter a un detenido a la humillación de orinar delante de otras personas solo se puede admitir en casos justificados en los que suponga un riesgo para la seguridad ir al baño. Véase la jurisprudencia citada en el asunto *Harakchiev y Tolmov contra Bulgaria*, n.º 15018/11 y 61199/12, de 8 de julio de 2014, apartado 211.

³⁶ Apartados 91 y 92.

³⁷ Demanda n.º 4633/15, de 17 de octubre de 2019.

³⁸ *Musaev c. Turquía*, n.º 72754/11, de 21 de octubre de 2014, apartados 60-61.

la gravedad suficiente para que ese trato recibido signifique una vulneración del artículo 3³⁹. El TEDH no oculta su conocimiento de la compleja situación que atraviesa Turquía, obligada a la gestión de flujos migratorios y de solicitantes de asilo en un número muy elevado. La Corte se muestra comprensiva con la presión que reciben las autoridades turcas, pero ello no le impide subrayar cómo el carácter absoluto del artículo 3 del CEDH no permite que el Estado turco se libere de esa obligación invocando las dificultades que surgen con la presión migratoria⁴⁰.

A diferencia de estos casos de menores acompañados —aunque no siempre los progenitores estuvieran en condiciones de hacerse cargo de su cuidado—, en los asuntos *Mayeka y Mitunga*⁴¹, *Rahimi contra Grecia*⁴² o *Sh.D. y otros contra Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia*⁴³, nos encontramos con niños solos para los que el TEDH también considera la especial vulnerabilidad como factor relevante.

En Europa la situación vivida con *Tabhita* en 2006 alumbró un pronunciamiento pionero. Este famoso caso, que se corresponde con el asunto *Mayeka y Mitunga*, resulta uno de los primeros en los que el Tribunal de Estrasburgo se enfrenta a un menor no acompañado detenido a efectos de garantizar su expulsión o por su situación irregular. La detención se produjo durante su escala en Bélgica, cuando viajaba a Canadá para reunirse con su madre, que había recibido el estatuto de refugiada en aquel país. Llamativa era la corta edad de la niña —cinco años— y que estuviera detenida en un centro de tránsito del aeropuerto durante dos meses, sin contar con ningún adulto de referencia para ella. Tras la sentencia se multiplican los asuntos referidos a la detención de menores extranjeros, a efectos de impedir su entrada en el territorio del Estado o mientras se tramita el procedimiento de expulsión.

Rahimi contra Grecia representa otra importante llamada de atención. En este supuesto, un menor afgano de 15 años pasa dos días detenido en el centro de Pagani, en la isla de Lesbos, tras haber entrado de manera irregular en Grecia. Se encuentra solo y solicita asilo. La breve duración de su estancia no es óbice para que el Tribunal exa-

³⁹ Apartado 111.

⁴⁰ Apartado 112. En idéntico sentido se había pronunciado con anterioridad en las sentencias *Khlaifia y otros contra Italia* [GS] n.º 16483/12, de 15 de diciembre de 2016, apartado 184; y *Boudraa contra Turquía*, n.º 1009/16, de 28 de noviembre de 2017, apartado 30.

⁴¹ *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*, n.º 13178/03, de 12 de octubre de 2006.

⁴² Demanda n.º 8687/08, de 5 de abril de 2011.

⁴³ Demanda n.º 14165/16, de 13 de junio de 2019.

mine la posible violación del artículo 3 en las condiciones del centro, sobre todo cuando se trata de un niño y no de un adulto. Así, la falta probada de higiene, la infraestructura y las circunstancias del alojamiento socavan la noción de dignidad humana. La edad y las circunstancias personales de Rahimi le colocan en lo que el Tribunal califica como una posición extremadamente vulnerable⁴⁴, posición que no fue tenida en cuenta por las autoridades al ordenar y mantener su detención. Aunque esta se limitara a un par de días.

En *Sh.D. y otros contra Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia*⁴⁵ cinco niños afganos con edades comprendidas entre 14 y 17 años entran solos en Grecia de forma irregular. Alegan una causa de huida de su país de origen vinculada a su condición de miembros de la minoría religiosa ismailí. Se examinan en este caso las condiciones de detención en los puestos de policía y en el centro de Idomeni. El Tribunal solo admitió la violación de la prohibición de un trato inhumano o degradante, recogida en el artículo 3, por parte de Grecia. Respecto a las comisarías de policía, considera que esa detención pudo generar en los niños sentimientos de aislamiento del mundo exterior, con potenciales repercusiones negativas en su bienestar físico y mental⁴⁶. Por lo que se refiere al campo de Idomeni, creado por las autoridades griegas para intentar gestionar los flujos de refugiados y migrantes, el TEDH reconoce ese esfuerzo hasta ahora infructuoso. No obstante, deja constancia de las pésimas condiciones de vida que tiene: sobresaturado, no hay la mínima higiene ni instalaciones de saneamiento suficientes, lo que contribuye a la propagación de enfermedades. Las colas son constantes para la alimentación —deficiente— y para recibir mantas y ropa de abrigo. La precariedad de la vida en el centro repercute especialmente en los niños, que forman parte de la categoría de las personas más vulnerables de la sociedad⁴⁷.

Tras la lectura de las sentencias examinadas, se puede concluir que la naturaleza absoluta de la protección del artículo 3 del CEDH permite valorar la extrema vulnerabilidad como un factor decisivo, que prevalece sobre consideraciones derivadas del estatuto del niño como inmigrante en situación irregular⁴⁸. Queda patente también cómo el artículo 3 del CEDH impone a los Estados una obligación positiva de cuidar y prote-

⁴⁴ Apartado 86.

⁴⁵ Demanda n.º 14165/16, de 13 de junio de 2019.

⁴⁶ Apartado 50.

⁴⁷ Apartado 56.

⁴⁸ Sentencia del TEDH *Tarakhel c. Suiza*, [GS], n.º 29217/12, de 4 de noviembre de 2014, apartado 99.

ger, adoptando las medidas necesarias para ello, a determinados colectivos compuestos por los miembros más vulnerables de la sociedad⁴⁹.

4. A modo de conclusión

Se ha generalizado en la práctica estatal el recurso a la detención administrativa de los inmigrantes como instrumento de control fronterizo y herramienta para la gestión de las migraciones. En ese contexto, también los niños —acompañados o no— son detenidos para garantizar su expulsión, o para impedir la entrada irregular en el territorio. Desde la perspectiva del Derecho internacional, esa detención choca con el respeto al interés superior del menor. Este principio resulta un límite suficientemente claro y preciso, que impediría en todo caso la detención de los niños únicamente vinculada a su situación migratoria. Aunque ello supusiera también la puesta en libertad de sus padres o tutores, en el supuesto de menores acompañados.

No obstante, las autoridades estatales se muestran dubitativas, obligadas a compaginar intereses divergentes: los derechos del niño, la seguridad estatal y la gestión de las migraciones. En la práctica, el interés superior del niño cede frente a los otros valores a proteger. La realidad de los Estados pone de manifiesto que se mantiene el recurso a la detención de los niños migrantes. Sin embargo, determinados tribunales internacionales están dictando una amplia jurisprudencia en sentido contrario. A la aportación de uno de ellos, el TEDH, se ha dedicado este capítulo.

Hemos podido comprobar en el texto cómo el Tribunal de Estrasburgo ha condenado de manera reiterada a los Estados por vulnerar la prohibición de tratos inhumanos o degradantes contemplada en el artículo 3 del CEDH en los supuestos de detención de menores, acompañados o solos, relacionada con su situación migratoria. Un elemento clave en esas sentencias ha sido la consideración de la extrema vulnerabilidad de esos niños.

La doctrina oscila entre dos extremos cuando se refiere a la vulnerabilidad, moviéndose entre el enfoque grupal y la universalidad. En el primero, se aplica la vulnerabilidad solo para identificar y diferenciar en el trato a poblaciones específicas. En el segundo, con una pers-

⁴⁹ En el asunto *Mayeka y Mitunga c. Bélgica* el TEDH afirma: «*She therefore indisputably came within the class of highly vulnerable members of society to whom the Belgian State owed a duty to take adequate measures to provide care and protection as part of its positive obligations under Article 3 of the Convention*» (apartado 55).

pectiva universal, se rechaza aplicar el término vulnerabilidad solo a grupos específicos. Cuando el TEDH se acerca a la noción de vulnerabilidad, lo hace desde un enfoque grupal y limitando el «grupo vulnerable» a personas de la etnia roma, con discapacidad intelectual, con VIH y a solicitantes de asilo. Si los demandantes son niños, el Tribunal reconoce que se encuentran de forma individual en una posición vulnerable, prescindiendo hasta ahora de una valoración grupal o colectiva. No obstante, sigue siendo interesante el recurso a la vulnerabilidad desde un enfoque garantista de derechos humanos, pues en la práctica del TEDH no se ha quedado en una figura retórica ni en una noción vacía de contenido. Por el contrario, ha permitido la protección de los derechos fundamentales de los niños detenidos solo por su situación migratoria.

Bibliografía

- Blaker Strand, Vibeke; Ikdahl, Ingun (2017): «Responding to Disadvantage and Inequality through Law», *Oslo Law Review*, Vol. 4, n.º 3, pp. 124-132.
- Cillero Bruñol, Miguel (2016): «La Convención internacional sobre los derechos del niño: Introducción a su origen, estructura y contenido normativo», en Martínez García, Clara (Coord.), *Tratado del Menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 85-121.
- Dastyari, Azadeh (2015): «Detention of Australia's asylum seekers in Nauru: Is deprivation of liberty by any other name just as unlawful?», *UNSW Law Journal*, Vol. 38, n.º 2, pp. 669-694.
- Fineman, Martha A. (2008): «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale J.L. & Feminism*, Vol. 20, n.º 1, pp. 1-24.
- Flegar, Veronika; Iedema, Emma (2019): «The Use of the "Vulnerability" Label by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Protecting or Stigmatizing Women and Girls in the Forced Migration Context», *Brill Open Law*, pp. 1-41.
- Linton, Julie M.; Griffin, Marsha; Shapiro, Alan J.; Council on Community Pediatrics (2017): «Detention of Immigrant Children», *Pediatrics*, Vol. 139, n.º 4, 2017, pp. 1-15.
- López Ulla, José Manuel (2013): «Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 32, pp. 481-497.
- Mangiaracina, Annalisa (2016): «The Long Route Towards a Widespread European Culture of Alternatives to Immigration Detention», *European Journal of Migration and Law*, n.º 18, pp. 177-200.

- Peroni, Lourdes; Timmer, Alexandra, (2013): «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, n.º 4, pp. 1056-1085.
- Ripol Carulla, Santiago (2007): *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona.
- Smyth, Ciara M. (2019): «Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children», *Human Rights Law Review*, Vol. 19, n.º 1, pp. 1-36.

La protección internacional de los niños migrantes y refugiados: hacia su interés superior como consideración primordial

Joana Abrisketa Uriarte

Universidad de Deusto

1. Introducción

En la cumbre de alto nivel celebrada en septiembre de 2016, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas manifestó, mediante la llamada Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, lo siguiente: «Protegeremos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños refugiados y migrantes, independientemente de su condición, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del niño como consideración principal»¹. Esta tajante declaración de intenciones daba a entender que la Asamblea General situaría la cuestión de los niños refugiados y migrantes entre uno de los puntos relevantes de su agenda. Con el objeto de cumplir con dicho propósito, los Estados deberán identificar, en primer lugar, las complejas cuestiones legales, además de sociales y políticas, que conlleva la actual situación de los niños no acompañados migrantes y solicitantes de protección internacional².

¹ Asamblea General, Proyecto de resolución remitido a la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General sobre la respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes en su septuagésimo periodo de sesiones, Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, A/71/L.1, 13 de septiembre de 2016, apdo. 32.

² En 2018 se estimaba que el número total de niños migrantes en la UE era de 6,9 millones. Con relación a la población total de los niños, esta cifra representaba un 7%. Datos recogidos de (SCHUMACHER, LÖSCHNER, SERMI, 2019: 3).

Algunas de estas cuestiones están relacionadas con la determinación de su condición de menor; otras con la tutela del niño —o su eventual detención— una vez llega al país en el que solicita protección y durante el proceso de determinación de su estatuto³. A su vez, los problemas derivados de la separación entre los niños y sus madres durante periodos prolongados —la separación de sus padres no es noticia— y los retrasos en las pruebas para determinar su filiación a través del ADN son cuestiones que no están contempladas de manera suficiente ni en la normativa europea ni en la internacional⁴. Por otro lado, los menores no acompañados que huyen de sus países de origen, a menudo debido a la persecución, la violencia y la pobreza, representan un foco de oportunidad para los traficantes y para la trata de personas, que explotan su vulnerabilidad y dependencia (Elliott, 2017).

El ACNUR señaló que en 2019 la mitad de la población refugiada estaba constituida por niños, y que las solicitudes de asilo presentadas por niños no acompañados constituyen una tendencia mundial⁵. Por otra parte, la organización de rescate marítimo SOS Mediterráneo declaró en 2020 que una creciente proporción de migrantes marítimos son menores de dieciocho años que viajan solos (Mac Gregor, 2020). Los casos ante el Comité de Derechos del Niño referentes a niños migrantes que buscan protección se han multiplicado durante los últimos años⁶. Y respecto del contexto español, el informe el Relator Especial sobre la Pobreza reveló que en nuestro país las tasas de pobreza infantil son «aún más alarmantes [...] entre las poblaciones inmigrantes y refugiadas»⁷. La limitada atención que en la práctica se presta a la es-

³ Ningún instrumento internacional define específicamente a los «menores no acompañados», pero de acepta generalmente como «la persona menor de 18 años, separada de sus padres, y que no está siendo cuidada por un tutor u otro adulto que por ley o por costumbre es responsable», en ACNUR, *Questions relating to Refugees, Returnees and Displaced Persons and Humanitarian Questions: Assistance to Unaccompanied Refugee Minors, Report of the Secretary-General*, UN doc. A/52/273, 7 de agosto de 1997, párr. 2.

⁴ Un estudio exhaustivo en (Claro Quintáns y Lázaro González, 2013)

⁵ UNHCR, *Global Trends 2019*, UNHCR Global Data Service 2020, Dinamarca, pp. 19, 46

⁶ A ello se añaden una serie de observaciones generales del Comité relacionadas con los niños migrantes: Comité de Derechos del Niño, *Observación general núm. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005; Comité de Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a ser escuchado*, *Observación general núm. 12*, CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009.

⁷ ALSTON, Philip, *Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. Conclusión de su visita oficial a España*, 27 de enero-7 de febrero de 2020.

pecial situación de vulnerabilidad de los niños migrantes no acompañados pone de relieve que la protección de los niños no se halla precisamente entre uno de los puntos de las agendas de los Estados.

La interpretación favorable a la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados ha logrado fortalecer la protección del refugiado. Sin embargo, al desarrollo de una sólida interacción normativa que conecta los derechos del refugiado con los derechos humanos no le acompaña una suficiente interrelación entre los derechos del niño y el derecho de los refugiados. La condición de niño queda invisibilizada cuando se trata de determinar su estatuto del refugiado e incluso de migrante.

El presente estudio tiene por objeto poner de relieve una serie de avances provocados tanto por el Comité de los Derechos del Niño (CDN) como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a la hora de aplicar las medidas legales sobre la protección del niño en el marco internacional migratorio y del refugio. El estudio parte de una premisa que es al mismo tiempo obvia y relevante: la protección jurídica del niño migrante y refugiado no puede llevarse a cabo mediante el empleo aislado del marco jurídico internacional de los derechos del niño ni tampoco del marco jurídico internacional migratorio. Contemplar ambos cuerpos normativos separadamente ofrece una protección relativa al niño, nunca tendente a ser absoluta. Así lo evidencian los casos examinados a continuación.

2. El marco normativo

El Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado en Ginebra el 28 de julio de 1951, y modificado por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado en Nueva York el 31 de enero de 1967, hace escasas alusiones a la situación específica del niño refugiado⁸. El referido Convenio no presta atención al concepto de «niño» como sujeto a proteger. La protección del niño en el Convenio de Ginebra tan solo viene recogida en dos preceptos y de manera tangencial. Por un lado, el art. 4 obliga a que los Estados parte otorguen a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción reli-

⁸ España se adhirió a ambos textos por instrumento de 14 de agosto de 1978, *BOE* núm. 252, de 21 de octubre de 1978 y corrección de errores en *BOE* núm. 272, de 14 de noviembre de 1978.

giosa de sus hijos. Por otro lado, el art. 17 establece ciertas excepciones a las medidas restrictivas respecto de la empleabilidad de los extranjeros entre las que se incluye el «tener uno o más hijos que posean la nacionalidad del país de residencia». Por su parte, el anexo al Convenio de Ginebra de 1951, en su párrafo 2 prevé que «Con sujeción a los reglamentos del país de expedición, los niños podrán ser incluidos en el documento de viaje de un miembro de la familia o, en circunstancias excepcionales, de otro refugiado adulto»⁹.

Dicho de otro modo, el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 centra la atención en el estatuto de refugiado como principal consideración. Es «neutral» en cuanto a la edad, y se aplica a todas las personas independientemente de esta (Crock, Yule, 2014: 97). No existe mención explícita a la edad de los sujetos que pueden verse afectados o protegidos por el Convenio. Partiendo de esta premisa, el *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* prevé que «la cuestión de si un menor no acompañado puede reunir las condiciones necesarias para obtener la condición de refugiado debe determinarse ante todo según el grado de madurez y de discernimiento del menor»¹⁰. La aproximación al estatuto de refugiado en términos de madurez resulta cuestionable desde el punto de vista de los derechos del niño por tres motivos. El primero de ellos es que excluye de la categoría de refugiado a quien no alcanza dicha madurez y capacidad de discernimiento. En segundo lugar, no existe necesariamente una conexión entre un grado particular de madurez y el temor fundado de persecución. Conforme al *Manual* del ACNUR, la madurez del niño sería el aspecto determinante para declarar que es víctima de persecución en los términos del Convenio sobre

⁹ De modo que el Convenio de Ginebra de 1951 presta una menor atención que el régimen precedente, contenido en la Constitución de la Organización Internacional para los Refugiados, cuya definición, contenida en la resolución adoptada por el ECOSOC el 16 de febrero de 1946 (reproducida ese mismo año como Anexo I a la Constitución de la OIR) establecía que el término «refugiado» también se aplicaría a los niños no acompañados que fueran huérfanos como consecuencia de la guerra o cuyos padres hubieran desaparecido, y que estuvieran fuera de su lugar de origen. Decía expresamente: «A estos niños, de dieciséis años o menores, se les proveerá de toda asistencia posible, incluida la asistencia para la repatriación, en el caso de que su nacionalidad puede determinarse».

¹⁰ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Reedición, Ginebra, 2011, apdo. 214 (cursiva añadida). Este mismo apartado 214 establece *in fine* que «A falta de los padres o de un tutor nombrado legalmente, incumbe a las autoridades lograr que los intereses del menor que solicite la condición de refugiado queden plenamente garantizados».

el Estatuto de los Refugiados de 1951. Ahora bien, el criterio sobre el grado madurez no separa a un refugiado de uno que no lo es. Por consiguiente, el grado de madurez tampoco puede separar a un niño refugiado de uno que no lo es. En tercer lugar, el principio que obliga a atender al interés superior del niño requiere que la decisión en nombre del niño se adopte sobre la base de un cúmulo de circunstancias, incluida su situación personal y las condiciones que se dan en su país de origen, y no exclusivamente en función de su madurez¹¹.

