

LA PROTECCIÓN DEL DESAMPARO DE UNA MENOR INMIGRANTE NO ACOMPAÑADA Y SU FAMILIA POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO MUBILANZILA MAYEKA Y KANIKI MITUNGA CONTRA BÉLGICA

Vicente A. Sanjurjo Rivo

Profesor Contratado Doctor

Área de Derecho Constitucional

Universidade de Santiago de Compostela

1. Relación de hechos: la dramática peripecia de una niña de cinco años

El 17 de agosto de 2002 una niña de cinco años de origen congoleño llegaba acompañada de su tío al aeropuerto de Bruselas. Su madre, la señora Mayeka, también congoleña, vivía en Canadá desde septiembre de 2000. Las autoridades canadienses le habían concedido el estatuto de refugiada el 23 de julio de 2001 y el 11 de marzo de 2003 el permiso indefinido de residencia en aquel país. Tras la concesión del estatuto de refugiada, la madre

Recibido: junio 2009. Aceptado: octubre 2009

de Tabitha, que era el nombre de la niña, pidió a su hermano, de nacionalidad holandesa, que recogiese a su hija procedente de la República Democrática del Congo, donde vivía con su abuela, y la cuidase en tanto no se pudiese reunir con ella.

Cuando aquel día de mediados de agosto el hermano de la señora Mayeka se presentó con la niña en el aeropuerto de Bruselas no portaba los papeles necesarios para que la niña pudiese realizar el pretendido viaje a Canadá ni tampoco documento alguno que acreditase que él tenía algún tipo de vínculo o responsabilidad familiar con relación a ella. Incluso intentó burlar a las autoridades belgas con el embuste de que era su hija si bien terminaría por retractarse.

A Tabitha se le denegó el permiso de entrada en Bélgica y se cursó orden para su expulsión. Entretanto permanecería detenida en un centro de tránsito, concretamente en el número 127, situado en las inmediaciones del aeropuerto de Bruselas. Su tío regresó a los Países Bajos. Se le asignó un abogado que solicitó que se le concediese el estatus de refugiada. Las autoridades belgas telefonearon a la señora Mayeka para informarla de la situación y le facilitaron un número de teléfono de contacto.

El 19 de agosto las autoridades belgas se pusieron en contacto con la embajada de Canadá en Bélgica que les informó de la situación legal de la señora Mayeka en Canadá, situación que en cualquier caso no se extendía a su hija. La madre de Tabitha solicitaría un visado para su hija en Canadá a fin de que se pudiese reunir con ella en aquel país.

Un día después un nuevo abogado contratado por la familia se puso en contacto con las autoridades belgas para exponerles que estaba llevando a cabo las gestiones oportunas para propiciar el reencuentro de la niña con su madre en Canadá.

El 22 de agosto de 2002 las autoridades belgas solicitaron informalmente a las autoridades holandesas si asumirían la responsabilidad sobre la niña en virtud de la Convención de Dublín pero éstas rechazaron de plano esa posibilidad. En esa cascada de gestiones también pidieron al tío de la niña que residía en los

Países Bajos y que la había acompañado al aeropuerto de Bruselas que les proporcionase las direcciones de otros miembros de la familia en la capital congoleña, Kinshasa, a lo que aquél accedió. Días después la embajada de Canadá en los Países Bajos informó a las autoridades belgas de la anterior dirección en Kinshasa de la señora Mayeka y de la actual dirección de sus padres en la misma ciudad.

El 27 de agosto la Oficina de Extranjería rechazó la solicitud de asilo presentada por el abogado de Tabitha, denegó el permiso de entrada en Bélgica y dio instrucciones para su expulsión. Se interpuso un recurso de apelación frente a esta decisión pero igualmente fue desestimado al considerarse que el objetivo de reunirse con su madre en Canadá no era motivo suficiente para adquirir la condición de refugiada. Sin embargo, se llamó la atención del gobierno sobre el hecho de que tenía derecho a reunirse con su familia en virtud del artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹.

Los hechos acaecidos no estuvieron exentos de fatales errores como el que se produjo casi un mes más tarde, concretamente el 23 de septiembre, cuando la embajada de Canadá informó incorrectamente a las autoridades belgas de que a la señora Mayeka no se le había concedido todavía el estatuto de refugiada en Canadá.