El Convenio de Ginebra de 1951, por otro lado, no ofrece una definición sobre lo que ha de entenderse por «persecución», y menos aún sobre cómo puede diferir el término con relación al niño. En este sentido, resulta determinante la Convención sobre los Derechos del Niño puesto que reconoce una serie de derechos en favor de los niños. Al enumerar estos derechos, la Convención sobre los Derechos del Niño ayuda a interpretar las formas de persecución hacia el niño, específicas y si cabe, distintas a las del adulto. La Corte Federal de Canadá lo explicó en estos términos:

If the CRC recognizes that children have human rights and that «persecution» amounts to the denial of basic human rights, then if a child's rights under the CRC are violated in a sustained or systematic manner demonstrative of a failure of state protection, that child may qualify for refugee status¹².

El problema se condensa en la pregunta sobre si los menores extranjeros no acompañados han de ser tratados como «menores» o como «migrantes» —o «solicitantes de protección internacional» en su caso— o si cabría tomar en consideración ambas circunstancias a la vez la hora de determinar su estatuto de protección. El art. 3 de la CDN y la Directiva 2003/9/CE del Consejo de la UE sobre las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional subrayan que el interés superior del menor ha de ser la consideración básica a la hora de aplicar sus disposiciones relativas a los menores¹³. La pregunta que nos formulamos

¹¹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

¹² *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2011] FCR 448, apdo. 51.

¹³ Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (DO L núm. 31, de 6 de febrero de 2003), (art. 18.1) y Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

en el presente estudio consiste en determinar si efectivamente el criterio relativo al interés superior del menor como consideración primordial permite aglutinar la doble consideración del niño, en tanto que menor niño y en tanto que migrante o solicitante de protección internacional.

En la obra de referencia sobre la institución del refugio en el derecho internacional, escrito por Goodwin Gill (2007:131), el autor comienza el apartado relativo a los niños en tanto que refugiados con la advertencia de que el aspecto preliminar en todos los casos en los que se hallan implicados niños y adolescentes es el de dilucidar si están acompañados¹⁴. Esto tiene relevancia respecto a su consideración como refugiados, ya que puede afectar al modo en el que se enfoca su petición, así como a las soluciones que puedan proponerse. De hecho, el *Manual* del ACNUR, cuya primera versión se publicó en 1979, ubicaba la protección del menor refugiado, y en particular de los niños y niñas no acompañados, dentro del capítulo relativo al principio de la unidad familiar. Recomienda a los gobiernos que aseguren «la protección de los refugiados menores de edad y sobre todo, a los niños aislados y a las jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción»¹⁵. Y continúa dicho *Manual* señalando que «Si el jefe de la familia reúne las condiciones señaladas en la definición, a los familiares que están a su cargo se les suele reconocer la condición de refugiados de conformidad con el principio de unidad de la familia»¹⁶.

Por su parte, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, y el reconocimiento de los niños como titulares de derechos y de una protección cualificada dio lugar a la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (en adelante se empleará indistintamente el nombre completo de la Convención o sus siglas)¹⁷. Esta Convención emplea el término «niño» con preferen-

¹⁴ En uno de los primeros comentarios al Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, escrito en 1972, GRAHL-MADSEN se refirió a los niños bajo el título del «estatuto de dependencia» en referencia al principio de la unidad familiar citado en la Recomendación B de la Conferencia de Ginebra de 1951, a la vez que evocaba la figura de la «persecución indirecta» para justificar el estatuto de refugiado del que podrían beneficiarse los niños, en GRAHL-MADSEN, Atle (1972): *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1, Refugee Character, AW Sijthoff, apdos. 151-152.

¹⁵ ACNUR, *Manual de Procedimientos...*, op. cit., apdo. 182. Estos aspectos se mantienen en el Manual publicado en 2019.

¹⁶ *Ibid.* 184.

¹⁷ Ratificada por España el 6 de diciembre de 1990, *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Al que se añaden los tres Protocolos facultativos. El primero, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, ratificado por España el 8 de marzo del mismo año, entrando en vigor el 8 de abril de 2002 (*BOE* núm. 92, de 17 de abril de 2002). El segundo, el Protocolo relativo a la venta de ni-

cia al término «menor», que fue ampliamente utilizado en el pasado —entre otros, en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre protección de menores—. Esto planteaba problemas de calificación puesto que se requería la determinación de la ley aplicable en cada Estado para establecer la mayoría de edad, de modo que el CDN adoptó una determinada edad, la de los dieciocho años, como término de la niñez. Y para ello se tuvo en cuenta su coincidencia con la determinación de la mayoría de edad en un número importante de países. Al mismo tiempo, se considera al niño de manera «individual» con el objeto de aplicar las medidas adecuadas para cada caso específico, sin perjuicio de que en algunas ocasiones deba ser tomado en su consideración como miembro de la unidad familiar (Borrás, 2010).

El CDN obliga a los Estados parte a «respetar los derechos enunciados en la presente Convención y a asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción» (art. 2 (1)). A ello le sigue el que se considera el principio rector de la Convención, el llamado «interés superior del niño» recogido en el art. 3 de la Convención que obliga a los Estados a tenerlo en consideración en todos los casos en los que los niños se vean afectados —incluidos los refugiados y solicitantes de protección internacional—. Este principio rector, junto con el principio de no discriminación (art. 2 (2)), el respecto a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6), y el respecto de la opinión del niño (art. 12) pueden ser utilizados como argumentos jurídicos para compensar la invisibilidad mencionada en el ámbito migratorio.

Aún más, el Comité de los Derechos del Niño, en su *Observación general núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* otorga un triple concepto al interés superior del niño: en primer lugar, en tanto que derecho sustantivo; en segundo lugar, en tanto que principio jurídico interpretativo; y en tercer lugar, en tanto que norma de procedimiento¹⁸. Se instituye así al mismo tiempo como un mandato *prima facie* y como un estándar mixto de normas y de principios. Así las cosas, la centralidad de la protección especial del niño se enmarca en su interés superior recogido en el art. 3 del

ños, la prostitución infantil, y la utilización de los niños en la pornografía, también de 25 de mayo de 2000, ratificado por España por instrumento de 6 de septiembre de 2000 y en vigor desde el 18 de enero de 2002 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002). Y el tercer Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones, de 19 de diciembre de 2011, ratificado por España el 3 de junio de 2013 y en vigor desde el 14 de abril de 2014 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2014).

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, op. cit., apdo. 6.

CDN¹⁹. Este principio empezó a ser invocado en los casos que afectaban a la admisión y el retorno de los niños y sus familias y se ha extendido a la mayoría de los casos resueltos ante el Comité de Derechos del Niño (Mcadam, 2006). Por este motivo, las condiciones del niño migrante no pueden abordarse separadamente, al margen de este marco jurídico.

Así mismo, el CDN contiene una referencia explícita al niño refugiado en el art. 22 cuyo tenor exige a los Estados parte que adopten las medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado reciba «la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes». Y el art. 37 indirectamente prohíbe el *refoulement* del niño a los lugares en donde podría ser sometido a torturas o a tratos inhumanos o degradantes.

3. El interés superior del niño: el caso *D.D.* contra España ante el Comité de los Derechos del Niño

En el caso *D.D.* contra España la víctima era un menor no acompañado nacional de Mali. Abandonó su país a causa del conflicto armado en dicho país, llegó a Marruecos en 2014, y vivió durante un año en los campamentos del Monte Gurugú en los alrededores del enclave español de Melilla. Tras varios intentos, el día 2 de diciembre de 2014 consiguió llegar a la tercera valla situada en Melilla. Permaneció encaramado en la cima de la valla durante varias horas (que no concreta el Comité) y cuando finalmente descendió con la ayuda de una escalera provista por la Guardia Civil, ya en territorio español, fue detenido por esta, entregado a las fuerzas marroquíes y devuelto sumariamente a Marruecos. No fue sometido a un procedimiento de identificación, ni tuvo la oportunidad de explicar sus circunstancias personales²⁰. La denuncia presentada por *D.D.* fue la primera demanda individual contra las devoluciones sumarias presentada en el marco de los procedimientos ante el Comité sobre los Derechos del Niño.

El Estado español alegó ante el Comité de los Derechos del Niño que «las autoridades españolas habían ejercitado su legítimo derecho y obli-

¹⁹ Sobre el interés superior del niño véase: (CARDONA LLORENS, 2014, 2015, 2016a, 2016b y 2017).

²⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Dictamen de 1 de febrero de 2019, D.D. c. España*, CRC/C/80/D/4/2016, apdo. 2.4

gación internacional de efectuar el rechazo frente al asalto e intento ilegal del autor de quebrantar la frontera»²¹. En cuanto a la determinación de la edad del demandante, el Estado adujo que «en ausencia de manifestación expresa o presentación de documento de identidad, no puede considerarse que una persona que logra ascender y superar vallas de seis metros de altura sea menor de edad»²². De modo que la comunicación presentada por *D.D.*, según el Estado demandado, era inadmisibles *rationae personae* porque el autor tenía veinte años en el momento de los hechos. La comunicación también resultaba inadmisibles *rationae materiae* porque el derecho de asilo y el derecho a proteger las fronteras frente a entradas ilegales no son aspectos que se encuentren reconocidos en el Convención sobre los Derechos del Niño²³. Finalmente, el Estado sostuvo que los hechos eran presuntamente imputables a las autoridades marroquíes, y que por tanto la comunicación era inadmisibles *ratione loci* de acuerdo con el art. 5 del Protocolo Facultativo²⁴.

Por su parte, el autor defendió la admisibilidad de la comunicación sobre la base de tres razones. La primera se remitía a la admisibilidad *ratione personae*. El autor sostuvo que la comunicación presentada era admisible *ratione personae* porque el día 2 de diciembre de 2014 era menor de edad, según constaba en el pasaporte emitido por el consulado maliense en Madrid en fecha de 3 de octubre de 2015. De hecho, desde el momento en el que se notificó la edad correcta del autor, el Estado parte asume la tutela y lo reconoce como menor de edad. Es decir, el Estado ya lo trata como menor de edad²⁵. En cuanto a la admisibilidad *ratione materiae*, el autor apela al hecho de que la comunicación se limita a la petición del esclarecimiento de los hechos sucedidos durante las horas del día 2 de diciembre de 2014 en las que el autor se hallaba bajo la jurisdicción española. La cuestión sobre la que versa la comunicación es la deportación sumaria del autor en la fecha indicada²⁶. De modo que no cabe concebir la comunicación como una apelación al derecho del autor al asilo y a entrar en España, aspectos estos que efectivamente no entran dentro del marco del Convenio sobre los Derechos del Niño²⁷. Alegaba haber sido víctima de una violación del art. 20 (1) del CDN, dada la falta de protección debida por el Estado parte en su condición

²¹ *Ibid.*, apdo. 4.1.

²² *Ibid.*, apdo. 4.1.

²³ *Ibid.*, apdo. 4.4.

²⁴ *Ibid.*, apdo. 4.2.

²⁵ *Ibid.*, apdo. 5.3.

²⁶ *Ibid.*, apdo. 7.2.

²⁷ *Ibid.*, apdo. 5.1.

de niño no acompañado privado de su medio familiar²⁸. El autor invoca asimismo el art. 37 del CDH puesto que la deportación a Marruecos ordenada por las autoridades españolas lo expuso a un riesgo de daño irreparable²⁹. Finalmente, alega que el Estado español, «por su acción y omisión, en ningún momento tuvo en cuenta el interés superior del niño reconocido en el artículo 3 de la Convención»³⁰. La política estatal en la frontera española-marroquí en Melilla no tiene en cuenta el interés superior del menor; las autoridades españolas no admiten al autor en el territorio ni evalúan su situación; y no se tuvieron en cuenta las circunstancias personales del autor ni se considera alguna alternativa en favor de su interés superior. Por último, la razón para fundamentar la admisibilidad *ratione loci* reside en el hecho de que el autor se hallaba bajo la jurisdicción española desde el momento en el que cruzó la primera valla del puesto fronterizo de Melilla y estuvo bajo el control efectivo de los miembros de la Guardia Civil española en Melilla cuando estos lo detuvieron y devolvieron a Marruecos³¹.

El Comité aduce que las obligaciones del Estado de proveer asistencia y protección especiales a niños no acompañados, conforme al art. 20 (1) del CDH «se aplican incluso con respecto a los menores que quedan sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional»³². Así mismo, el Comité dictamina que el trato prestado al menor por los agentes de la guardia civil implicaba una vulneración del art. 20 (1) del Convenio dado que el Estado no sometió al demandante a un proceso de evaluación inicial dirigido a determinar su condición de menor no acompañado, su identificación y a la valoración de la situación particular de «vulnerabilidad». Finalmente, el Comité también constata la violación del art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta establece la obligación de velar por que ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos, crueles inhumanos o degradantes, conectado con el art. 3 relativo a la obligación de atender el interés superior del niño. El Comité se refiere a la situación «de violencia contra migrantes en la zona de frontera con Marruecos», a que el Estado no había realizado «una evaluación sobre el eventual riesgo de daño irreparable para el autor antes de su deportación» y a que el Estado «no había tenido en cuenta el interés superior del menor»³³. Por

²⁸ *Ibid.*, apdo. 3.1

²⁹ *Ibid.*, apdo. 3.2.

³⁰ *Ibid.*, apdo. 3.5.

³¹ *Ibid.*, apdo. 5.2.

³² *Ibid.*, apdo. 14.3.

³³ *Ibid.*, apdo. 14.6.

todo ello, dictamina que los hechos que tenía ante sí constituían una violación de los arts. 3, 20 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Del caso *D.D.* cabe deducir que el derecho de los refugiados no sirvió para dar cobertura legal al demandante. Aún más, el propio autor de la demanda descartó que la comunicación se basara en el derecho del autor al asilo, aspecto en el que podía haber incidido puesto que procedía de Mali, un país en conflicto que ofrece razones para considerar la posibilidad de la concesión de la protección internacional. Por estrategia en el litigio, no era conveniente apelar de manera conjunta al derecho de asilo y al derecho a que su interés superior fuera tenido en cuenta. Sin embargo, el Comité sostuvo que se habían violado, además de los arts. 3 y 20 de la Convención, el art. 37 cuya letra alude indirectamente al *non refoulement*.

Resulta destacable en este caso la intervención de los terceros puesto que orientó el caso hacia el examen de los métodos del control de fronteras adoptados por España³⁴. Los terceros intervinientes señalaron que cuando un Estado toma medidas para prevenir la entrada de extranjeros en su territorio o para devolverlos a otros Estados, dicha conducta constituye el ejercicio de su jurisdicción, de manera que compromete la responsabilidad del Estado en cuestión³⁵. España había justificado el derecho a evitar la entrada ilegal a su territorio, de conformidad con el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas (sobre el derecho a la legítima defensa), y el art. 13 del Código de Fronteras de Schengen (sobre la prevención del cruce de fronteras no autorizado). Agregó que quedan excluidos del asilo quienes realizan actos contrarios a las finalidades y a los principios de Naciones Unidas, tal y como dicta el art. 1 (f) de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados³⁶. El Estado español se aferró de algún modo al régimen del refugio y del asilo y lo antepuso al régimen de protección de la infancia.

El Dictamen en el caso *D.D.* contra España confirma que el caso no versaba sobre el asilo, sino sobre los derechos garantizados bajo la Convención de los Derechos del Niño. Con respecto al requisito de agotar los recursos internos antes de presentar una comunicación individual, el Comité se alinea con la jurisprudencia de otros órganos de derechos humanos. Confirma que en los casos de retornos inmediatos, difícil-

³⁴ La Comisión Internacional de Juristas, ECRE, Centro AIRE y el Consejo Holandés para Refugiados presentaron el 31 de mayo de 2018 una intervención como terceros.

³⁵ STEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, n.º 27765/09, sentencia de 23 de febrero de 2012, apdo. 180.

³⁶ Comité de Derechos del Niño, *D.D. contra España*, *op. cit.*, apdo. 12.1.

mente pueden agotarse los recursos internos. Al evaluar esta evidencia, el Comité subraya el desequilibrio entre el menor no documentado retornado y las autoridades del Estado, y concluye que la carga de la prueba no debe recaer enteramente en el demandante. El Comité también desestima las alegaciones de España sobre la posibilidad de haber solicitado un visado o de haber demandado asilo en los países de tránsito o incluso en los puestos fronterizos españoles.

4. La determinación de la edad del niño: el caso *J.A.B. contra España* ante el Comité de los Derechos del Niño

En el contexto del asilo y de la migración la edad de la persona afectada puede condicionar el modo en que se procesa su petición de asilo. Incluso, determina si el solicitante ha de ser tutelado, si puede acceder a ciertos cuidados y asistencia, o las condiciones de su estatuto de migrante. La documentación oficial en la que consta la edad del niño provee de los elementos para determinar sus derechos. No es casual que el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño disponga que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento. UNICEF, sin embargo, estima que globalmente un alto porcentaje de niños no son registrados al nacer (UNICEF, 2013). A ello se añade, en el contexto de este estudio, que los niños migrantes y solicitantes de asilo suelen llegar a los lugares de destino sin la documentación relativa a su edad o con documentos de identidad que no resultan veraces para las instituciones.

En el caso *J.A.B.*, el Comité de Derechos del Niño condenó a España por la violación de los derechos del niño relacionados con la determinación de la edad del menor no acompañado. El Comité denunció la insuficiente consideración de la documentación provista por los demandantes³⁷. Asimismo consideró que facilitar la representación para las personas jóvenes que alegan ser menores de edad constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior³⁸.

El caso se refiere a *J.A.B.*, nacional de Camerún, que llega a Ceuta en 2016 y presentó la documentación oficial expedida por las autoridades de Camerún. Cuando manifiesta ser menor de edad, las autoridades de Ceuta le sugieren que «era mejor que dijese que era mayor por-

³⁷ Comité de los Derechos del Niño, *Dictamen de 31 de mayo de 2019, J.A.B. contra España*, CRC/C/81/D/22/2017, apdo. 13.8.

³⁸ *Ibid.*, apdo. 13.7.

que aquí [en Ceuta] no hay nada que un menor pueda hacer³⁹. El autor fue llevado a comisaría y de allí a un Centro de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) de Ceuta. Tras permanecer en este centro para adultos durante cinco meses, es enviado a un centro, en esta ocasión, de la Comunidad de Madrid. El autor abandona el centro madrileño por las condiciones en las que se encontraba y en octubre de 2016 recibió de su familia su acta original de nacimiento, en la que constaba que su fecha de nacimiento era el 1 de diciembre de 2000.

Una vez designada como representante del autor la Fundación Raíces, este manifiesta ante las autoridades españolas que se negaría a someterse a las pruebas médicas de determinación de su edad dado que contaba con documentación oficial y original, acreditativa de su minoría de edad⁴⁰. Dos sentencias del Tribunal Supremo español avalaban su postura⁴¹. El Fiscal había solicitado al autor que se sometiera a la realización de pruebas para la determinación de su edad puesto que su apariencia física no se correspondía con la edad manifestada⁴². Dado que disponía de documentación oficial y original expedida por las autoridades de su país de origen, el autor se negó a ser sometido a tales pruebas. El 26 de enero de 2017 se dictó un decreto por el cual se declaraba la mayoría de edad del autor, junto con una resolución administrativa por la que se cursaba su baja del centro de protección de menores⁴³. Así las cosas, alega ser víctima de una violación del art. 2 del CDN dado que fue objeto de una decisión discriminatoria cuando el Estado cuestionó la documentación oficial que había aportado expedida por la Embajada de Camerún. También alega que el Estado español había violado el art. 3 del CDN dado que no tuvo en cuenta el interés superior del menor. Su especial situación de vulnerabilidad requería que el interés superior fuera tenido en consideración. El propio Comité había subrayado en su *Observación General núm. 6* que la situación de los menores no acompañados y separados de su familia los pone en una situación particularmente vulnerable⁴⁴.

³⁹ *Ibid.*, apdo. 2.2.

⁴⁰ *Ibid.*, apdo. 2.5.

⁴¹ STS 453/2013, de 23 de diciembre de 2013, ES:TS:2014:3918 y STS 452/2014, de 24 de septiembre de 2014, ES:TS:2014:3817.

⁴² Comité de los Derechos del Niño, *Dictamen de 31 de mayo de 2019, J.A.B contra España, op. cit.*, apdo. 2.9.

⁴³ *Ibid.* apdo. 2.10

⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general núm. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/CG/2005/6*, de 1 de septiembre de 2005.

El autor deduce asimismo que el art. 3 debe leerse conjuntamente con el art. 18 (2) del CDN debido a la ausencia de nombramiento de un tutor que pudiera velar por sus intereses⁴⁵. Agrega que se había violado el art. 6 del CDN debido a que no se proporcionaron las condiciones óptimas para su supervivencia, así como el art. 8 del CDN que reconoce el derecho a la identidad puesto que la edad constituye un aspecto fundamental de aquella⁴⁶.

El Comité debía dilucidar si el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el autor violó sus derechos reconocidos en el CDN. Y en este marco, estima que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial durante el procedimiento de determinación de la edad. Dados los hechos, considera que el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el autor no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos, ni se tomó el interés superior del niño como consideración primordial. Observa que en ausencia de otra información o pruebas en el expediente que desvirtuaran la validez del pasaporte oficial expedido por el país de origen del autor, cabía presumir la validez del mismo. En consecuencia, el Comité consideró que la comunicación era compatible *ratione personae* con la Convención y la declaró admisible de acuerdo con el art. 7 del Protocolo⁴⁷.

El Comité declara la existencia de una violación de los arts. 3, 8, 12, 20 (1) y 24 del Convenio⁴⁸. Dictamina que no se tomó como consideración primordial en el procedimiento de la determinación de la edad el interés superior del menor, en violación de los arts. 3 y 12 de la Convención⁴⁹. También manifiesta que la edad y la fecha de nacimiento de un niño forman parte de su identidad por lo que constataba la vulneración del art. 8 de la Convención. Finalmente, la ausencia de protección del Estado frente a la «situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado, al ser menor, migrante, no acompañado y enfermo», constituyen la violación de los arts. 20 (1) y 24 de la Convención⁵⁰.

⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Dictamen de 31 de mayo de 2019, J.A.B contra España*, op. cit., apdo. 3.5.

⁴⁶ *Ibid.*, apdos. 3.6 y 3.7.

⁴⁷ *Ibid.*, apdo. 12.2.

⁴⁸ El autor también había alegado la violación del art. 2 del CDN dado que consideraba que había sido víctima de una discriminación, pero el Comité decidió no examinar dicha queja. Por el contrario, desestimó las alegaciones basadas en los arts. 6, 8 (2) y 27 del Convenio sobre los Derechos del Niño por no considerarlas suficientemente fundamentadas.

⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, *Dictamen de 31 de mayo de 2019, J.A.B contra España*, op. cit., apdo 13.9.

⁵⁰ *Ibid.*, apdo. 13.11.

Cabe reseñar, por lo que respecta a España, que el último hito en la protección de menores inmigrantes en España es la aprobación del Protocolo Marco sobre Determinadas Actuaciones en Relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, aprobado el 22 de julio de 2014⁵¹. Este Protocolo tiene por finalidad coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas desde la localización del menor extranjero hasta su identificación, la determinación de su edad, la puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores y documentación. Las actuaciones previstas en el mismo se inspiran en el principio del interés superior del menor tal y como resulta, entre otros, de la Convención de los Derechos del Niño y la *Observación General núm. 6* (2005) sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen del Comité de los Derechos del Niño. Precisamente entre las recomendaciones emitidas por el Consejo de Derechos Humanos en el marco del Examen Periódico Universal presentado por España en 2015, el Estado aceptó una recomendación dirigida a asegurar que el Protocolo Marco para determinadas actuaciones en materia de menores extranjeros no acompañados fuera consistente con los estándares internacionales⁵².

5. La vulnerabilidad del niño: *Tarakhel C. Suiza* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La parte demandante en el caso *Tarakhel c. Suiza* ante el TEDH era un matrimonio afgano que entró a Italia por la costa de Calabria el 16 de julio de 2011 con sus seis hijos, todos ellos menores de dieciocho años⁵³. La familia declaró que las condiciones de habitabilidad el centro de recepción de los solicitantes de asilo asignado en Italia eran deficientes, y por este motivo, los demandantes junto a sus hijos abandonaron el centro y se trasladaron sin permiso a Austria. Tanto en Italia como en Austria se les registró en el sistema EURODAC. Al solicitar

⁵¹ Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores No Acompañados, *BOE núm. 251*, de 16 de octubre de 2014.

⁵² Véase Anexo explicativo de las observaciones de España a las recomendaciones recibidas por España con ocasión del segundo ciclo del Examen Periódico Universal (anejo al documento A/HRC/29/8/1), EPU, 2015 y Recomendación 131.183.

⁵³ STEDH, *Tarakhel v. Suiza* (*Gran Sala*), n.º 29217/12, *op. cit.*, apdo. 33.

asilo en Austria, este país se lo denegó, aplicó el Reglamento de Dublín III y pidió a Italia que se hiciera cargo de ellos⁵⁴. Italia aceptó la devolución, pero antes de que se produjera el traslado la familia huyó a Suiza donde solicitó asilo nuevamente. El Estado suizo rechazó la demanda de asilo e intentó trasladar a la familia a Italia nuevamente en tanto que Estado responsable de la solicitud conforme al Reglamento de Dublín III. Suiza también rechazó los recursos interpuestos contra la decisión de traslado de los demandantes a Italia. La familia *Tarakhel* presenta su demanda ante el TEDH el 15 de mayo de 2012 con una clara motivación: el traslado a Italia constituiría una violación de los arts. 3 y 8 del CEDH. A su vez, los demandantes consiguieron que el TEDH exigiera a Suiza la aplicación de medidas provisionales durante el procedimiento.

En la demanda también se invocaba la aplicación del art. 3 del CEDH en combinación con el art. 13 del mismo CEDH, dado que las autoridades suizas no habían tenido suficientemente en cuenta la situación personal y familiar de los demandantes. Sin embargo, el Tribunal se limita en su sentencia a analizar las condiciones de acogida en Italia a la luz del art. 3 del CEDH. Sobre la base de dicho precepto, los demandantes indican que si eran devueltos a Italia en ausencia de garantías individuales relacionadas con las condiciones de su acogida en Italia serían víctimas de tratos inhumanos o degradantes dadas las deficiencias en los sistemas de recepción de las familias solicitantes de asilo en dicho país. Más específicamente, los demandantes argumentaron que debido a la lentitud del proceso en cuanto a la identificación y a la escasez de plazas en los distintos tipos de instalaciones de acogida en Italia «un gran número de personas solicitantes de asilo, incluyendo familias con niñas y niños pequeños, se ven forzadas a vivir en edificios ocupados insalubres y otros alojamientos que se utilizan por turnos, o simplemente en las calles»⁵⁵.

El TEDH debe determinar si las circunstancias alegadas por la familia *Tarakhel* alcanzan tal grado de severidad que contravienen al art. 3 CEDH. El Tribunal concluye que «la situación actual en Italia no se puede comparar en modo alguno con la situación en Grecia en el mo-

⁵⁴ Reglamento (UE) n.º 604 /2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido), DO L 180, de 29 de junio de 2013.

⁵⁵ TEDH, *Tarakhel v. Suiza*, *op. cit.*, apdo. 65.

mento en que se dictó la sentencia *M.S.S.*⁵⁶. Manifiesta que «la estructura y la situación global de las condiciones de acogida en Italia, por tanto, no pueden constituir por sí mismas un impedimento para todos los traslados de personas solicitantes de asilo a ese país»⁵⁷. Ahora bien, el Tribunal de Estrasburgo agrega que «en su calidad de grupo de población particularmente desfavorecido y vulnerable», las personas solicitantes de asilo necesitan una «protección especial» conforme a dicho precepto⁵⁸. Y prosigue en estos términos:

Esta necesidad de «protección especial» de las personas solicitantes de asilo es particularmente importante cuando las personas afectadas son niñas y niños, considerando sus necesidades específicas y su extrema vulnerabilidad. Esto aplica incluso cuando, como en el presente caso, las niñas y los niños solicitantes de asilo están acompañados por sus progenitores. []. Consecuentemente, las condiciones de acogida de los niños y niñas solicitantes de asilo se deben adaptar a su edad, para garantizar que dichas condiciones no «generen [] para ellos una situación de estrés y ansiedad, con consecuencias especialmente traumáticas. De no ser así, las condiciones en cuestión traspasarían el umbral de gravedad requerido para pertenecer al ámbito de la prohibición contenida en el art. 3 del Convenio⁵⁹.

Así, el Tribunal dictamine que con el fin de evitar la violación del art. 3 del CEDH, las autoridades suizas debían haber obtenido previamente las garantías individuales, demostradas por las autoridades italianas, de que el Estado italiano se haría cargo de la familia de un modo adaptado a la edad de los niños y de que la familia permanecería unida⁶⁰.

La sentencia fue considerada un hito en el momento de su adopción porque ampliaba el potencial de protección a favor de un grupo de solicitantes de asilo especialmente vulnerable —el de los niños— (Hennessy, 2014). Además, desde la sentencia *M.S.S.* se venía debatiendo sobre si en el marco de los casos de aplicación del Reglamento de Dublín III se debían imponer requisitos adicionales a los Estados pese a no haberse demostrado deficiencias sistémicas en el procedimiento de asilo o en las condiciones de recepción del Estado miembro responsable. La sentencia *Tarakhel* constituye así un «*arrêt de principe*» en la configuración de los límites del sistema de Dublín (Morgades, 2015). Los

⁵⁶ *Ibid.*, apdo. 114.

⁵⁷ *Ibid.*, apdo. 115.

⁵⁸ *Ibid.*, apdo. 118.

⁵⁹ *Ibid.*, apdo. 119.

⁶⁰ *Ibid.*, apdo. 122.

jueces reiteran que el art. 3 del CEDH impide el traslado de los extranjeros solicitantes de protección internacional dentro del sistema de Dublín si «han demostrado razones fundadas para creer» que el solicitante correrá un «riesgo real» de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido del art. 3 del CEDH⁶¹.

A la vista de las tres razones alegadas en la demanda —lentitud de los procedimientos, plazas de acogida insuficientes y condiciones inadecuadas de las instalaciones—, el TEDH dictamina que la situación en Italia no puede ser comparada con la que ofreció Grecia en el marco de la sentencia *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, pero acepta que existía el riesgo de que los solicitantes no obtuviesen un alojamiento o fuesen recibidos en una instalación suficientemente adecuada. Esto constituiría una violación del art. 3 del CEDH.

En este contexto, el TEDH hizo referencia a las «deficiencias sistémicas» invocadas por el TJUE en la sentencia de *N.S. y M.E.* que se había pronunciado con respecto a la cuestión de los traslados realizados al amparo del Reglamento de Dublín⁶². El Tribunal de Luxemburgo había sostenido que pese a que el Sistema Europeo Común de Asilo se basa en la confianza mutua y en la presunción de que otros Estados miembros respetan el ordenamiento jurídico, tal presunción es refutable⁶³. Las deficiencias de los sistemas de asilo de los Estados miembros tenían que ser contempladas mediante el examen de la situación individual de los demandantes a la luz de la situación general que prevalece en el Estado de destino.

De manera que la sentencia *Tarakhel* abre el diálogo entre los dos tribunales europeos —TJUE y TEDH—. El TJUE había señalado que solo en el caso de «deficiencias sistémicas» podría ser impugnado un traslado; por otro lado, el TEDH pone en relieve en el caso *Tarakhel* que, aunque el sistema de acogida italiano no presentara complicaciones relevantes en términos generales, podrían existir motivos fundados que impedirían la devolución del solicitante. Así pues, la sentencia *Tarakhel* podría entenderse como una invitación al TJUE para que revisara el contenido del significado relativo a las «deficiencias sistémicas»⁶⁴ que, se-

⁶¹ STEDH, *Tarakhel v. Suiza*, *op. cit.*, apdo. 106.

⁶² Sentencia dictada por el TJUE en el marco de dos peticiones prejudiciales que tenían por objeto la interpretación del art. 3 (3) del Reglamento de Dublín y los derechos fundamentales enunciados en los arts. 1, 4, 18, 19 (2) y 47 de la *Carta de Derechos Fundamentales*, en Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E.*, C-411 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

⁶³ STEDH, *Tarakhel v. Suiza (Gran Sala)*, n.º 29217/12, de 4 de noviembre de 2014, apdo. 33.

⁶⁴ Véase también sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 2013, Abdullahi, C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813.

gún la interpretación de Estrasburgo, no afectan solo a una ruptura completa del sistema nacional de asilo y refugio sino a las condiciones *ratione personae* del solicitante en el caso particular.

El TEDH desarrolla un razonamiento jurídico sobre la inherente vulnerabilidad del niño. Refiriéndose específicamente a los menores, afirma que «es importante recordar que la vulnerabilidad extrema de la niña o el niño es el factor decisivo, y que prevalece sobre consideraciones relativas a la condición de inmigrante ilegal»⁶⁵. E incide en el argumento de que «las niñas y los niños tienen necesidades específicas, en particular relacionadas con su edad y su falta de independencia, pero también con su estatuto de personas solicitantes de asilo»⁶⁶. En estos términos, concede una referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño: «[] la Convención sobre los Derechos del Niño insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que una niña o niño que solicite el reconocimiento del estatuto de refugiado goce de protección y asistencia humanitaria, independientemente de que la niña o el niño esté o no acompañado de sus padres»⁶⁷. El hecho de que la Convención «inste a los Estados» tal y como expresa el Tribunal, a adoptar medidas devalúa la consideración que tiene el Tribunal sobre la Convención sobre los Derechos del Niño en tanto que tratado internacional que comprende obligaciones jurídicas concretas.

Este tipo de análisis sobre la vulnerabilidad, que califica al niño como inherentemente vulnerable, puede resultar llamativo y empático; pero también resulta cuestionable puesto que alimenta la idea de que los derechos del niño sirven para asegurar su bienestar y no tanto para fortalecer su protección en términos más amplios (Smyth, 2018). Puede plantear también problemas al menor proactivo, no significativamente vulnerable, que decide transitar racionalmente por los Estados en busca de protección. Un análisis más profundo sobre la vulnerabilidad debería evaluar también cómo un niño puede llegar a ser vulnerable porque sus derechos no son tenidos en cuenta (La Spina, 2020: 127-128).

Más aún, el Tribunal de Estrasburgo, en el caso *Tarakhel*, podría haber determinado que se alcanzaba el umbral de gravedad por medio del examen sobre el régimen de los derechos del niño en Italia. Y podía haber incidido en la cuestión sobre cómo vela Italia por los derechos de la infancia. Dado que el CEDH no contiene derechos específicos para los niños, podría haberse apoyado con mayor rotundidad en los derechos contenidos en la CDN. Los derechos relevantes en este marco incluyen el derecho del niño solicitante de asilo a la protección y

⁶⁵ STEDH, *Tarakhel c. Suiza*, op. cit., apdo. 99.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

a la asistencia humanitaria (art. 22); el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra su voluntad salvo que fuera necesario para el interés superior del menor (art. 9); el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27); y el derecho del niño a que su interés superior sea atendido como una consideración primordial (art. 3). El Tribunal en *Tarakhel* se apoya en la vulnerabilidad inherente del niño, y confiere a la CDN un lugar secundario en estos términos: «[] la CDN insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que una niña o niño que solicite el reconocimiento del estatuto de refugiado goce de protección y asistencia humanitaria, independientemente de que la niña o el niño esté o no acompañado por sus padres»⁶⁸.

Por otro lado, aunque limitado, es preferible este análisis sobre la vulnerabilidad frente a un examen que no se hubiera basado en la consideración del niño (La Spina, 2020: 127-128). El Tribunal destaca que las condiciones de recepción para las familias con niños que buscan asilo pueden alcanzar el umbral del art. 3 del CEDH en circunstancias menos severas que las manifestadas en el caso *M.S.S. contra Grecia*⁶⁹. Cabe señalar aquí que el Pacto Europeo sobre la Migración y el Asilo presentado en 2020 por la Comisión Europea recoge el hilo conductor que conecta la infancia con la vulnerabilidad al subrayar que «esta Comisión ha identificado las necesidades de la infancia como una prioridad, ya que los niños y niñas son especialmente vulnerables»⁷⁰.

En otras ocasiones, el TEDH ha sostenido que los niños, dada su edad y situación personal, se hallan entre las personas más vulnerables en la sociedad⁷¹. Esta vulnerabilidad se ve exacerbada cuando se trata de niños en busca de asilo⁷². La consideración de su vulnerabilidad prevalece sobre su situación de irregularidad, y conlleva una serie de medidas protectoras. Incluso, el TEDH considera que los niños no pierden sus derechos en tanto que niños por el hecho de que estén acompañados⁷³.

⁶⁸ STEDH, *Tarakhel c. Suiza*, *op. cit.*, apdo. 99.

⁶⁹ STEDH, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (Gran Sala), n.º 30696/09, de 21 de enero de 2011.

⁷⁰ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Pacto Europeo sobre la Migración y el Asilo, COM (2020) 609 final, p. 7.

⁷¹ STEDH, *Rahimi c. Grecia*, n.º 8687/080, 5 de julio de 2011, apdo. 87.

⁷² STEDH, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Migunga v. Bélgica*, n.º 13178/03, 12 de octubre de 2006, apdo. 55.

⁷³ El TEDH estimó: «[...] It [the Court] further reiterates that, as a “particularly underprivileged and vulnerable” population group, asylum seekers require “special protection” under that provision (see *M.S.S.*, párr. 251). This requirement of “special protection” of asylum seekers is particularly important when the persons concerned are

6. Conclusión

Evidentemente, la protección del niño migrante trasciende las cuestiones sobre las expulsiones sumarias y la determinación de su edad y de su vulnerabilidad examinadas en este estudio. La protección del niño migrante afecta a todo tipo de decisiones en materia migratoria. Del presente análisis se deriva la necesidad de atender a algunas de las especificidades que la protección internacional del niño demanda en la regulación de los procedimientos para determinar su estatuto de refugiado o titular de protección subsidiaria, o para reconocerle como nacional de un tercer Estado con derechos en el país de acogida por su condición de migrante.

En el marco del derecho migratorio y del asilo, el niño migrante es menos visible que el adulto. Es tratado como dependiente sin una consideración individualizada. El vínculo factual que implica ser miembro de la misma familia puede aportar un elemento de proporcionalidad en la evaluación de su condición jurídica. Pero por encima del vínculo familiar, prevalece el principio que exige a los Estados tener en consideración de manera primordial su interés superior. Este principio opera no solo como mandato *prima facie*, sino también como elemento de unificación de las fuentes del derecho protectoras del niño, *in concreto*, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

En efecto, del presente análisis se deduce que el efecto útil de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en el ámbito migratorio —en concreto, el deber de los Estados de reconocer el interés superior del niño como consideración primordial— sirve como instrumento principal de protección, más allá de las normas migratorias y del refugio.

Bibliografía

Borrás, Alegría (2010): «La evolución de la protección del niño en el derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989», en Aldecoa, Francisco, y Forner, Joaquim, (dirs.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, Madrid, pp. 11-38.

children, in view of their specific needs and their extreme vulnerability. This applies even when, as in the present case, the children seeking asylum are accompanied by their parents [...], en *Tarakhel v. Suiza (Gran Sala)*, n.º 29217/12, *op. cit.*, apdos. 118 y 119.