Pocos días después, el 26 de septiembre, el abogado de Tabitha remitió un escrito a la Oficina de Extranjería desmintiendo aquella información errónea y explicando que la madre de su defendida sí tenía la condición de refugiada en Canadá y

1 El artículo 10. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone lo que sigue: «De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares».

que, amparándose en tal condición, había solicitado que su hija se pudiese reunir con ella. Igualmente solicitaba que su cliente fuese enviada a una familia de acogida por razones humanitarias hasta tanto las autoridades canadienses no le permitiesen reunirse con su madre. Incluso llegó a sugerir una posible familia de acogida y justificaba su petición en que la niña, a pesar de estar razonablemente bien atendida en el centro de tránsito, estaba en riesgo plausible de sufrir daño psicológico ya que permanecía detenida sólo con adultos y se encontraba muy aislada. La respuesta a esta solicitud sin embargo nunca llegó a producirse, entre otras razones, probablemente porque las autoridades belgas temían que el tío de Tabitha intentase sacarla del país de forma irregular.

Tras localizar las autoridades belgas con ayuda del ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), la Cruz Roja, la embajada belga en Kinshasa y el propio tío de la niña de nacionalidad holandesa, a un familiar de la misma en la capital congoleña que aseguró no poder hacerse cargo de ella —versión que, por otra parte, fue poco después ratificada también por el ACNUR en Kinshasa que confirmó sobre el terreno que no había ningún familiar de Tabitha dispuesto a cuidarla— el abogado terminaría por solicitar el 9 de octubre de 2002 la liberación de la niña del centro de tránsito, la anulación del procedimiento de expulsión y la puesta de la niña a cargo de una familia de acogida.

Sin embargo, tan sólo un día después, el 10 de octubre, las autoridades belgas reservarán un vuelo para la niña con destino a Kinshasa; por medio de carta fechada el 15 de octubre se informará a su abogado de que el viaje estaba previsto para el 17 de octubre y de que en la capital congoleña Tabitha sería recibida por miembros de su familia y por un representante de la embajada belga en Kinshasa.

El 16 de octubre la *Chambre du Conseil* del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas sostuvo que la detención de Tabitha en el centro de tránsito en el que se encontraba detenida era

incompatible con los artículos 3. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño² y ordenó su inmediata liberación.

No obstante, al día siguiente y tal y como estaba previsto por las autoridades belgas, la niña fue deportada a la República Democrática del Congo. Un trabajador social del centro de tránsito la acompañó hasta el aeropuerto y allí la dejó al cuidado de la policía. Las autoridades de inmigración no habían previsto siquiera asignarle a alguien para acompañarla y asistirle durante el viaje. Sería finalmente la propia compañía aérea la que se prestase a poner a su disposición una azafata a tal fin. Cuando Tabitha llegó al aeropuerto de Kinshasa ningún familiar la estaba esperando. Ni siquiera quedó perfectamente aclarado si realmente un funcionario de la embajada belga en la capital congoleña había ido a recibirla, y sólo después de seis largas horas de espera fue por fin atendida por un miembro del gobierno congoleño. A esta concatenación de sucesos erráticos se sumaría otro más: la madre de Tabitha telefoneó al centro de tránsito en Bélgica para hablar con su hija y se le informó lacónicamente que ya no se encontraba allí; se puso en contacto con la Oficina de Extranjería y no le dio ningún tipo de explicación sobre la situación y el paradero de su hija, pero le sugirió que se comunicase con el ACNUR de quien por fin tuvo conocimiento de que su hija había sido deportada.

El 18 de octubre, tras la deportación de Tabitha, las autoridades canadienses informaron a Bélgica que la señora Mayeka tenía reconocido el estatus de refugiada y que tenía derecho a que su hija se reuniese con ella. Pocos días después, concretamente el

2 En su primer párrafo el artículo 3 dispone: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Y en su segundo párrafo añade: «Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas».

23 de octubre, y tras la intervención directa de los primeros ministros belga y canadiense, Tabitha pudo viajar a Canadá y reunirse con su madre. En esta ocasión sí se había previsto acompañarla y todos los gastos corrieron a cargo del Estado belga³.