- Cardona Llorens, Jorge (2014): «El Interés Superior del niño: balance y perspectivas del concepto en el 25.º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño», *Revista Española de desarrollo y cooperación*, Número extraordinario, 2014, pp. 21-35.
- Cardona Llorens, Jorge (2015): «Consequences de l'entrée en vigueur du Protocole 3 à la Convention des Droits des Enfants», en *Promotion et Défense des droits de l'enfant: Enjeux théoriques, pratiques et philosophiques*, GSI, Publications de l'Université de Genève, Genève, pp. 48-54.
- Cardona Llorens, Jorge (2016a): «The General Comment N.º 14: strengths and limitations, points of consensus and dissent emerging in its drafting», in *The best interest of the child – A dialogue between theory and practice*, Council of Europe, 2016, pp. 11-18;
- Cardona Llorens, Jorge (2016b): «Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho» en Martínez García, Clara (coord.) *Tratado del Menor*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 39-44.
- Cardona Llorens, Jorge (2017): «El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño», en Sanz, Susana y Molina, Mar, (eds.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, pp. 99-111.
- Claro Quintáns, Irene, Lázaro González, Isabel (2013): *Infancia y protección internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Universidad Pontificia de Comillas y Tecnos, Madrid.
- Crock, Mary. y Yule, Phoepe (2014): «Children and the Convention Relating to the Status of Refugees», en Crock, Mary y Benson, Lenni, (eds.), *Protecting Migrant Children. In Best of Best Practice*, Elgar, p.97
- Elliott, Jessica, (2017): «Smuggled and Trafficked Unaccompanied Minors: Towards a Coherent, Protection-Based Approach in International Law», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 29, n.º 2, pp. 238-269.
- Goodwin Gill, Gill (2007): *The Refugee in International Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford.
- Hennessy, Maria (2014): «Vulnerability, the Right to Asylum, and the Dublin System», *RefLaw*, 14 de abril de 2015.
- La Spina, E., Encarnación (2020): *La vulnerabilidad de las personas refugiadas ante el reto de la integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- Mac Gregor, Marion, «More unaccompanied minors among migrants rescued at sea», *InfoMigrants*, 17 de diciembre de 2020.
- Mcadam, Jane (2006): «Seeking asylum under the Convention on the Rights of the Child: a case for complementary protection», *International Journal of Children's Rights*, n.º 14, 2006, pp. 251-274.
- Morgades Gil, Silvia (2015): «El sistema de Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de

la pérdida de la confianza mutua. Comentario a la Sentencia del TEDH de 4.11.2014 (Gran Sala), *Tarakhel c. Suiza*, 29217/12», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 51, pp. 749-768.

Schumacher, Guenter, Löschner, Jan, Sermi, Francesco, (2019): *JRC Technical Reports, Data on Children in Migration*, Comisión Europea, Bruselas.

Smyth, Ciara (2018): «The jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to child migrants», en Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi, Senovilla, Daniel, (eds.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar, pp. 104-156

Unicef, *Every Child's Birth Right: Inequities and Trends in Birth Registration*, UNICEF, 2013.

Asilo por razones de género: repensando un régimen jurídico todavía en proceso de construcción

Víctor Merino-Sancho
Universitat Rovira i Virgili

Introducción

El estudio del derecho de asilo debe partir de una comprensión de las características de las movilidades transfronterizas y la respuesta jurídica que se han dado. Esto ha llevado a distinguir entre desplazamientos forzados y voluntarios (Castles, 1993; Joly, 1999), aunque esta distinción haya sido cuestionada en diversas ocasiones (de Lucas, 1995; Joly, 2006), convirtiéndose en paradigma de los primeros las corrientes de refugiados y solicitantes de asilo. En las páginas que siguen se promueve un análisis histórico de las respuestas jurídicas dadas ante una realidad que ha atraído recientemente la atención de la comunidad internacional y que ha justificado ciertos cambios en el régimen de asilo en la mayoría de los países. Me refiero a los supuestos de persecución por motivos de género y las solicitudes de asilo. Es decir, cuando las refugiadas huyen por razones relacionadas con el género, o cuando la persecución reviste formas que tienen que ver con estas mismas razones. A continuación, y teniendo en cuenta que han pasado ya más de trece años desde la aprobación de la Ley reguladora del derecho de asilo que por primera vez introdujo entre los motivos de persecución las razones de género y algunos actos de violencia sexual y/o de género, se propone un análisis o reflexión sobre el estado actual del régimen de asilo. Esto nos permitirá hacer una valoración sobre las medidas adop-

tadas para los retos inicialmente considerados e identificar aquellos aspectos que merecen una mayor reflexión.

1. Marco normativo y conceptual

Es necesario recordar que la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados (denominada Convención de Ginebra de 1951)¹, prevista en su artículo 1(A)2, requiere para el reconocimiento del estatuto de refugiado la prueba individual de diversos elementos: primero, la persecución o el temor fundado a ser perseguido, ejercida por un agente estatal o por la renuencia o incapacidad de proteger por parte del Estado del que se es nacional. Segundo, que el motivo por el que se huye a un tercer país sea uno o varios de los motivos establecidos en la Convención, cuales son: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social y opiniones políticas. Tercero, que exista un nexo de causalidad entre los dos elementos anteriores. Esto es, que la persecución o el temor a sufrirla se deba a uno o varios de los motivos convencionales.

En este contexto, la premisa de la que parto es que esta regulación no estaba pensada para las experiencias de persecución cuando estas se debían a motivos de género, hasta que las regulaciones nacionales comenzaron a prever alguna respuesta explícita. Con todo, y a pesar de haberse previsto, en ocasiones estas respuestas han supuesto interpretaciones o directrices poco pacíficas o han otorgado una protección menor que para el resto de los motivos. Como trato de argumentar en lo sucesivo, ha sido esta disonancia entre la normativa y las circunstancias actuales una ocasión perdida para extender de forma efectiva la protección del estatuto de refugiado a quienes se enfrentan a la violencia de género, lo que todavía hoy sigue siendo problemática. Finalmente, se proponen razones y argumentos para una reflexión crítica sobre el marco normativo europeo que tienda a asegurar la protección de las refugiadas y sus derechos.

Dos impedimentos relevantes para una evolución del derecho de asilo orientada hacia la inclusión de los supuestos de hecho asimilables a los motivos inicialmente incluidos en el texto convencional han sido la vaguedad y rigidez conceptual del marco jurídico de referencia, así

¹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas. Naciones Unidas, convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950.

como la falta de voluntad de los Estados para modificarlo (Fitzpatrick, 1996). Mientras la rigidez se debe a las dificultades para la modificación de la Convención de Ginebra, la vaguedad exige una interpretación (piénsese en la indefinición de los motivos convencionales o en el propio término de persecución) que ha dado resultados en un doble sentido. De un lado, ha permitido que en ocasiones se extienda la protección de la Convención a estas nuevas realidades, por ejemplo, a algunas de las demandas basadas en el género. De otro, se ha interpretado el asilo en ocasiones de modo restrictivo en relación con situaciones similares a las anteriores alegando que *stricto sensu* no tienen cabida en el marco convencional.

En relación con esto, el carácter normativo del concepto de refugiado se pone de manifiesto al exigir la concurrencia de determinados elementos para reconocer el estatuto (Skran, 1992), cuyo significado se ha ido construyendo mediante las interpretaciones por parte del Comité ejecutivo del ACNUR principalmente, así como por los órganos judiciales nacionales e internacionales. En este sentido el exilio significa una huida individual por un temor fundado a la persecución basado en unas razones o motivos determinados (Tuit, 1999; Goodwin-Gill, 1989). Esto ha provocado que las situaciones de vulneraciones generalizadas de derechos humanos, conflictos armados, inestabilidad social y las restricciones en el acceso a los recursos, caracterizadas porque la violencia es generalizada y siempre que no se deban a un motivo convencional, han quedado fuera del ámbito de protección del derecho de asilo (Gunning, 1990). No obstante, la interpretación del régimen ha permitido en ocasiones revisiones en favor de los refugiados de facto (*refugee-like situation*, según el ACNUR), a quienes se ha extendido el mandato del ACNUR aun cuando su situación no se deba a las causas convencionales (Roberts, 1998). De ahí que convenga reflexionar todavía sobre la aplicabilidad de la protección a otros supuestos en un proceso similar al que se ha producido para estos refugiados *de facto*, aceptando los elementos convencionales (Joly, 2006). Cuestión distinta sería que el régimen alterara los requisitos o elementos.

2. Viejas nuevas formas de protección: el impacto del género en la definición de refugiado

De acuerdo con los datos del ACNUR, las mujeres han representado más del 50% de la población refugiada mundial de los campos bajo mandato del ACNUR hasta recientemente. En el último año, los hombres han subido hasta el 51,69% en los campos ubicados en países colindan-

tes al país del que se huye. No obstante, se sigue produciendo un incremento del número de mujeres en las figuras en las que menor protección existe puesto que el número de desplazados internos ha aumentado (hay diez millones más de desplazados internos que de refugiados que cruzan frontera), llegando a ser el 51,77% de la población desplazada internamente². Por el contrario, cuando se consideran las cifras de solicitudes de asilo individuales en terceros países su presencia disminuye (hasta el 41%), probablemente porque este tipo de movilidad requiere contar con recursos suficientes para emprenderla (Mckay, 2003)³.

Si bien en la mayoría de las ocasiones los motivos de huida se corresponden con los convencionales, desde finales del siglo xx se produce la denominada «feminización» del asilo y de las experiencias persecutorias. Con dicho término se alude a las experiencias de persecución en las que el género es el motivo o la violencia de género la forma que reviste el acto de persecución (Roberts, 2002: 191 y 194). Supuestos ambos que, de acuerdo con el régimen convencional, se excluían en un primer momento de la protección del asilo debido a la interpretación restrictiva de dicho marco y por cuanto la violencia de género no se consideraba lo suficientemente grave para constituir un acto de persecución (Heyman, 2005: 730 y McKay, 2003: 454 y 455).

El reconocimiento del género como una dimensión susceptible de singularizar las experiencias de persecución debe hacer frente a diversos obstáculos, especialmente si el régimen de asilo se considera androcéntrico y se pretende subvertir dicho presupuesto, al menos porque esto exige revisar cómo se ha configurado el propio régimen y sus elementos. Ante la negativa por parte de los Estados a modificar la Convención —por los riesgos de restringir todavía más el régimen si esta se abre para su modificación—, las propuestas que se plantean tienden a reinterpretar sus elementos para asegurar el encaje de estas demandas, aunque no exista consenso al respecto ni una interpretación exenta de críticas.

² Pueden consultarse las estadísticas oficiales sobre la población refugiada y demás aspectos en los informes anuales emitidos por el ACNUR o sus bases de datos. *UNHCR – Statistics & Operational Data* (en línea) <https://www.unhcr.org/globaltrends2019/> consulta en 23 de septiembre de 2020.

³ En esta misma línea, de acuerdo con los datos oficiales de la Oficina de Asilo y Refugio y el Ministerio de Interior, los datos muestran que en España se acorta un poco la proporción de solicitantes de asilo hombres y mujeres en 2019 (54,56% y 45,43%). A pesar de tener estos datos, insisto en que no hay un desglose de datos sobre el reconocimiento del estatuto según los motivos, lo que sería lo más oportuno para poder hacer análisis completos sobre la materia que nos ocupa. OAR: Asilo en cifras 2019: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2019_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13 (última consulta 25 de septiembre de 2020).

En primer lugar, respecto a la ausencia del género como motivo convencional, las reticencias a considerarlo en relación con el resto de motivos o la falta de reconocimiento de la gravedad de los actos de violencia de género han tenido como efecto más inmediato que se haya recurrido a la categoría de «pertenencia a un determinado grupo social» de forma irregular (Musalo, 2010). Con todo, se ha señalado en diversas ocasiones que esta interpretación exige una prueba de mayor intensidad y que con demasiada frecuencia el género ha sido rechazado como criterio que conforma el grupo, por lo que cabe una cierta especificidad del colectivo cuando hay razones relativas al género (Musalo, 2003). De hecho, esto ha llevado a considerar como criterio constitutivo del grupo haber sido víctima de un acto de violencia de género. Esto es, se ha interpretado que las víctimas de violencia de género conforman un grupo social determinado, lo que no ha sido una solución adecuada o pacífica porque cada uno de los elementos debe concurrir por separado, según las reglas de procedimiento para el reconocimiento del estatuto y la mayoría de interpretaciones jurisprudenciales; en estos casos, la violencia constituye la determinación del grupo, es decir, el motivo pero también la persecución. Con todo, su excesiva utilización en los ordenamientos que así han procedido ha producido una visión reduccionista de las cuestiones de género, de forma general, y en particular de la violencia contra las mujeres basada en el género por parte de los agentes administrativos o judiciales (Kelley, 2001 y Anker, 1992).

En segundo lugar, la introducción del género como categoría corre el riesgo de tener como consecuencia la despolitización de estas demandas y de las experiencias de persecución, promoviendo la protección subsidiaria (o secundaria) que se caracteriza por tener carácter excepcional y/o de menor contenido que el asilo. A mi parecer, esto puede darse a causa de la falta de concreción y rigor con la que los operadores jurídicos y los agentes que intervienen en un proceso de asilo recurren al género. Además, su incorporación como dimensión relevante del asilo se efectúa solo en algunos ordenamientos nacionales, a través de la adopción de guías o directrices interpretativas, entre las que encontramos las del ACNUR. Estas suelen constituir buenas prácticas para garantizar mayor seguridad jurídica a las demandantes de asilo. Sin carácter exhaustivo, destacan las experiencias de Canadá, Estados Unidos y Reino Unido, que han tenido una mayor trayectoria y han adoptado diferentes visiones (Merino, 2012). De forma progresiva esta práctica se ha extendido a otros ordenamientos, aunque no así al español. Se trata de documentos o directrices nacionales dirigidas a los agentes que intervienen en los procesos de determinación del estatuto y, a pesar de no ser documentos vinculantes, ni de rango legal, suelen

incluir interpretaciones jurisprudenciales sobre los elementos que componen el estatuto de forma que promueven su determinación.

Comienza así un giro en el tratamiento jurídico de las demandas de asilo fundadas en el género mediante una interpretación extensiva de sus elementos (Kelley, 2001: 560 y 561). Esta (re)interpretación, no obstante, no ha modificado ni los caracteres, ni los presupuestos del régimen de asilo. Ha significado, puede decirse, un intento de adaptar cada uno de los elementos para tutelar realidades y experiencias de persecución previamente excluidas, pero se ha caracterizado por ser irregular y causar contradicciones no solo en ordenamientos distintos (algo lógico), sino también en un mismo ordenamiento. Sobre todo por cuanto dicho régimen se construye a partir de un proceso de neutralización y naturalización de las experiencias y rasgos masculinos (que se han entendido como universales), lo que causó que las experiencias de las mujeres basadas en el género se excluyesen de la protección del asilo inicialmente (Oxford, 2005 y Spijkerboer, 2000), y en todas las fases del desplazamiento; desde la salida del país de origen, durante la movilidad transfronteriza, hasta la entrada en el país donde se solicita asilo (Boyd, 2006).

No obstante, insisto, tras la intensa labor del ACNUR y la aprobación de directrices nacionales específicas que contienen criterios interpretativos del marco favorables a la inclusión de estas experiencias, se ha llegado a un cierto consenso sobre la consideración del género como un criterio que puede singularizar los actos de persecución o incidir en la huida y, por tanto, también en la demanda de protección (Pendo Berkowitz, 2006). En este sentido, pueden darse tres escenarios:

- i) que el acto persecutorio se base en el género (es decir, que el daño que se cometa sea un tipo específico de violencia basada en el género), aunque el motivo por el que se huya no sea el género sino uno de los expresamente previstos en la Convención. Entre otros, es el caso de la violencia sexual como acto de persecución que se produce por profesar unas determinadas opiniones políticas;
- ii) que el acto persecutorio no sea un acto de violencia de género, pero la persecución sí ocurra por motivos de género. Por ejemplo, las agresiones físicas contra una mujer que ha transgredido normas discriminatorias en tanto que impongan obligaciones injustas solo para las mujeres; o
- iii) que el acto persecutorio sea un acto de violencia de género y que no concorra ninguno de los motivos establecidos en la Convención, sino que se deba a motivos de género. El paradigma

de este supuesto es la violencia intrafamiliar basada en el género. Aquí reside la laguna normativa si el género no se considera un motivo de persecución, o al menos si no se reinterpretan los motivos de forma adecuada.

En definitiva, estos tres escenarios guardan relación por la mediación del género. Tanto si se esgrime como motivo de persecución como si el acto persecutorio es violencia basada en el género. Sin embargo, la interpretación sigue sin ser pacífica y ha provocado que el reconocimiento del estatuto de las demandas por estos motivos dependa del país en el que se solicita, que en el ámbito de la Unión Europea la solicitante no puede libremente decidir debido a las estrictas normas de determinación del estado responsable del examen de la solicitud. A consecuencia de ello, urge repensar el reconocimiento del género o su posible toma en consideración para reinterpretar el resto de los motivos, tanto porque existe cierto acuerdo en el carácter androcéntrico de este régimen, y porque se debe subvertir dicho presupuesto para integrar estas demandas de un modo coherente y garantista (Merino, 2012).

3. La incorporación del género en los regímenes de asilo Europeo y Español

Con anterioridad he sugerido que ha habido una interpretación extensiva del marco jurídico en relación aquellas demandas cuyas peticionarias alegan una persecución que reviste forma de violencia de género o se debe a motivos de género. Es decir, cuando la solicitud se basa en motivos o en métodos de persecución («methods of persecution») ⁴ relacionados con el género. Cabe reiterar que las posibilidades de que el género sea un factor o dimensión concluyente en una experiencia de búsqueda de asilo son diversas. Por ello ahora me ciño a constatar la evolución habida al respecto al incorporar ambas dimensiones de forma explícita en el ordenamiento jurídico, que a su vez evidencia la exclusión previa de las experiencias de las mujeres que solicitaban protección alegando dichos motivos.

⁴ En lo sucesivo sugiero estos términos siguiendo a Folkelius y Noll, quienes prefieren dicha denominación porque consideran que la relación de causalidad no se basa en el género o el sexo de las víctimas, sino en la ideología del agente persecutorio. De lo anterior se desprende que las mujeres no son perseguidas exactamente porque sean mujeres, sino porque quiebran la normatividad social que se les impone por serlo (Folkelius y Noll, 1998: 611 y 612).

Por lo que se refiere al régimen europeo, cabe destacar la consolidación del Sistema Europeo Común de Asilo (conocido por su acrónimo, SECA) en los últimos años. En él, se establecen las directrices para el desarrollo de una política común en materia de asilo e inmigración en un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea que se crea con el Tratado de Amsterdam cuando el asilo pasa a ser un asunto de «cooperación reforzada». El SECA se materializa con la aprobación de los textos que conforman la normativa de asilo, que contiene los criterios para la determinación del Estado responsable de examinar la solicitud de asilo, una definición común de los elementos y las normas que constituyen el contenido mínimo del régimen europeo de asilo⁵.

En este marco, la Directiva 2011/93/UE resume las contribuciones más relevantes en este proceso de convergencia en relación con las cuestiones que nos atañen, tratándose además del único ámbito en el que se ha incorporado el género. La Directiva define por primera vez los conceptos propios del régimen de asilo en sede europea, y entre ellos sus elementos clave. En relación con el acto de persecución (artículo 9), es sumamente relevante que se haya incluido la discriminación. Según esta, se consideran actos persecutorios las medidas de todo tipo que sean discriminatorias, o las que no lo sean pero produzcan discriminación de forma indirecta, siempre que procedan de instancias públicas. Asimismo, se mencionan de forma expresa los actos persecutorios basados en el género, afirmando su categorización y la gravedad del fenómeno violento.

De igual modo, se incluyen entre los posibles agentes de persecución (artículos 6 y 7) no solo el Estado y los agentes estatales que actúan en su nombre, sino también los agentes privados, si se demuestra que los primeros no han garantizado protección contra la persecución. Se trata, por tanto, de una definición amplia que permite afianzar la protección del estatuto para aquellos casos en los que el agente no

⁵ Me refiero respectivamente al Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, así como la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Todos textos refundidos de unos primeros documentos aprobados entre 2003 y 2005.

tiene carácter estatal, lo que con anterioridad suponía un motivo de exclusión frecuente de las demandas por violencia intrafamiliar o en la pareja (Heyman, 2005).

La Directiva reitera los motivos de persecución reconocidos en la Convención de Ginebra, pero a continuación añade una cláusula que alude a la idea de la percepción externa de la persecución. Según esta, la situación de desprotección se constata cuando el nexo entre el motivo y el acto persecutorio se infiere de la percepción del agente persecutorio y no tanto porque efectivamente concurra el motivo en la persona del solicitante (artículo 10.2). En relación con los motivos de persecución (artículo 10), la Directiva aporta pocos cambios al marco convencional, pero destaca su definición de la pertenencia a un grupo social determinado. En dicha cláusula, se proponen dos criterios acumulativos para identificar el grupo: i) el primero alude a «las características protegidas». Según este criterio, la individualización y adscripción a un grupo se produce como consecuencia de la identificación de una característica común. ii) El segundo enfoque se refiere a la «percepción social» (también llamada percepción externa). De acuerdo con esta, la percepción del grupo como tal por parte de los agentes externos es suficiente para apreciar su existencia a efectos de determinar el estatuto. Esto es, el grupo se singulariza porque la sociedad en la que radica lo identifica como tal.

Así mismo se añade que «los aspectos relacionados con el sexo de la persona se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo» (art. 10.1.d *in fine*). En este apartado se contemplan referencias relativas al género que determinan su apreciación como elemento constitutivo de un grupo social determinado, incluso cuando la comisión del acto sea debida a la percepción que los agentes tengan de dicho grupo. Ambas son cuestiones significativas para garantizar la protección del estatuto para los casos estudiados, puesto que permiten garantizar la inclusión de aquellas conductas, políticas, medidas o acciones que se fundamentan en discursos o medidas discriminatorias por razón de género, al menos porque si se huye por estos motivos no es necesario determinar que sí existe dicho grupo, lo cual suponía una carga de la prueba mayor para la solicitante de asilo. No obstante, sigue requiriéndose la prueba de dicha persecución en estas circunstancias, lo que en mi opinión requiere una revisión o previsión explícita de estos supuestos al menos en lo que se refiere a las normas de procedimiento de la determinación del estatuto. Con todo, esto supondría la modificación sustancial de los elementos rígidamente establecidos en la Convención de 1951.

Hay cierto acuerdo en la doctrina al entender que las demandas de asilo que se fundamentan en la adscripción del sujeto a un grupo social determinado se someten a una mayor exigencia de prueba, además de negar cualquier carácter social y político a las relaciones de género que pueden causar persecución. En relación con las dificultades para constatar la existencia del grupo, cada ordenamiento establece los requisitos, pero en general la demandante debe probar: i) que existe un temor fundado; ii) que el criterio constitutivo del grupo es el motivo de este temor; iii) que el temor es suficiente para constituir persecución; iv) que existe una razonable posibilidad que exista dicha persecución si la demandante vuelve a su país de origen; y v) que no existen garantías eficaces de protección de su persona por parte del Estado del que es nacional (Roberts, 2002). Este ha sido el motivo recomendado por parte del ACNUR, pero debido a dicho nivel de exigencia y las dificultades para determinar el rasgo constitutivo del grupo, los operadores jurídicos han sido reacios a considerar el género como tal, y esto ha llevado a su vez a interpretaciones diversas que acaban negando el acceso a la protección (Macklin, 1995).

4. La consolidación de un reconocimiento insuficiente para una protección efectiva

Sintéticamente pueden distinguirse tres tendencias en relación con el tratamiento jurídico posible a las demandas de asilo por motivos de género o cuando el acto persecutorio revista forma de violencia de género por parte de la doctrina: i) incorporar una sexta categoría de género, rechazada por las dificultades de modificar la Convención y por el riesgo de hacer persistir el carácter extraordinario de la protección; ii) reinterpretar los motivos políticos al acentuar el origen social y político de la discriminación por género y la violencia; y, iii) mantener la pertenencia al grupo social determinado como motivo.

El principal riesgo de la inclusión del género entre los motivos es esencializar las identidades y experiencias de las mujeres que plantean estas demandas. Es decir, que se concentren las demandas de asilo en una única categoría por el solo hecho de ser interpuestas por mujeres, haciendo persistir el carácter extraordinario de la protección al distinguir entre «casos normales» y «casos de mujeres» (Spijkerboer, 2000). Otra posibilidad es admitir que la violencia y la discriminación de género tienen carácter político. En este caso no se redonda en la excepcionalidad de los «casos de mujeres», porque se trata además de uno de los motivos convencionales. De producirse esta interpretación, sin embargo, surgen dudas acerca de si los órganos decisores buscarán el contraste

con las experiencias masculinas de persecución política. En mi opinión, conviene promover interpretaciones que equiparen motivos y no que exijan la equiparación de las conductas para acceder al estatuto de refugiado. En este sentido entiendo que la inclusión del género como un motivo puede evitar este obstáculo en pos de dicha equiparación.

En relación con la tercera propuesta, el impedimento a una protección adecuada no solo ha sido la mayor exigencia de prueba, sino los problemas para determinar el rasgo constitutivo del grupo. Persiste el rechazo a considerar que lo sea el género, pero también se constatan riesgos si dicha identificación se basa entre otros en aunar género y origen étnico. Principalmente debido a que el régimen de asilo no solo se erige sobre presupuestos androcéntricos, sino que del mismo modo consolida una dicotomía entre protectores y víctimas de un modo etnocéntrico. Cuando la demanda se basa en actos de persecución que resisten la forma de violencia basada en el género, el énfasis en el origen cultural y racial enfatiza el carácter de «otredad» con el que se construye la identidad de las mujeres de otras sociedades (Oxford, 2005).

Este «diferencialismo culturalista» percibe a las solicitantes de asilo por motivos de género como meras víctimas necesitadas de protección, creando el denominado humanitarismo débil que justifica dicha protección en valoraciones no sobre los actos violentos concretos, sino sobre un contraste entre nuestra sociedad (protectora) y la otra (que es violenta y causa víctimas). Sugiere Brah que este «etnicismo» o «exotismo» (Brah, 1993) crea identidades raciales monolíticas y estáticas al eludir cualquier otro rasgo y reducir cualquier diferencia al distinto origen étnico atribuyéndole un carácter exótico que justifica la separación entre comunidades sociales por la victimización de las mujeres.

Traigo aquí este concepto porque permite entender el proceso de identificación en el que también incurren los agentes implicados, en especial en el caso de alegar un distinto origen étnico y género en las demandas que recurren a la pertenencia a un grupo social determinado, si de acuerdo con la Directiva se insiste en este motivo. De presumir ambas como criterios configuradores del grupo se genera una mayor dicotomía entre víctimas/protectores, porque esto obvia que, en cualquier sociedad, también en las de recepción, existen muchos otros ejes y variables sociales de cuyo cruce se generan identidades heterogéneas y diversas (Calavitta, 2005). Es entonces cuando cobra sentido, además, introducir la lógica decolonial para entender que el derecho de asilo requiere de una revisión global que vaya más allá de la mera introducción del género como motivo y los actos persecutorios basados en él.

Las teorías decoloniales tratan de mostrar cómo la racialidad de las epistemologías y de las ontologías se construyen desde Occidente (Mar-

tínez, 2019), dando a su vez carácter político a las estructuras sociojurídicas que tienen que ver con la movilidad humana, como el asilo. Frente a ello, su propuesta es «recuperar conceptos tales como sistema-mundo, centro-periferia, geopolítica y eurocentrismo para, desde allí, avanzar en la problematización de la modernidad como proceso material y simbólico que no puede pensarse por fuera de su relación con prácticas políticas, culturales, económicas y epistémicas que resultaron en la conformación de una cartografía mundial que reservó lugares desiguales para distintos países, regiones y poblaciones. Cuestión que conduce a mirar la modernidad desde su violencia constitutiva» (Soria, 2015: 69). Esta mirada al presente teniendo en cuenta el proceso (histórico, podemos añadir) de conformación sugiere que la narrativa de las refugiadas debe tener en cuenta este *background*, tanto en relación con los elementos a examinar como con el ámbito espaciotemporal a tener en cuenta.

Esta posibilidad puede dificultar el análisis de las realidades sociojurídicas actuales pues puede exceder del examen individual ante las demandas de protección, pero creo que puede servir para reflexionar y evaluar el asilo en clave explicativa y política justamente porque permite entender los flujos migratorios y los desplazamientos, sin obviar cómo las categorías género o sexualidad (que tienen un fuerte componente colonial) siempre influyen. En otras palabras, las características y orientaciones de los flujos migratorios y los desplazamientos se explican en parte por este proceso.

En este sentido las teorías decoloniales explican cómo las categorías e identidades se han construido desde la colonialidad del saber, desvalorizando y suprimiendo la producción de significados, universos simbólicos e incluso las distintas subjetividades (Quijano, 2000). A mayor abundamiento urge aplicar este marco teórico porque también sirve para explicar cómo el binomio hombre/mujer ha determinado y configurado la realidad occidental y, por tanto, casi universal. Podemos decir que «el binomio hombre-mujer no solo es uno entre muchos, sino que es el único que atraviesa y hace posible el establecimiento de los restantes, al proporcionarles la propia matriz de la diferencia de la lógica binaria y del respectivo código de valores jerarquizante. () [E]s importante recordar que ni las transformaciones en las relaciones de poder de género ni los desplazamientos de la línea colonial deshicieron la lógica sexuada en la que se basa la producción de abismos civilizadores, incluido el que sostiene la propia definición de Occidente y toda una normativa liberal europea que se expandió globalmente» (Martins, 2019: 495). Reitero, desde entonces el género es constitutivo y origen de estructuras, relaciones e identidades.

Esto es, ha sido desde esta colonialidad que el género se ha constituido como rasgo, categoría o eje sobre el que se atribuyen significa-

dos, espacios, tiempos y valores a cada uno de ellos. Por tanto, aunque parece sencillo determinar el significado del género en el régimen de asilo, requiere de una consideración más allá de la mera introducción de dicha categoría entre los motivos o de la violencia sexual en los actos persecutorios. Por esta razón, el proceso de decolonialidad debe partir de esta lógica binaria y del código de valores jerarquizados (lo masculino sobre lo femenino, por ejemplo). Con mayor motivo porque la decolonialidad del género permite además una crítica global a la opresión capitalista racializada heteronormativa y generizada desde sus raíces, como sostienen Anzaldúa (2016), Tamale (2011) y Lugones (2010).

Desde esta localización es posible identificar y recurrir a la interseccionalidad de los distintos y complejos sistemas de opresión, teniendo en cuenta la advertencia de Spivak sobre cómo la subalternidad ha afectado con mayor intensidad a las mujeres, modificando también el sentido de algunos ejes como puede ser el de la racialidad (Spivak, 2011: 70). Es por ello que frente a la desigualdad y, por tanto, a las posiciones de subalternidad, merece un especial examen qué posiciones se ocupan y en qué relaciones se producen. Por ejemplo, las mujeres ocupan una situación de subalternidad en aquellos escenarios en los que los hombres blancos protegen a las mujeres de piel oscura de los hombres de piel oscura (Spivak, 2011: 77). De igual modo ocurre con las mujeres refugiadas, cuya protección no puede motivarse nunca en nociones paternalistas y etnocéntricas de vulnerabilidad alejadas del paradigma de los derechos (Tamale, 2011; Anzaldúa, 2016). Es posible identificar cierta tendencia en este sentido, por ejemplo, con la creación de la protección temporal para desplazados que han huido de sus países por motivos que no se correspondían exactamente con los requisitos del asilo, que surge y se consolida en la normativa de extranjería con un contenido menor: la autorización de residencia temporal por razones humanitarias. Si bien no se incumple ninguna obligación internacional al preverla, esta figura atrajo la protección concedida en un primer momento a las demandas de protección por actos violentos relacionados con el género en nuestro ordenamiento. Esto se ha interpretado como suficiente para dar respuesta jurídica a estas demandas, sin necesidad de revisar, por tanto, el régimen de asilo.

5. Retos para la protección efectiva en demandas basadas en el género

En este orden, para evitar los problemas que plantea considerar el origen cultural en tanto que social de la violencia con una determinada

identidad cultural, cabe insistir en que este mismo origen estructural (de la discriminación y la violencia) también tiene lugar en las sociedades de recepción (Volpp, 2003). Con este objeto, se debe apreciar el origen social y estructural de la discriminación por razón étnica o racial, pero también que los sistemas y estructuras de dominación de género la causan y se entrecruzan con los anteriores (Narayan, 1997). Para combatir la dicotomía víctimas/protectores, que es fruto de la percepción asimétrica de las sociedades, cabe observar la influencia de otras dimensiones sociales que junto al género concurren en la comisión efectiva de este fenómeno violento. A mi parecer, cabe apreciar aquí los motivos convencionales de raza y género —entendido como razones políticas—, pero no un determinado grupo social.

La determinación del origen social de la discriminación y la violencia debe ir en este sentido para eludir, insisto, la creación de gradaciones jerárquicas de tipos de violencia. Cabe advertir aquí que no es posible conocer cuál está siendo la práctica habitual de los agentes de asilo, ni las cifras sobre estas demandas puesto que no hay datos desglosados sobre motivos y actos persecutorios, entre otros, respecto de las demandas de protección de asilo en España. A fecha de hoy, más de trece años después de la aprobación de la vigente ley de asilo, no es posible acceder a esta información, ni existe un reglamento que pudiera complementar el marco de referencia y el procedimiento con una perspectiva de género.

Frente a este escenario, las opciones propuestas parten de reconocer la influencia del género en todas las etapas del desplazamiento:

1. En su origen, por ser causa de la persecución o del temor fundado a sufrirla. Esto debe admitir de un lado la interpretación del género como motivo político, siempre que no implique que los agentes encargados de reconocer el estatuto traten de equiparar estas conductas a las que ahora han motivado el reconocimiento.
2. En relación con el desplazamiento, se deben articular todos los mecanismos para evitar toda forma de discriminación y violencia, así como cualquier posible victimización secundaria. El desplazamiento, como la huida y la llegada, está mediada por el género. Esto significa que en muchas ocasiones el desplazamiento condiciona el relato o puede hacer más difícil si cabe la posibilidad de crear un relato autorreferencial creíble y coherente. Cuando esto ocurra, el país de recepción debe garantizar el acceso efectivo a los tribunales de quienes se hayan enfrentado a ellas.

3. Por lo que se refiere a la llegada al país de recepción, cabe atender a las posibles especificidades de los desplazamientos motivados en razones de género. Con este objeto, cabe fomentar nuevas normas procedimentales y la especialización y formación específica de los agentes implicados en los procesos de determinación del estatuto de refugiado (Kelly, 1993), así como la previsión de centros o servicios especializados o sensibilizados en este mismo sentido (Merino, 2012).

Según cuanto hemos dicho hasta ahora, debido a las características del procedimiento de asilo y su exigencia de una narración autorreferenciada, en muchas ocasiones los agentes examinan las demandas con criterios o estándares occidentales diferentes de lo vivido por los refugiados. Probablemente, el reto esencial sigue siendo articular medidas o herramientas jurídicas que permitan partir de las relaciones y estructuras sociales que nos conforman y han conformado, e instrumentos que hagan posible identificar los contextos, las posiciones y los ejes que se cruzan en origen y que seguramente habrá condicionado el desplazamiento. Esto exigiría una revisión no solo de la forma de concebir el género, sino de todas las normas que forman el régimen de asilo y, por tanto, también de las normas procedimentales y de las normas de recepción y acogida. Es fundamental, pues, una revisión con una perspectiva de género que incluya la interseccionalidad como herramienta, y que permita adecuar procedimiento y acogida a las identidades resultantes. Por ejemplo, preparar los centros de atención y acogida a desplazadas para posibles situaciones específicas relevantes, así como para crear y desarrollar programas de atención para determinados colectivos.

Una práctica o modelo paradigmático que integra una perspectiva de género en origen y procedimiento y la mirada interseccional es el Modelo «Diferencia, Estigma, Vergüenza y Daño»⁶ (en inglés *Difference, Stigma, Shame and Harm*, por cuyo acrónimo es conocido: DSSH). Aunque todavía no ha sido integrada por parte de la jurisprudencia española, sí ha sido admitido y promovido por instancias diversas. Entre ellos, algunos abogados de asilo de Reino Unido, Nueva Zelanda,

⁶ Como su nombre indica, este modelo sugiere que la credibilidad del discurso se valore a partir de estos elementos. En particular, que se explore cuanto tenga que ver con «las percepciones, sentimientos y experiencias de la demandante de asilo por lo que se refiera a la diferencia, el estigma y la vergüenza que le cause o provoque el hecho de no adherirse a las expectativas de género o heteronormativas» (Dawson & Gerber, 2017: 294). Este enfoque permite evitar valoraciones, además de considerar o valorar las distintas dimensiones que pueden afectar a sujetos distintos en contextos diferentes o similares (Dawson & Gerber, 2017).

Alemania o los países escandinavos, además de haber sido reconocida como una buena práctica por parte del ACNUR (Dawson & Gerber, 2017). Este modelo surge y se orienta a resolver parte de los problemas que se han sugerido en las páginas precedentes al ser una práctica orientada a evitar aproximaciones sexistas, heteronormativas y etnocéntricas. Se trata de un mecanismo específico de protección que pretende dar respuesta a las demandas de asilo por parte de mujeres no heterosexuales, sin incurrir o causar discriminación por razón de género y orientación sexual, ni en interpretaciones ancladas en imaginarios occidentales que todavía hoy persisten en el régimen de asilo. Con este objeto, promueve una interpretación de las demandas y un enfoque de las entrevistas por parte de los agentes de asilo que se concentre en la valoración del daño sufrido (centrar el examen en el acto y no ya en la identidad) y la persecución (o el temor a sufrirla), con objeto de no basar sus decisiones en prejuicios sobre expectativas, roles o estereotipos de género que la comunidad social impone (Dawson & Gerber, 2017). Se trata de un enfoque que valoraría el carácter externo de los actos persecutorios, promovería un relato en el que se evitaría profundizar en aspectos íntimos y permitiría a la demandante construir un relato personal o subjetivo en el que se mostraría cómo sus derechos habían sido vulnerados.

6. A modo de conclusión

En las páginas precedentes, trato de mostrar la divergente evolución del régimen de asilo, cuyo marco jurídico de referencia se construye a partir de la Convención de Ginebra. En este contexto, se aprecia un proceso irregular e impreciso que ha impedido el fortalecimiento del régimen de asilo al menos en el ámbito europeo. Las tendencias que ha habido muestran una doble vertiente coincidentes en el establecimiento de interpretaciones y figuras que restringen el contenido del derecho de asilo. Amparadas en una lógica de control y fruto de la voluntad de los Estados para distinguir las experiencias de movilidad humana, se crean nociones como país de origen seguro, alternativa de vuelo interno o protección subsidiaria. En cambio, se evidencia el carácter dinámico del régimen en sentido positivo con ocasión del reconocimiento de aquellos actos que se cometen por agentes no estatales, o la garantía de protección para aquellas demandas cuyas peticionarias alegan «métodos de persecución» relacionados con el género. A pesar de ello, esta última interpretación ha debido enfrentar los obstáculos y debilidades de un régimen en crisis, razón por la cual, persisten ciertas deficiencias en su

tratamiento jurídico; en parte también debidas a que no es suficiente con el mero reconocimiento de este como motivo de persecución.