2. Proscripción absoluta de los tratos inhumanos o degradantes

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, Convenio Europeo de Derechos Humanos; CEDH) es escueto y tajante en la redacción de su artículo 3, relativo a la prohibición de la tortura, cuando establece que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». En consonancia con la letra y el espíritu del precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) lo ha interpretado como un derecho absoluto que no contempla excepciones.

En el caso que nos ocupa, para determinar si la detención de Tabitha se produjo en condiciones tales como para ocasionar una violación del artículo 3 de la CEDH en lo que a los tratos inhumanos o degradantes se refiere, el TEDH acudió al concepto de «vulnerabilidad». El Tribunal concederá una importancia decisiva a la vulnerabilidad inherente a un niño de poca edad. Tabitha tenía sólo cinco años en el momento en el que fue detenida. Permaneció en un centro para adultos durante dos meses a pesar de que no estaba acompañada por sus padres y no había nadie asignado para su cuidado, y tampoco se adoptó ningún tipo de medidas para garantizar que recibiese algún servicio de apoyo psicológico y educativo. Obviamente, la buena disposición del personal del centro de tránsito no podía ser suficiente. En una situación como la descrita una niña de cinco años no puede estar sino desorientada, desamparada y completamente desvalida.

3 Una versión menos detallada y más sintética del caso puede verse en “Immigration. Case Comment,” *Family Law*, no. 37 (2007): 197-198.

A partir del concepto de vulnerabilidad se valoran y juzgan las condiciones de la detención. Naturalmente se exige un mínimo de garantías que aquéllas indefectiblemente deben cumplir. Pero superado este umbral dichas condiciones deben someterse al tamiz de la vulnerabilidad que se convierte así en un criterio de discriminación. Las mismas condiciones de la detención podrían llegar a juzgarse de modo distinto dependiendo de las condiciones de vulnerabilidad del detenido. Y una vez constatada la vulnerabilidad del detenido y la falta de adecuación a la misma de las condiciones de la detención, el Tribunal concluye en el reconocimiento de tratos inhumanos y degradantes que, además, tal y como se señalaba con anterioridad, tiene un valor absoluto e ilimitado y, por tanto, prevalece sobre cualquier otra consideración, incluida por ejemplo el carácter ilegal del inmigrante detenido⁴. Todo ello sin embargo no es ajeno, en nuestra opinión, a los problemas que inevitablemente se puedan derivar de hacer depender la valoración de elementos objetivos —las condiciones de la detención— de un concepto jurídico indeterminado —la vulnerabilidad del detenido— sobre todo si además puede conducir a una calificación jurídica —tratos inhumanos y degradantes— de valor absoluto y no sujeto a excepción alguna.

Por otra parte, al regresar su tío a los Países Bajos, Tabitha se convirtió en un menor inmigrante ilegal no acompañado y en el momento de producirse la detención había un vacío legal en la legislación belga al respecto. No estaban previstos centros para su cuidado ni tampoco base legal alguna en que los tribunales

4 Por ello el TEDH en el § 55 de su sentencia del *Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*, demanda núm. 13178/2003, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de octubre de 2006, disponía lo siguiente: «The second applicant's position was characterised by her very young age, the fact that she was an illegal immigrant in a foreign land and the fact that she was unaccompanied by her family from whom she had become separated so that she was effectively left to her own devices. She was thus in an extremely vulnerable situation. In view of the absolute nature of the protection afforded by Art.3 of the Convention, it is important to bear in mind that this is the decisive factor and it takes precedence over considerations relating to the second applicant's status as an illegal immigrant».

podiesen apoyarse a la hora de revisar las condiciones en las que los menores fuesen detenidos o exigir a las autoridades prestar una determinada asistencia. Sin embargo, la fuerza expansiva e integradora de la proscripción de los tratos inhumanos y degradantes a partir del concepto de vulnerabilidad permitirá al TEDH concluir que las medidas adoptadas por las autoridades belgas (facilitar el número de teléfono del centro de tránsito a la madre de la niña, nombrar un abogado o contactar con las autoridades canadienses y la embajada en Kinshasa) distaban mucho de ser suficientes para cumplir la obligación del Estado belga de atender a Tabitha conforme a su situación de extrema vulnerabilidad y, por consiguiente, su detención en tales condiciones equivalía a un trato inhumano y por tanto constituía una violación del artículo 3 de la CEDH⁵.