Conviene concluir reiterando que se propugna aquí la inscripción del género como categoría jurídica válida y aplicable en el régimen de asilo para garantizar un acceso efectivo de las refugiadas. Concretamente, se promueve entender esta categoría como una de las posibles razones políticas. Pero esta forma de concebir el género no debe limitarse a los motivos, sino que cabe promover que este régimen recupere una perspectiva de integración y tienda a una revisión de su contenido y los requisitos para el reconocimiento del estatuto, incluidas las normas procedimentales, así como el derecho aplicado en la llegada o acogida y los derechos de las refugiadas. Con el propósito de evitar procesos y/o posiciones de victimización, es necesario desarrollar medidas concretas que adviertan las singularidades en la experiencia de la movilidad también durante el curso de una movilidad y en la llegada al país de recepción.

De acuerdo con Binder y Tosic (2005), es necesario que las medidas se desarrollen atendiendo a las concepciones culturales y el «contexto biográfico» de los países de origen, sin caer en el diferencialismo culturalista entre unos y otros, de igual modo que conviene atender a las «estrategias de supervivencia y vida» en el país receptor para evitar visiones reduccionistas y victimizadoras de las refugiadas. Como se desprende de cuanto se ha dicho hasta ahora, y consciente de la tensión constante en la que se encuentran normas como la ley de asilo, la revisión del régimen que se propugna pretende garantizar una normativa orientada a la recuperación de las personas refugiadas, que deben ser consideradas no con una posición de sujetos/objetos a quienes proteger, sino como sujetos y con roles activos en la sociedad de recepción (Bhabha, 2002). Máxime cuando el contenido y la adecuación de los mecanismos de protección de derechos y, por tanto, el asilo, dependen de la garantía y el respeto a la capacidad de agencia de los refugiados.

Bibliografía

- Anker, Deborah (1992): «Determining Asylum Claims in the United States: A Case Study on the Implementation of Legal Norms in an Unstructured Adjudicatory Environment», *New York University Review of Law & Social Change*, Vol. 19, pp. 433-528.
- Anzaldúa, Gloria (2016): *Borderlands/La Frontera: The New Mestiza*, Capitán Swing, Madrid.

- Bhabha, Jacqueline. (2002): «Internationalist Gatekeepers?: The Tension between Asylum advocacy and Human Rights», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, pp. 155-181.
- Binder, Susan y Totic, Jean (2005): «Refugees as a Particular Form of Transnational Migrations and Social Transformations: Socioanthropological and Gender Aspects», *Current Sociology*, Vol. 53, n.º 4, pp. 607-624.
- Boyd, Monica (2006): «Women in International Migration: The Context of Exit and Entry for Empowerment and Exploitation» (en línea) *High-level panel on «The Gender Dimensions of International Migration»*. Commission on the Status of Women. Fiftieth session. New York. 27 de febrero a 10 de marzo de 2006. <http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw50/HighLevelPanel.html>, acceso 14 de junio de 2016.
- Brah, Avta (1993): «Difference, Diversity, Differentiation: Processes of Racialisation and Gender», en Solomos, John y Wrench, John (ed.), *Racism and Migration in Western Europe*, Berg, Providence, pp. 195-214.
- Calavitta, Kitty (2005): *Immigrants at the Margins. Law, Race, and Exclusion in Southern Europe*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, Cambridge.
- Castles, Stephen (1993): «Migrations and Minorities in Europe. Perspectives for the 1990s: Eleven Hypotheses», en Solomos, John y WRENCH, John (ed.), *Racism and Migration in Western Europe*, Oxford Providence: Berg, Providence, pp. 17-34.
- Dawson, Jasmine y Gerber, Paula (2017): «Assessing the Refugee Claims of LG-BTI People: Is the DSSH Model Useful for Determining Claims by Women for Asylum Based on Sexual Orientation?», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 29, n.º 2, pp. 292-322.
- De Lucas, Javier (1995): «Fundamentos Filosóficos del Derecho de Asilo», en *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Año II, n.º 4, enero-junio 1995, pp. 23-55.
- Fitzpatrick, Joan (1996): «Revitalizing the 1951 Refugee Convention», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 9, n.º 2, pp. 229-253.
- Folkelius, Kristina y Noll, Gregor (1998): «Affirmative Exclusion: Sex, Gender, Persecution and the Reformed Swedish Act», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 10, n.º 4, pp. 607-636.
- Gunning, Isabelle (1990): «Expanding the International Definition of Refugee: A Multicultural View», *Fordham International Law Journal*, Vol. 13, n.º 1, pp. 35-85.
- Harvey, Colin (2000): «Dissident Voices: Refugees, Human Rights and Asylum in Europe», *Social and Legal Studies*, Vol. 9, n.º 3, pp. 367-396.
- Heyman, Michael (2005): «Domestic Violence and Asylum: Towards a Working Model of Affirmative State Action», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, n.º 4, pp. 729-748.

- Joly, Danièle (2006): «Asilo europeo y convergencia global. El Refugiado: Héroe antaño, paria hogaño», en Blanco F. De Valderrama, Cristina (ed.), *Migraciones. Nuevas movildades en un mundo en movimiento*, Anthropos, Bilbao, pp. 115-138.
- Joly, Danièle (1999): «A new asylum regime in Europe», en Nicholson, Frances y Twoney, Patrick (ed.), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 336-356.
- Joly, Danièle (2006): «Asilo Europeo y Convergencia Global. El Refugiado: Héroe Antaño, Paria Hogaño», en BLANCO F. DE VALDERRAMA, Cristina (ed.), *Migraciones. Nuevas movildades en un mundo en movimiento*, Anthropos, Bilbao, Vol. 51, pp. 115-138.
- Kelly, Nancy (1993): «Gender-Related Persecution: Assessing the Asylum Claims of Women», *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, pp. 625-674.
- Kelly, Nancy (2001): «The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution. A Decade's Progress», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, n.º 4, pp. 559-568.
- Lugones, María (2010): «Toward a Decolonial Feminism», *Hypatia*, Vol. 25, n.º 4, pp. 742-759.
- Macklin, Audrey (1995): «Refugee Women and the Imperative of Categories», *Human Rights Quarterly*, Vol. 17, pp. 213-227.
- Martínez Sinisterra, Rossih (2019): «Descolonizar la praxis política, desmoronar el racismo asimilado en pueblos oprimidos», Ochoa Muñoz, Karina (coord.), *Miradas en torno al problema colonial. Pensamiento anticolonial y feminismos descoloniales en los sures globales*, Akal, Inter Pares, Buenos Aires, pp. 177-196.
- Martínez Prado, Natalia (2015): «Sujeto y performatividad», BISET, Emmanuel *et al.*, *Sujeto, una categoría en disputa*, La Cebra, Avellaneda, pp. 309-341.
- Martins, Catarina (2019): «Desalinear abismos en el reverso de lo moderno: Perspectivas feministas poscoloniales para un «pensamiento alternativo de las alternativas», De Sousa Santos, Boaventura y Sena Martins, Bruno (eds.), *El pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad*, Akal Inter Pares, Buenos Aires, pp. 487-510.
- Mckay, Leanne (2003): «Women Asylum Seekers in Australia: Discrimination and the Migration Legislation Amendment Act [N.º 6] 2001 (CTH)», *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4, n.º 2, pp. 439-466.
- Merino Sancho, Víctor (2012): *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: perspectivas y prospectivas*. Civitas Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- Musalo, Karen (2003): «Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims: A Unifying Rationale for Evolving Jurisprudence», *De Paul Law Review*, Vol. 52, n.º 5, pp. 777-808.

- Musalo, Karen (2010): «A Short History of Gender Asylum in the United States: Resistance and Ambivalence May Very Slowly be Inching Towards Recognition of Women's Claims», *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 29, n.º 2, pp. 46-63.
- Narayan, Uma (1997): *Dislocating Cultures. Identities, Traditions, and Third-World Feminism*, Routledge, New York.
- Oosterverld, Valerie (1996): «Canadian Guidelines on Gender-Related Persecution», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 8, n.º 4, pp. 569-596.
- Oxford, Connie (2005): «Protectors and Victims in the Gender Regime of Asylum», *NWSA (National Women's Studies Association) Journal*, Vol. 17, n.º 3, pp. 18-38.
- Pendo Berkowitz, N. (2006): «Gender and Asylum Law», en Peers, Steve y Rogers, Nicola (ed.), *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary*. Martinus Nijhoff Publishers. Immigration and Asylum Policy in Europe, Leiden, pp. 540-570.
- Quijano, Anibal (2000): «Coloniality of Power, Eurocentrism, and Latin America», *Nepantla: Views from South*, Vol. 1 Issue 3, pp. 533-580.
- Roberts, Adam (1998): «More Refugees, less Asylum: A Regimen in Transformation», *Journal of Refugee Studies*, Vol. 11, n.º 4, pp. 375-395.
- Roberts, Anthea (2002): «Gender and Refugee Law», *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 22, pp. 159-199.
- Skran, Claudena (1992): «The International Refugee Regime: The Historical and Contemporary Context of International Responses to Asylum Problems», en Loescher, Gil (ed.), *Refugees and the Asylum Dilemma in the West*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, pp. 8-35.
- Soria, Sofia (2015): «Sujeto y alteridad. Problemas y desplazamientos desde una perspectiva decolonial», Biset, Emmanuel, et al., *Sujeto, una categoría en disputa*, La Cebra, Avellaneda, pp. 65-97.
- Spijkerboer, Thomas (2000): *Gender and Refugee Status*, Ashgate, Aldershot.
- Spivak, Gayatri C. (2011): *¿Puede hablar el subalterno?*, El cuenco de plata, Buenos Aires.
- Tamale, Sylvia (2011): «Researching and theorising sexualities in Africa», S. Tamale (ed.), *African Sexualities. A reader*, Pambazuka Press, Nairobi, pp. 11-26.
- Tuitt, Patricia (1999): «Rethinking the refugee concept», en Nicholson, Frances y TWONEY, Patrick (ed.). *Refugee Rights and Realities*. Cambridge University Press, Cambridge, pp. 106-118.
- Volpp, Letti (2003): «On Culture, Diference, and Domestic Violence», *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Vol. 11, n.º 2, pp. 393-400.

Un *continuum* de múltiples violencias: la frontera sur desde una mirada feminista¹

Itziar Gandarias Goikoetxea

Universidad de Deusto

Beatriz De Lucas Larrea

CEAR Euskadi

1. Los impactos de la externalización de fronteras en las mujeres

La Frontera Sur española ha sido durante muchos años un enclave experimental de las políticas de externalización y militarización de las fronteras desarrolladas por la Unión Europea, convirtiéndola en un espacio de graves violaciones de los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas. En 2018 se cumplieron 30 años de la aparición en las costas españolas del primer cuerpo de una persona migrante muerta. Desde entonces, según un informe de Andalucía Acoge (2019), han sido en torno a 6714 las personas muertas o desaparecidas en su intento de llegar a territorio español. Frente a esta barbarie, la Unión

¹ Este artículo está basado en el Informe: Vidas que cruzan fronteras: un análisis feminista de la Frontera Sur de Cear Euskadi (2020). La investigación se enmarca dentro de un proceso más amplio, denominado Violencias silenciadas en la Frontera Sur: alianzas feministas en defensa de las mujeres refugiadas en tránsito que ha contado con la financiación de la Agencia Vasca de Cooperación al Desarrollo y la Diputación Foral de Bizkaia. El informe fue elaborado por Amanda Andrades González, Itziar Gandarias Goikoetxea, Ana Ferri Yáñez y Beatriz de Lucas Larrea (coordinadora) para CEAR-Euskadi, contando con el apoyo de Silvia Piris Lekuona en el diseño metodológico.

Europea (UE) —con un fuerte rol del Gobierno español— continúa con una política migratoria que pone en el centro el control y la reducción de las llegadas frente a la protección y los derechos que asisten a las personas migrantes y refugiadas.

En ese proceso de securitización, las políticas migratorias han pasado del discurso sobre la migración como «problema» a definir la frontera como un espacio de conflicto y, por tanto, una zona de excepción para los marcos legales que garantizan los derechos humanos (Maleno, 2016). Pero además, las fronteras se han ido ampliando y desplazando simbólicamente y geográficamente. Ya no se sitúan en los límites territoriales europeos (costas andaluzas y Ceuta y Melilla en el caso de la Frontera Sur), sino que engloban territorios cada vez más amplios en los que se ponen en marcha políticas de control migratorio fomentadas y financiadas por la Unión Europea. En el caso de la Frontera Sur, como señala Human Rights Watch (2014), «los abusos contra los derechos humanos cometidos por las fuerzas de seguridad marroquíes no pueden verse de forma aislada de los esfuerzos de la UE y de los Estados miembros para evitar que lleguen los inmigrantes irregulares. Este es un elemento central de la estrategia de externalización de asilo y migración, que tiene como objetivo desviar la carga y la responsabilidad de los migrantes, los solicitantes de asilo y los refugiados fuera de la UE, hacia sus estados vecinos».

Tradicionalmente los relatos en torno a este espacio fronterizo han estado marcados por una mirada androcéntrica. Sin embargo, gracias al trabajo realizado por activistas y organizaciones de derechos humanos, en los últimos años se ha comenzado a posicionar en el debate y análisis los impactos diferenciales de género de las políticas de control de fronteras (Medicos Sin Fronteras, 2010; Medecins sans Frontiers, 2013; Caminando Fronteras, 2017; Cear Euskadi, 2017; Maleno, 2018). También desde el ámbito académico diversas autoras han analizado la interacción entre las políticas de control de la movilidad y el control sobre los cuerpos de las mujeres racializadas (Freedman and Jamal 2008; Cordero y del Aguila, 2015; Tyslzer, 2015; Ruiz Jiménez, 2017) Estas autoras muestran cómo la externalización de las fronteras de la UE provoca una vulnerabilización racializada y sexuada de las personas en busca de movilidad reforzando la violencia contra las mujeres migrantes. Es decir, para entender el régimen de (no)movilidad en la Frontera Sur es preciso analizar cómo el patriarcado, el racismo, el clasismo y el colonialismo se interconectan y acrecientan en este espacio fronterizo, dejando a las mujeres en una posición de extrema vulnerabilidad ante las violencias (Cortés, 2019).

CEAR-Euskadi² lleva más de 15 años aportando una mirada feminista a los desplazamientos forzados de población. Precisamente, uno de sus principales ejes es la investigación y denuncia del impacto de la militarización y externalización de las fronteras en la falta de vías legales y seguras, generando que las personas migrantes y refugiadas tengan que realizar rutas cada vez más peligrosas, en las que la violencia heteropatriarcal se refuerza. Por ello, el objetivo de la presente investigación fue visibilizar las violencias que enfrentan las mujeres subsaharianas que están en tránsito por la Frontera Sur, atendiendo a tres dimensiones de análisis: la violencia sexual, la violencia contra la libertad reproductiva y las dificultades de acceso a la protección internacional³. Para ello, se conformó un equipo interdisciplinar y se realizaron entrevistas en profundidad a mujeres feministas expertas en migraciones y a organizaciones con presencia a nivel estatal, que trabajan en acogida a personas refugiadas o que están investigando sobre Frontera Sur. Asimismo, entre febrero y marzo de 2019, se realizó trabajo de campo en Melilla, Ceuta y la zona norte y centro de Marruecos. En total se llevaron a cabo 46 entrevistas a colectivos sociales y personas expertas. Además, también se realizaron cinco entrevistas en profundidad a mujeres procedentes de Nigeria, Costa de Marfil y Camerún, que han cruzado la Frontera Sur y un encuentro con ocho mujeres subsaharianas en Tánger.

En este capítulo nos centraremos en el análisis del continuum de múltiples violencias que atraviesan los recorridos y vidas de las mujeres que transitan por la Frontera Sur. Para ello, en primer lugar, presentamos un esbozo del perfil de las mujeres que atraviesan los espacios fronterizos para después analizar de manera pormenorizada las distintas violencias que enfrentan.

Analizar los tránsitos de las mujeres negras en un contexto de políticas de externalización y militarización de las fronteras no pasa por homogeneizar sus vivencias. Los proyectos migratorios y las causas de salida son tantos como mujeres cruzan este espacio fronterizo. Sin embargo, sí hay determinados elementos que se repiten en los tránsitos y que pueden rescatarse para obtener una mirada global que nos permita aportar a un análisis de cómo los procesos de externalización y militarización de las fronteras impactan en las vidas de las mujeres.

² CEAR-Euskadi es la Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi. Para más información www.cear-euskadi.org

³ Este capítulo se centra en la primera y segunda dimensión.

2. ¿Quiénes son las mujeres que cruzan hoy la frontera sur?

Según el balance migratorio de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, en adelante, APDHA (2020) en 2019, solo el 12,5% de las personas que cruzaron la Frontera Sur eran mujeres. No se puede homogeneizar en un perfil la inmensidad de historias, condiciones y expectativas que subyacen a cada una de las mujeres que arriesgan su vida para llegar a las costas españolas. Sin embargo, sí se pueden extraer algunas conclusiones que ayuden a entender quiénes son las mujeres procedentes de África subsahariana que actualmente están cruzando la Frontera Sur.

Todas las organizaciones entrevistadas coinciden en que las nacionalidades de origen han ido cambiando, pero destacan un incremento de las mujeres procedentes de Guinea Conakry, Costa de Marfil y Camerún en los últimos tres años. Se trata, en general, de mujeres jóvenes.

Las organizaciones destacan el descenso de llegadas en los últimos años de mujeres nigerianas, hecho que también confirma el informe de Frontera Sur de CEAR de 2018. Durante los años 2016 y 2017 la ruta de mujeres nigerianas cambió, activándose el itinerario por Libia hacia Italia. No obstante, debido al cierre de frontera de Libia a finales de 2018 han comenzado a llegar de nuevo mujeres nigerianas por la Frontera Sur, aunque aún no de manera significativa. Es reseñable el aumento de mujeres marroquíes y argelinas que cruzaron la Frontera Sur durante 2019. Muchas de ellas son mujeres que huyen de una persecución por motivos de género, habitualmente por violencia de género o perseguidas por su identidad de género o su preferencia sexual.

Por último, varias entidades advierten del aumento de niñas y niños menores que llegan a la península y de mujeres con niños y niñas que no son sus hijos e hijas biológicas, hecho que también confirma el último informe de la APDHA (2020): casi un 30% del total de llegadas de menores en 2019 frente a un 12,26% en 2018. Desde Cruz Roja España se ha observado al igual que desde la Cruz Roja italiana y griega el aumento de niñas y niños menores. Sospechan que este hecho podría estar vinculado a situaciones de trata, entre otras cosas. A su vez, muestran su preocupación por los procesos de determinación de la edad y la falta de un enfoque de infancia en las situaciones donde confluyen indicadores de trata y de minoría de edad.

En cuanto a las causas, la persecución por motivos de género; matrimonios forzados y mutilación genital femenina; son, entre otras, las violencias que acechan a las mujeres viéndose obligadas a

salir de sus países. Las organizaciones encuentran este perfil con más frecuencia entre mujeres procedentes de Guinea Conakry y Costa de Marfil. Las mujeres también huyen de la violencia de género por parte de sus parejas, la violencia sexual de familiares cercanos, la violencia y malos tratos por parte de familiares al quedar embarazadas antes de casarse y haber sido abandonadas por sus parejas y mujeres que son perseguidas por su identidad de género y orientación sexual (Tyszler, 2018). Las múltiples violencias de género son la base y razón para que muchas mujeres decidan huir y emprender el camino migratorio. Las mujeres, con su huida, no solo están buscando estrategias para seguir vivas, sino que a su vez están rompiendo con modelos culturales, imaginarios y expectativas de género arraigadas en sus sociedades de origen.