Siguiendo el mismo razonamiento el Tribunal estimó que igualmente se produjo una vulneración del artículo 3 de la CEDH con relación a la posterior deportación de Tabitha. En efecto, la deportación se había llevado a cabo, a juicio del TEDH, sin la adecuada preparación, supervisión y sin las necesarias garantías que su situación de extrema vulnerabilidad exigía⁶: las autoridades belgas no habían asignado a ningún adulto para acompañarla

5 Vid. el § 58 *ibid.*

6 Incluso la deportación se produjo después de que el ACNUR hubiese informado a las autoridades de que la madre había obtenido la condición de refugiada en Canadá y al día siguiente de la resolución de la *Chambre du Conseil* del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas que ordenaba su inmediata liberación al juzgar que la detención de la niña era ilegal por vulneración de la Convención sobre los Derechos del Niño. Frente a esta decisión cabía interponer recurso de apelación en el plazo de veinticuatro horas. Transcurrido dicho plazo la resolución devendría firme. Según las demandantes las autoridades belgas procedieron a la deportación de la niña antes de medianoche del 17 de octubre —momento en que expiraba aquel plazo— y el abogado del Estado no habría presentado recurso alguno entretanto para evitar que aquella resolución se hiciese firme. El Gobierno belga, por su parte, alegó que al abogado del Estado le asistía el derecho a agotar el plazo correspondiente para la presentación del recurso y que mientras tanto Tabitha no podía ser puesta en libertad; además, y en cualquier caso —continuaba la alegación del Gobierno— la prueba concluyente de que la

durante el viaje y únicamente se limitaron a informar a su tío en Kinshasa de la fecha de su llegada. Todo ello provocó una situación de desconcierto e incertidumbre a su llegada al aeropuerto de la capital congoleña inadmisibles para una niña de cinco años que, según el Tribunal, encajaba en la categoría de tratos inhumanos del artículo 3 de la CEDH.

Además del valor universal y absoluto de la categoría de tratos inhumanos, el TEDH le confiere en esta sentencia⁷ una notable fuerza expansiva al proyectarla también hacia los familiares de las víctimas de los mismos, lo cual, a su vez, le proporciona al caso cierta relevancia e interés⁸. El Tribunal consideró que los familiares pueden llegar a ser «víctimas» de los tratos inhumanos sufridos por algún miembro de su familia. Esa posibilidad se hará depender de elementos más o menos objetivos: la proximidad del vínculo familiar y, como es lógico, en este ámbito se concede especial importancia a la relación de padres e hijos; las particulares circunstancias de la relación y la forma en que las autoridades atienden a los requerimientos de los familiares⁹. En el caso que nos ocupa el Tribunal estimó que la falta de información suficiente y la actitud adoptada por las autoridades belgas tanto en el momento de la detención como de la posterior deportación de Tabitha con relación a su madre habrían provocado en ésta una angustia emocional distinta, por más intensa, de la que indefectiblemente se produciría a los familiares de una víctima de una grave violación

deportación no estaba relacionada con la decisión de la *Chambre du Conseil* del día anterior era que el billete del vuelo a Kinshasa se había reservado la semana previa. Por último, a juicio del Gobierno resultaba una obviedad inobjetable que la detención había finalizado con la ejecución de la orden de deportación. (Vid. los §§ 93 y 94, *ibid.*).

- 7 Un claro precedente puede verse en el *Caso Çakici contra Turquía, demanda núm. 23657/1994*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de julio de 1999, § 98.
- 8 “Immigration and asylum: refusal of asylum application on behalf of a five year old - refusal of leave to enter Belgium,” *European Human Rights Law Review*, no. 1 (2007): 102.
- 9 Vid. el § 61 del *Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica, demanda núm. 13178/2003*, cit. en nota núm. 4.

de los derechos humanos. En consecuencia, el Tribunal apreció también una violación del artículo 3 de la CEDH con relación a la señora Mayeka que, por tanto, se considerará también víctima de tratos inhumanos proyectando de ese modo sobre ella la protección universal que aquella categoría dispensa.