Como ya se ha explicado anteriormente, según el último informe de la APDHA (2020), se ha producido un descenso de la llegada de mujeres, un 12,63% en 2019, frente a un 17% en 2018. Este descenso está estrechamente relacionado con las políticas de represión que sufren las personas subsaharianas desarrolladas en Marruecos con la ayuda de la Unión Europea. Las organizaciones entrevistadas también lo corroboran y señalan cómo estas políticas represivas están modificando las rutas migratorias y las vías de acceso y condiciones en ruta.

En lo que respecta a las vías de acceso, Tyszler (2019) puntualiza que mientras los hombres tienen más formas de cruzar la Frontera Sur, las mujeres están asignadas al mar. Las mujeres no utilizan la valla como medio. Principalmente, las mujeres utilizan dos vías: una terrestre cruzando el puesto fronterizo escondidas en coches, vía que se utiliza más por la frontera de Ceuta; y una vía marítima, atravesando el mar hacia las costas andaluzas, aunque en el último año está aumentando significativamente el número de llegadas a Canarias (APDHA, 2019).

En cuanto al tiempo de estancia en Marruecos, todas las organizaciones coinciden en que desde agosto de 2018 ha habido un cambio de tendencia y cada vez tardan menos en cruzar y llegar a la península. Ahora la gente pasa poco tiempo en los campamentos, a veces solo un día. Antes existían estructuras estables de liderazgo, con una organización interna definida. Ahora, con las políticas de represión, esto ha cambiado. Tienen que esconderse en lugares más recónditos.

No obstante, en el caso de mujeres con menores a cargo, la estancia en Marruecos suele alargarse, convirtiéndose en la sala de espera de acceso a la península. Las mujeres suelen preferir estar en las ciuda-

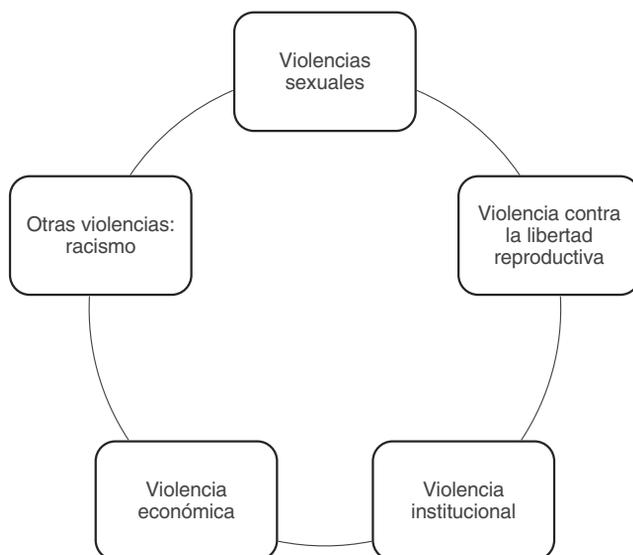
des más que en los bosques o campamentos. Suelen alquilar habitaciones en pisos con otras mujeres y personas de sus comunidades en los barrios periféricos o en el casco antiguo de la ciudad, aunque cada vez tienen más dificultades para poder alquilar. Dentro de la zona norte, la ciudad de Tánger congrega a más mujeres, ya que desde ahí tienen acceso a las pateras. En la zona de Nador hay menos mujeres porque, aunque salgan algunas pateras, la principal vía de acceso es el salto de la valla.

3. **Análisis del *continuum* de las múltiples violencias**

La violencia patriarcal contra las mujeres abarca un amplio abanico de expresiones que se agrupan en un *continuum* que afecta a las mujeres en todo el transcurso de sus vidas. Diversas autoras que han estudiado el impacto de las guerras y los conflictos políticos en las mujeres vienen utilizando el concepto de *continuum* de violencia (Kelly, 2004; Cockburn, 2004, Amador, 2017). Según Cockburn (2004: 43-44) en su visión de la violencia como flujo, es imposible entenderla como un fenómeno diferenciado por «fases» —preconflicto, conflicto y postconflicto—, sino como un ejercicio de poder multiescalar y continuo que penetra las relaciones sociales, económicas y políticas atravesadas por el género, raza, etnicidad, sexualidad, etc. Esto implica atender las especificidades de cada una de sus expresiones, pero sin perder de vista que todas ellas forman parte del mismo *continuum* y que por lo tanto, tienen una misma raíz, un mismo origen y una misma función social: mantener la subordinación y dominación sobre las mujeres.

Las formas en las que se materializan las violencias si bien tienen un impacto en el cuerpo de las mujeres también se plasman en sus identidades, subjetividades, experiencias y relaciones sociales. Por ello, como señala García (2018:314) «es clave entender la violencia ejercida como un *continuum* difuso, no lineal, en el que las formas de violencia no son excluyentes unas de otras, sino que pueden darse, y de hecho suelen darse, de forma simultánea o combinada, en tiempo y espacio».

Para entender mejor este *continuum* y multiplicidad de violencias en el caso de las mujeres subsaharianas migrantes, presentamos a continuación (Gráfico 1) las diferentes violencias a las que se ven expuestas, no porque sean excluyentes entre sí, de hecho una de las características es la simultaneidad e imbricación de las mismas, sino porque nos permiten comprender mejor sus características específicas.



Fuente: Elaboración propia

Gráfico 1

El *continuum* de las múltiples violencias durante el tránsito en la Frontera Sur

3.1. *Violencias sexuales*

Los cuerpos de las mujeres son claramente una herramienta de acceso y cruce de las fronteras durante el tránsito. Las formas de cruzar los dispositivos de frontera están totalmente influenciadas por las relaciones de género. Es muy difícil encontrar una mujer que no haya sufrido violencia sexual a lo largo del camino, al menos una vez. En este caso, no importa la clase, ni influye contar con más o menos dinero. Pagan más que los hombres tanto en el transporte como en la frontera. Pero además del dinero las mujeres van a tener que poner su cuerpo:

Ser mujer en la frontera trasciende el poder económico: en la Frontera Sur, cuando una persona tiene mucho dinero pasará rápido y sufrirá menos violencia. Pero siendo mujer, esto no funciona porque en la frontera aun teniendo dinero, va a tener que pasar dispositivos de frontera que están íntegramente controlados por hombres, bien sean los que te llevan al bosque, *los chairman* que te llevan al campamento, los que te llevan a la patera, o los agentes marroquíes

y a veces españoles, implicados. De un lado al otro de esta cadena de personas que controlan el paso, todos son hombres. Aunque tenga dinero, hay chantaje sexual (Entrevista, Elsa Tyslzer).

Las mujeres además tienden a normalizar la violencia sexual. Esto claramente es una estrategia de supervivencia. Las organizaciones entrevistadas coinciden en que es muy difícil que la manifiesten si se les pregunta directamente por ella, pues la asimilan como algo normal y no identifican que han sufrido violencia sexual.

¿QUIÉNES SON LOS AGRESORES?

Sin querer hacer una clasificación uniforme ni estigmatizadora el perfil de los agresores es diverso y heterogéneo. En un primer nivel encontramos las violencias al interior de su propia comunidad, estas son ejercidas por sus propios compañeros de viaje, concretamente aquellos hombres que por ejemplo están en una situación de poder en los campamentos o en las zonas fronterizas, los *chairman*. Incluso dentro de las propias redes de tráfico⁴ que las transportan durante el tránsito, que no tiene por qué ser una red de trata con fines de explotación sexual⁵, las mujeres pueden ser violentadas y abusadas por personas de la propia red. Muchas veces son contextos complejos e inciertos donde se han creado espacios de confianza; sin embargo, la violencia sexual está presente o las mujeres son conducidas a ella a cambio de conseguir cierta seguridad.

En un segundo nivel, se encuentra la violencia ejercida por agentes de fuera de su comunidad: hombres de otros países que están en los campamentos o población civil que está alrededor de los mismos. Esta violencia está íntimamente relacionada con la violencia racial, machista y de clase a la que se enfrentan las mujeres negras.

⁴ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) define el tráfico de personas como «la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado de la cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material».

⁵ El Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, conocido como Protocolo de Palermo, ratificado por el Estado español en 2003, define la trata de personas como «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La explotación incluye, como mínimo, la derivada de la prostitución y de otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares, servidumbre y extracción de órganos» (Diccionario de Asilo, Cear Euskadi, 2014).

Y por último, un tercer nivel de violencia sexual ejercido por los cuerpos policiales y de seguridad. Violencia sexual que se comete tanto en la frontera argelina como en la marroquí, pero que además también durante las redadas a los campamentos y los bosques las entidades sufrieren violencia sexual por parte de la policía que luego es muy difícil de comprobar y, por lo tanto, denunciar. En los hospitales los médicos no llegan a determinar si realmente ha habido violaciones y en consecuencia las mujeres finalmente no declaran ni denuncian. Por otro lado, la situación de irregularidad en la que se encuentran muchas mujeres subsaharianas hace imposible la denuncia de dichas violaciones.

LUGARES DONDE SE PERPETRA LA VIOLENCIA SEXUAL

En lo que respecta a los lugares podemos distinguir principalmente cuatro: a) los campamentos o bosques, b) las fronteras o zonas de control, c) las ciudades grandes de los países de tránsito y d) las casas donde trabajan como trabajadoras del hogar.

Los campamentos o bosques

Las mujeres que se encuentran en los campamentos están sometidas a las leyes que rijan en los mismos. Si no tienen un hombre que las proteja, se convierten en la mujer de todos los que están allí. El nivel de exposición a la violencia es muy alto, por ello muchas mujeres intentan no acabar en los bosques o campamentos y buscan estrategias alternativas como alquilar cuartos o casas entre varias etc.

Las condiciones de los campamentos o bosques son muy difíciles, escasean los recursos y las condiciones de higiene. Es un contexto de gran riesgo, por ello, las mujeres para sobrevivir están obligadas a someterse y a aceptar todo tipo de abusos y violencias.

Pero el nivel de exposición no solo está dentro del campamento. Las mujeres son las encargadas de salir a las ciudades y comprar la comida para luego cocinarla, porque en general los hombres suelen ser más detenidos por la policía y deportados que las mujeres. Es por ello, que son ellas las que salen al mercado, quedando más expuestas a las agresiones de la población marroquí, por ejemplo.

En síntesis, tal y como señala Tyszler (2018: 11), «en el bosque ser mujer significa depender de la voluntad de los hombres que controlan el dispositivo de paso clandestino, del cual el *chairman* es solo un eslabón». Esto tiene como consecuencia que por ejemplo muchas mujeres vean cómo se alarga el tiempo de espera en el bosque, lo que las expone a un mayor riesgo de chantajes sexuales, violencia sexual o vio-

lación tanto por los hombres migrantes que tienen poder dentro del bosque, como por parte de militares o civiles marroquíes que entran ocasionalmente a los campamentos. De todas maneras, es importante puntualizar que las relaciones entre hombres y mujeres son diversas y plurales, y que varían de campamento a campamento. Es difícil generalizar. No obstante, si podemos afirmar que el cierre y la militarización de las fronteras refuerza y lleva a los extremos una feminidad vulnerable de las mujeres y una masculinidad viril de los hombres.

Las zonas fronterizas y de control

El control de las fronteras y acceso a los pasos de las mismas se encuentran en manos de varones, ya sean estos parte de las fuerzas de seguridad estatales españolas o marroquíes, ya sean intermediarios. Por tanto, los contextos fronterizos se sitúan en un orden social y de género que es reproducido a ambos lados de la frontera (Cortés, 2019).

Como nos comentaban desde algunas entidades en las zonas fronterizas «las mujeres tienen que pagar más caro que los hombres y la mayoría de las veces además de pagar tienen que acostarse con ellos. Entonces es más complicado» (Entrevista Mujeres Zona Conflicto).

A esto hay que sumar que en ocasiones los guías no quieren llevar a las mujeres porque en las zonas de control fronterizas de Marruecos y Argelia no corren tanto como los hombres y ralentizan el grupo. Esto hace que muchas veces se queden más tiempo en la frontera porque nadie quiere hacerse cargo de ellas y, en consecuencia, estén más expuestas a sufrir violencias.

Algo a destacar es que las organizaciones advierten que las violaciones en los pasos fronterizos se han extendido. Antes, en la zona fronteriza marroquí no había violaciones, sin embargo, en la actualidad se producen en los dos lados, tanto en la parte argelina como marroquí, incluso han tenido testimonios de mujeres que hablan de violaciones en la frontera entre Mali y Argelia y Níger y Argelia y también en el desierto.

Ciudades grandes

Para las mujeres subsaharianas la violencia comienza desde el primer momento que salen a la calle. Debido a los estereotipos que comentábamos anteriormente todas las mujeres negras, son mujeres sucias, son prostitutas. Estas ideas provocan acoso, silbidos y agresiones convirtiendo las calles en espacios inseguros para las mujeres.

A esto hay que sumarle la exposición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres cuando no tienen un lugar donde dormir, cuando

por ejemplo ya no pueden pagar el alquiler del cuarto donde se estaban quedando. Como señala uno de los mediadores culturales entrevistados, entonces la pregunta que les acecha es «¿dónde voy a dormir?»:

«Y si busca un lugar para dormir, posiblemente reciba propuestas de algunos hombres, que van a intentar abusar de ellas: «si quieres dormir en mi casa tienes que hacer sexo» y generalmente es sexo sin protección. A los hombres no les gusta usar preservativos. Y allí comienzan los embarazos no deseados [] Allí son explotadas estas mujeres y se crea un círculo vicioso porque va con un hombre que la va a dejar embarazada y cuando ocurra, el hombre va a desaparecer... a veces la deja en la casa y desaparece. La mujer no sabe a dónde ha ido. Y finalmente, se encuentra de nuevo en la calle» (Integrante de organización de zona norte de Marruecos, entrevista).

Casas donde trabajan como internas

Las oportunidades que tienen las mujeres subsaharianas para trabajar en Marruecos son muy escasas. Es por ello, que la mayoría se dedica a la mendicidad, también a la prostitución y al trabajo doméstico. En lo que se refiere a este último, el trabajo es de esclavitud, apenas reciben salarios y como explica el Colectivo de Mujeres Migrantes de Marruecos (en adelante COFMIMA), muchas veces las personas empleadoras les retienen incluso los pasaportes. Este contexto es caldo de cultivo para múltiples violencias y agresiones:

Para las mujeres subsaharianas en Marruecos se complica, no tienen papeles y no pueden tener verdaderamente un trabajo. Bueno, ya de entrada, en Marruecos no hay trabajo. Para tener trabajos es verdaderamente clandestino, hay trabajo doméstico, donde están obligadas a ir a trabajar por no importa qué salario, para tener algo, no podemos ni llamarle salario. Es solo tener algo. Y a veces hay empleadoras que son realmente malvadas y que les retienen los pasaportes. Es realmente muy difícil para estas mujeres (COFMIMA).

De la misma manera, la APDHA señala cómo el empleo doméstico no es una alternativa económica para las mujeres subsaharianas en Marruecos. En casi todos los relatos recogidos las mujeres señalan condiciones de esclavitud:

Aunque muchas de ellas sí habían tenido la oportunidad de trabajar en casas de familias marroquíes, en casi todos los casos nos relataban situaciones de esclavitud, que les encerraban en casa bajo llave, y hasta que volvía la familia no podían salir, no les pagaban lo que habían consensuado, etc (APDHA).

Por último, organizaciones como Cruz Roja y Algeciras Acoge manifiestan que en los últimos tiempos han detectado un incremento de la trata con fines de explotación laboral desde Costa de Marfil a Marruecos. Chicas jóvenes que ya vienen con algún contacto de alguna familia marroquí para trabajar en el empleo doméstico. Este tipo de trata merece, sin duda alguna, una mayor exploración.

3.2. *Violencia contra la libertad reproductiva*

En relación a la violencia reproductiva una de las principales reflexiones en las que coinciden todas las organizaciones entrevistadas es que no existe una sexualidad libre, es decir; la sexualidad de las mujeres es controlada permanentemente por otros. Pero además de la sexualidad, la capacidad reproductiva de las mujeres queda en manos de otros, dependiendo cuándo interese y cuándo no que una mujer quede embarazada. Por ejemplo, cuando se acerca el momento del cruce son las propias redes las que deciden dar instrucciones a las mujeres, de si quedar embarazada o no, dependiendo del interés que eso conlleve para las redes.

ABORTOS INSEGUROS

En Marruecos, el aborto está permitido solo cuando la interrupción del embarazo es necesaria para preservar la salud física y/o mental de la mujer, siempre que se cuente con la autorización del cónyuge o de la autoridad médica local (Women's link, 2010).

Esto tiene como consecuencia que las mujeres subsaharianas utilicen vías alternativas muy inseguras para abortar. Suele ser mediante uso de fármacos (ciclotec) que en dosis incorrectas o en estados gestacionales avanzados acarrear abortos muy dolorosos que pueden poner en peligro la salud de las mujeres.

En el caso de embarazos por violaciones, estos casos podrían ampararse a la excepción que permite en Marruecos el aborto para preservar la salud mental de la mujer. Sin embargo, es muy difícil porque muchos médicos se niegan a emitir certificados médico-legales sobre episodios de violencia sexual, eludiendo que sean víctimas de una violación.

Como apuntan desde Mujeres en Zona de Conflicto, las mujeres son conscientes de que no quieren quedarse embarazadas durante el tránsito porque esto les dificulta el proceso migratorio:

«En primer lugar, porque tiene que llegar a Europa, es su proyecto. En segundo lugar, porque no hay nadie más que la ayude. Y en tercer lugar,

porque ningún otro hombre la va a aceptar. A los hombres no les gusta cuando una mujer está embarazada» (Mujeres en Zona de Conflicto)

ACCESO A SALUD REPRODUCTIVA Y CONTROL DE EMBARAZOS

En principio, oficialmente el acceso a la salud primaria es gratuita en Marruecos para todas las mujeres. No obstante, las organizaciones confiesan que hay muchos obstáculos y que, a pesar de la gratuidad, existen prejuicios para atender a las personas migrantes negras. Por un lado, las consultas son gratuitas, pero luego los medicamentos sí que se pagan. Dependiendo de la ciudad o el pueblo donde se encuentren, muchas veces no hay maternidad en los centros de salud y tienen que desplazarse a ciudades que no siempre están cerca. Las organizaciones entrevistadas apuntan que los hospitales marroquíes no están bien organizados ni equipados con los suficientes recursos materiales ni humanos para una atención digna. Incluso señalan cómo muchas mujeres marroquíes dan a luz en la calle porque no hay ambulancias para transportarles, o en los mismos pasillos de los hospitales porque no hay suficientes camas.

En principio la atención y asistencia a mujeres embarazadas está garantizada, pero los servicios de control y seguimiento, ecografías etc son costosos y difíciles de gestionar. Muchas veces los costes de los mismos los realizan las propias organizaciones para que las mujeres sean atendidas. Esto conlleva que, las mujeres subsaharianas tienen que ir acompañadas por organizaciones y entidades sociales y esto no siempre es posible. Además, no siempre tienen acceso a esta información o temen que sean arrestadas en los hospitales ellas mismas o las personas migrantes que les acompañan.

DIFICULTADES EN LA INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS/AS

Las organizaciones dan cuenta de las dificultades que suelen encontrar las mujeres subsaharianas para el registro y certificado de nacimiento cuando sus hijos e hijas nacen en hospitales marroquíes. Esto puede acarrearles grandes problemas, por ejemplo, cuando llegan a península y no cuentan con ningún certificado y por lo tanto no pueden demostrar ninguna filiación entre ellos. Según explica COFMIMA, muchas mujeres como no tienen dinero salen del hospital después de tener el bebé sin el acta de nacimiento y, por lo tanto, no pueden luego inscribirles en el registro civil. Como no pueden pagar los gastos de hospitalización, les confiscan y no les entregan el acta de nacimiento. Normalmente les dan un plazo de un mes para que paguen y así obtener el acta, pero muchas mujeres desconocen este plazo y después intentan regularizarlos y se convierte en una tarea muy difícil.

EL USO DEL EMBARAZO COMO ESTRATEGIA DE CRUCE

Varías de las organizaciones entrevistadas señalan cómo el embarazo puede ser tanto una estrategia en tránsito, como en el momento de cruce hacia península, o también en destino. Por ejemplo, al estar embarazadas pueden dejar de sufrir otras violaciones como violencia sexual o maltrato. «Cuando están embarazadas hay un cambio de mirada hacia ellas»– aseguran desde Cruz Roja.

En ese sentido, las mujeres están obligadas a utilizar estratégicamente su cuerpo «embarazado». Algunas intentan quedarse embarazadas o son «animadas» de una manera más o menos coaccionada para tener mayores posibilidades de viajar. Por ejemplo, a la hora de cruzar por mar a península, las personas migrantes saben que si hay una mujer embarazada o con niños y niñas pequeñas salvamento marítimo llegará antes. Por ello, dejan entrar en la zodiac o patera a mujeres embarazadas o con menores pequeños para tener más posibilidad de alcanzar península. Sin embargo, si son bebés con pocos meses de haber nacido, no les dejan subir, pues van a meter mucho ruido. Esto implica que las mujeres deben esperar al menos un año en zonas fronterizas como Tánger o Nador para poder pasar. Por lo tanto, la estrategia es muy limitada. De hecho, muchas mujeres comentan que debido a tener criaturas muy pequeñas han tenido que dejar pasar oportunidades para cruzar el estrecho, porque las pateras no reúnan las condiciones mínimas y no querían poner en riesgo la vida de sus bebés. Como consecuencia, la estancia en las zonas fronterizas se alarga, teniendo que asegurar la subsistencia no solo de ellas, sino de sus hijos e hijas. Son contextos muy adversos para poder mantenerlos y buscar un alojamiento adecuado, por lo que, quedan abocadas a vivir en condiciones de precariedad y hacinamiento.

LA MENSTRUACIÓN COMO OBSTÁCULO PARA CRUZAR EN PATERA Y EL USO DE ANTICONCEPTIVOS

Las relaciones de género también impactan en la menstruación de las mujeres. Tener la regla durante el cruce a la península en la patera está prohibido. Es un tema de superstición. Se cree que con la menstruación pueden atraer a los tiburones. Esto acarrea sin duda alguna un control íntegro del cuerpo de las mujeres. Elsa Tyszler relata como: «Muchas mujeres me han contado que antes de subir, el chairman pide que una mujer pase la mano por la vagina para verificar que no tiene la regla. Esto también es violencia».

Ante esto, las mujeres tienen miedo a tener la regla y toman pastillas anticonceptivas sin ningún tipo de medida para no tener el periodo. Lo realizan de una manera arbitraria y peligroso. A veces son capaces

de tomar una caja entera de anticonceptivos, lo cual puede tener efectos graves para su salud.

MATERNIDADES CRUZADAS POR LA FRONTERA

Las organizaciones dan cuenta cómo en los últimos tiempos hay un cuestionamiento de la maternidad de mujeres subsaharianas que vienen con menores a su cargo. Muchas de ellas no traen documentación, bien porque la han perdido, se la han robado durante el viaje o porque como comentábamos más arriba son niños y niñas que nacen en Marruecos y que no cuentan con ningún tipo de certificado de nacimiento. Se les hace pasar por todo un proceso de pruebas de ADN. Cuando llegan por ejemplo al Centro de Internamiento de Extranjeros (CETI) de Ceuta o Melilla las organizaciones relatan cómo se les separa directamente, dando por supuesto que no son familiares. El periodo de obtención de resultados de la prueba de ADN es largo por lo que pueden pasar meses separados.

Desde NOVACT: Instituto Internacional por la Acción No Violenta, inciden en cómo en el caso específico de trata con fines de explotación sexual hay una estigmatización de la imagen que se tiene de una mujer que pueden estar realizando algún tipo de actividad sexual, cuestionando la capacidad de esa mujer para ejercer la maternidad. En estos casos, hay una re-victimización de las mujeres y un cuestionamiento etnocéntrico de las formas de ejercer la maternidad. Esta mirada etnocéntrica también se plasma en la concepción misma que se tiene sobre los vínculos maternos. En el caso de muchas culturas africanas la concepción de la familia se extiende más allá de los vínculos por sangre. Esto hace que, por ejemplo, muchas mujeres encomienden sus hijos/as a otras mujeres de su propia comunidad para que les lleven consigo en el viaje a Europa. Estas mujeres no solo harán de acompañantes, sino que cuidarán de las criaturas durante todo el viaje.

3.3. *Violencia institucional*

Las organizaciones mencionan varias instituciones donde las mujeres sufren discriminaciones y violencias continuas. En primer lugar, señalan los hospitales y los centros de salud donde se les niega la atención si van solas. Como señalan desde Gadem Marruecos, el acceso a la salud depende de si van acompañadas por algunas entidades sociales. Asimismo, otras organizaciones que trabajan en Marruecos también recalcan cómo hay reticencias cómo hay reticencias entre los funcionarios y depende mucho del hospital y de la ciudad. En general resaltan que tienen que pagar los medicamentos y muchas entidades se encar-

gan de sufragarlos. En segundo lugar, la violencia policial. La APDHA resalta cómo antes, en un principio, las mujeres sí que tenían una conciencia de que, al ser mujeres, esto les ponía a salvo de sufrir deportaciones al sur. Es decir, durante las redadas al principio no deportaban a las mujeres. Sin embargo, a los hombres podían detenerles en cualquier momento en la calle y desplazarles a Rabat o a cualquier ciudad del sur. Esto generaba cierta dependencia en el conjunto de compañeros con los que vivían, porque las mujeres se cargaban con la responsabilidad de salir a por alimentos y cubrir las necesidades básicas del resto.

Esta política de detenciones, sin embargo, ha cambiado, ya que las mujeres con las que pudimos reunirnos en Tanger, que participaban en un proyecto de Mujeres en Zona de Conflicto nos corroboraron cómo ahora detienen también a mujeres con niños/as y bebés, y que incluso los cuerpos policiales llegan a los pisos donde están y detienen a las mujeres para deportarlas hacia el sur. Alguna de las mujeres con las que conversamos llegó a confesarnos que en el último mes le habían deportado al sur hasta en tres ocasiones.

3.4. *Violencia económica*

Tal y como señala Cruz Roja las mujeres para sobrevivir durante su estancia antes de cruzar están expuestas a múltiples violencias, pero la económica es una muy clara, por la falta de oportunidades económicas, la precarización de las condiciones laborales y un acceso a trabajos hiperfeminizados. Como señalábamos anteriormente, las mujeres intentar vivir en las ciudades evitando los bosques y campamentos para estar más protegidas de las múltiples violencias. Esto supone un coste económico importante y mayor dependencia a la hora de buscar alternativas económicas para poder cubrir el coste del alojamiento. Es por ello, que las mujeres apenas tienen elección y se ven abocadas a trabajar en economías sumergidas como la mendicidad, el trabajo interno para familias marroquíes y el ejercicio de la prostitución.

En cuanto a la mendicidad, Mujeres en Zona de Conflicto relata que las mujeres están muy expuestas a la violencia racista y a la discriminación que sufren en las calles. De hecho, refieren cómo muchas de ellas prefieren una nueva modalidad de mendigar que es puerta por puerta. Esto además de generar más ingresos, las personas en ocasiones les dan comida, otras dinero etc, es menos agresivo que exponerse públicamente en la calle.

Respecto al trabajo como internas, las mujeres son explotadas en condiciones de esclavitud, con horarios mínimo de 10 horas y con formas de trato denigrantes; no dándoles de comer y con sueldos que no

llegan a los 200 euros por mes. Principalmente, trabajan como internas para familias en las grandes ciudades como Rabat o Casablanca, y es a través de personas que hacen de enlace con las familias como consiguen acceder a los trabajos como internas. Estas personas mediadoras hacen negocio como intermediarias.

Desde Mujeres en Zona de Conflicto también tienen constancia de que las mujeres subsaharianas trabajan en la recolección de hortalizas y frutas como pimientos, tomates y frambuesas en ciudades como Aghadiz. Las condiciones son nefastas, tienen que estar entre 8-10 horas agachadas y cobran menos de 7 euros al día. Como trabajan sin contrato, en muchos casos llega el fin de mes y les dicen que no les van a pagar. La desprotección laboral en la que se encuentran las mujeres es muy alta.

Por último, las mujeres no tienen control y manejo sobre el dinero que ganan. En muchas ocasiones tienen que ceder ese dinero a las redes que son las que lo gestionan. Como señalan desde Cruz Roja, para la supervivencia del día a día, para comprar comida por ejemplo sí que manejan ellas directamente el dinero, pero gran parte de lo que obtienen lo tienen que ceder a los jefes de las redes, o a los hombres que las acompañan en sus viajes. Esto genera una dependencia de las mujeres además de una nula independencia económica.

3.5. *Otras violencias*

Es importante señalar el racismo que sufren las mujeres subsaharianas y que va a condicionar su estancia en Marruecos. Hay un racismo muy extendido que dificulta a las mujeres encontrar una vivienda o trabajo. Muchas de ellas no quieren llevar a sus hijos a colegios porque saben que van a ser víctimas de conductas y agresiones racistas. Las mujeres que entrevistamos nos comentaban que trataban de no salir de día y caminar por la ciudad, no solo por miedo a las redadas policiales sino porque sufrían agresiones racistas, mientras por ejemplo mendigaban en la calle. Mujeres en Zona de Conflicto tiene constancia de que a las mujeres las escupen, las tiran piedras y que los hombres marroquíes no les respetan. Tal y como apunta el sociólogo Mehdi Alioua miembro fundador de GADEM este miedo irracional a la migración no solo es magrebí, sino que es un miedo europeo y es global:

«El racismo contra los negros ha dado un nuevo giro con la inmigración de personas del África subsahariana. No es solo una cuestión de tránsito, sino también de asentamientos de poblaciones extranjeras que tienen lugar en las sociedades del Magreb y participan

de facto en su transformación. Esto crea tensión, ansiedad y, por lo tanto, xenofobia que refuerza el racismo contra los negros».

3.6. *Estrategias de afrontamiento*

Además de nombrar y desarrollar las múltiples violencias que sufren las mujeres nos parece relevante señalar también las estrategias que las mujeres despliegan para resistir y sobrevivir. Son tanto estrategias individuales como colectivas. Entre las estrategias individuales, destacan la de conseguir una figura masculina de protección durante el viaje, el marido o novio del viaje y la espiritualidad como estrategia para seguir resistiendo. Organizaciones como Mujeres en Zona de Conflicto señalan como a pesar de las dificultades que tienen las mujeres para criar y cuidar a sus hijos en buenas condiciones, las mujeres que tienen menores a su cargo tienen una fuerza que les empuja a seguir adelante y luchar. Otra estrategia es pasar por marroquíes para pasar la frontera terrestre maquilladas y con pañuelo. Por último, las mujeres utilizan de manera estratégica sus cuerpos, mediante el embarazo o la cesión a tener relaciones sexuales que no implica el consentimiento para poder librarse de otras violencias, así como conseguir sus deseos de llegar a Europa. Pero además de las individuales, también encontramos estrategias de afrontamiento colectivas. Entre ellas, son reseñables el apoyo mutuo que se dan entre las mujeres que tienen menores a su cargo, el alquiler de un piso entre varias mujeres para evitar ir a los campamentos y las movilizaciones colectivas en frontera cuando una mujer es violentada.

4. **Consideraciones finales**

Para finalizar exponemos algunas reflexiones finales que nos permiten agudizar una mirada crítica sobre el impacto de las políticas de externalización y militarización de las fronteras en los cuerpos de las mujeres subsaharianas.

En primer lugar, la violencia sexual es parte estructural del camino que recorren las mujeres migrantes hacia Europa. De esa manera, el control y abuso del cuerpo de las mujeres es parte imprescindible de la organización del cruce, mediada por otras relaciones de poder como son la clase, la identidad sexual, el origen y la raza.

En segundo lugar, la violencia sexual no es la única violencia que opera en los espacios fronterizos y de tránsito: la violencia contra la libertad reproductiva, la violencia institucional, racista, violencia policial, etc son vio-

lencias menos visibilizadas que se entrelazan, obstaculizando la estancia y vida cotidiana de las mujeres durante el tránsito y en los lugares de destino.

En tercer lugar, todas las organizaciones entrevistadas hacen hincapié en la relación entre la falta de vías legales y seguras y la exposición a las múltiples violencias durante el trayecto. Por lo tanto, las políticas de externalización y militarización de fronteras juegan cada vez más un negativo rol al contribuir a disminuir la autonomía e incrementar la situación de vulnerabilidad de las mujeres.

Por último, necesitamos huir de enfoques que victimizan a las mujeres y las despojan de agencia y protagonismo en sus decisiones migratorias. Desentrañar el continuum de violencias que sufren las mujeres no implica una múltiple victimización de las mismas sino más bien poner énfasis en las múltiples resistencias cotidianas que ponen en marcha para sobrevivir y conseguir llevar a cabo su proyecto migratorio.

Bibliografía

- Amador, Marcela (2017): «Interpelando la invisibilidad estructural, la visibilidad selectiva y la universalización de la violación sexual hacia las mujeres indígenas en Colombia: notas para la construcción de un campo de investigación», *Universitas Humanística*, n.º 84, pp. 265-307.
- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) (2019): *Balance Migratorio Frontera Sur 2019*, en www.apdha.org/media/Balance_migratorio_FS_2019.pdf.
- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) (2020): *Balance Migratorio Frontera Sur 2020*, en <https://bit.ly/2ZWMNOE>
- Caminando Fronteras (2017): *Tras la Frontera*, en <https://abriendofronteras.net/wp-content/uploads/2017/06/ccf-itlf-arte-final-cuerpo.pdf>
- CEAR (2018): *Refugiados y migrantes en España. Los muros invisibles tras la frontera Sur*, en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/02/INFORME-FRONTERA-SUR.pdf>
- CEAR-Euskadi (2017): *#Refugiadas. La trata con fines de explotación sexual en el contexto de militarización y cierre de fronteras*, CEAR, Bilbao.
- CEAR-Euskadi (2014): Diccionario de asilo. <http://cear-euskadi.org/diccionario> [Consulta el 15 de mayo de 2021]
- Cockburn, Cynthia (2004): «The Continuum of Violence. A gender Perspective on War and Peace», en Wenona Giles y Hyndman, Jennifer, *Sites of Violence. Gender and conflict zones*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, Londres, pp. 24-45.
- Cordero Ramos, Nuria y Lara Palacios, María del Aguila (2015): «Melilla, frontera Sur. Políticas públicas y prácticas institucionales con mujeres migrantes

- próximas a redes de trata», en Gómez y Méndez, José Manuel, Méndez-Muros, Sandra, García-Estévez, Natalia y Cartes-Barroso, Manuel J. (Coords.), *Derechos humanos emergentes y periodismo*, Universidad de Sevilla. Departamento de Periodismo II, Sevilla, pp. 285-299.
- Freedman, Jane y Jamal, Bahija (2008): *Violence against Migrant and Refugee Women in the Euromed Region. Case Studies: France, Italy, Egypt & Morocco*. Euro-mediterranean human rights network en <https://bit.ly/2VhiUpY>.
- García, Paula Medina (2018): «Mujeres, polifonías y justicia transicional en Colombia: narrativas afrocéntricas de la (s) violencia (s) en el conflicto armado», *Investigaciones feministas*, 9(2), pp. 309-326.
- Human Rights Watch (2014): *Abused and Expelled. Ill-Treatment of Sub-Saharan African Migrants in Morocco*.
- Kelly, Lyz (1988): *Surviving Sexual Violence*, Polity Press, Cambridge.
- Maleno Garzón, Helena (2016): «Nuestros cuerpos son horizontes enredados en la frontera», *Revista Pueblos* n.º 69.
- Maleno Garzón, Helena (2018): «Alzando Voces»: *Análisis de discursos y resistencias de las mujeres migrantes subsaharianas en Marruecos*, Alianza por la Solidaridad.
- Medecins Sans Frontieres (2013): *Violence, Vulnerability and Migration: Trapped at the Gates of Europe. A report on the situation of sub-Saharan migrants in an irregular situation in Morocco*.
- Médicos Sin Fronteras (2010): *Violencia sexual y migración. La realidad escondida de las mujeres subsaharianas que en su camino hacia Europa se encuentran paradas en Marruecos*.
- Ruiz-Jiménez Arrieta, Itziar (2017): «El naufragio de Europa: reflexiones feministas en torno a la crisis de las políticas migratorias y de asilo», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 29, pp. 143-164.
- Tyszler, Elsa (2015): *Ceuta y Melilla. Centros de selección a cielo abierto a las puertas de África*, Migreurop, GADEM, La Cimade y APDHA.
- Tyszler, Elsa (2018): «Somos luchadoras». Lo que nos enseñan las mujeres migrantes sobre las consecuencias de las políticas de externalización de la Unión Europea. Investigación en la frontera marroquí-española», en Cortés, Almudena y Manjarrez, Josefina (Eds.), *Género, migración y derechos humanos*, Bellaterra, Barcelona, pp. 231-261.
- Women's Link Worldwide (2009): *Los derechos de las mujeres migrantes, una realidad invisible* <https://bit.ly/2XGPuTI>.

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 97

El reconocimiento excepcional de la vulnerabilidad migrante y el compromiso de mayor protección de sus necesidades especiales y específicas plantean un reto inaplazable en el ámbito de la regulación, la interpretación y la práctica jurídica.

Siguiendo el actual abordaje socio-jurídico de la vulnerabilidad, en este volumen colectivo se analizan algunas cuestiones escogidas que permiten revisar en clave teórica no solo la contraposición «vulnerabilidad-dominación» del control migratorio sino también determinar en sede normativa y jurisprudencial el alcance y protección de la vulnerabilidad en contextos migratorios. En concreto, se propone su revisión en las políticas de asilo de la Unión Europea, en la jurisdicción regional europea (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión europea) así como en las pautas interpretativas dadas por el sistema interamericano. Todo ello sin perjuicio de prestar atención, en un último conjunto de contribuciones, al régimen jurídico de protección de la especial vulnerabilidad de los menores en situación de detención administrativa, los estándares internacionales de protección exigibles, las implicaciones de la vulnerabilidad en el asilo por género, así como, la situación de violencias que viven las mujeres migrantes en frontera sur y zonas de tránsito.

Este monográfico recoge el debate y las aportaciones presentadas al seminario internacional «Protección de las personas refugiadas especialmente vulnerables en frontera, tránsito y destino». Participan once investigadores y expertos en inmigración y asilo pertenecientes a la Universidad de Almería, Universitat de Barcelona, Universitat Rovira i Virgili, Universidad Complutense de Madrid, Universidad Pontificia Comillas, Universidad de Deusto y entidades como CEAR. La organización del seminario y esta publicación se enmarcan en el Proyecto Beca Leonardo a Investigadores y Creadores Culturales 2018 de la Fundación BBVA dirigido por la Dra. Encarnación La Spina, «La protección jurídica de las personas refugiadas en situación de vulnerabilidad y su impacto en los procesos de integración», y han contado con el apoyo del Grupo de investigación «Derechos Humanos y retos socioculturales en un mundo en transformación» del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.



Avalado por



Promovido por