3. El derecho a la vida familiar y privada frente al derecho de los Estados a controlar la inmigración ilegal

Resulta una obviedad que la relación entre madre e hija entra de lleno en el concepto de vida familiar recogido en el artículo 8. 1 de la CEDH¹⁰ y el disfrute de la compañía mutua un elemento esencial de la misma¹¹. Desde esta perspectiva apenas sí ofrece alguna duda que la detención y posterior deportación de Tabitha interfería en el derecho a la vida familiar de madre e hija.

Sin embargo, al Estado corresponde también, por su parte, velar por el control de sus fronteras e impedir en la medida de lo posible el flujo de inmigración ilegal. A tal fin podrá adoptar medidas que objetivamente interfieran en el derecho a la vida privada y familiar pero siempre que respeten los límites y persigan los fines legítimos que establece el artículo 8. 2 de la CEDH¹².

Pues bien, es claro que la decisión de detener en un centro cerrado para adultos a una niña de cinco años cuya madre reside

10 «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia» (art. 8. 1 CEDH).

11 Cfr. *Caso Olsson contra Suecia, demanda núm. 10465/1983*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 de marzo de 1988, § 59; *Caso Eriksson contra Suecia, demanda núm. 11373/1985*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22 de junio de 1989, fundamentos de Derecho (II A 1); y *Caso Gnahre contra Francia, demanda núm. 40031/1998*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de septiembre de 2000, § 50.

12 «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás» (art. 8. 2 CEDH).

en Canadá dificulta la reunificación familiar y representa una injerencia palmaria en el derecho a la vida familiar de ambas. Pero también lo es que la señora Mayeka intentó introducir en Europa de forma irregular a su hija con la colaboración de su hermano de nacionalidad holandesa (vid. supra). Por consiguiente, la detención de Tabitha por las autoridades belgas era perfectamente legal, conforme al derecho interno, y encajaba en los supuestos de interferencias legítimas en el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8. 2 de la CEDH.

La cuestión, por tanto, no era si la detención era o no legal, sino si las condiciones de la detención eran proporcionadas a los objetivos que se perseguían con la misma según el artículo 8.2 de la CEDH. La detención ineludiblemente ocasionaba una intromisión en el derecho a la vida familiar. Lo relevante, sin embargo, era determinar si aquella intromisión era legítima: es decir, si se justificaba en alguno de los fines prescritos en el precepto antes referido. Y para ponderar si había o no adecuación entre las condiciones de la detención y los fines perseguidos con la misma era preciso realizar un juicio de proporcionalidad entre éstos y aquéllas. Si el resultado de dicho juicio era que había proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos, la injerencia en el derecho a la vida familiar sería legítima; de lo contrario constituiría una intromisión ilegítima.

Respecto a esta cuestión el Tribunal despejó cualquier duda y consideró que las condiciones de la detención de Tabitha eran innecesarias y no guardaban relación con las concretas y particulares circunstancias del caso, ya que no parecía probable que una niña de cinco años fuese a eludir la vigilancia de las autoridades belgas. En consecuencia, su detención en un centro cerrado para adultos se antojaba de todo punto excesivo y sin lugar a dudas, sostendrá el TEDH, hubiese sido más apropiado adoptar otras medidas alternativas como su traslado a un centro especializado o a una familia de acogida¹³.

13 Dicho con palabras del propio Tribunal: «In this connection, in the absence of any risk of the second applicant's seeking to evade the supervision of

Ciertamente había habido comportamientos no del todo claros ni en absoluto pertinentes, como el intento fallido del tío de Tabitha de hacerla pasar por su hija en el aeropuerto, o que en el período comprendido entre julio de 2001 (fecha en que la señora Mayeka obtiene el estatus de refugiada en Canadá) y agosto de 2002 (fecha en que Tabitha llega a Bruselas acompañada de su tío), la madre no hubiese hecho ninguna solicitud a las autoridades canadienses y/o a la embajada de Canadá en Kinshasa en orden a organizar la inmigración legal de su hija. No obstante, el Tribunal entendió que tanto éstas como otras acciones más o menos equívocas y cuestionables no podían en modo alguno imputársele a una niña de cinco años¹⁴.

La detención en un centro cerrado tuvo además un efecto añadido: separar a Tabitha del miembro de su familia a cuyo cargo y bajo cuya responsabilidad había sido confiada por su madre y devenir de ese modo en una menor extranjera no acompañada, una categoría respecto de la que había un vacío legal en el ordenamiento jurídico belga en aquel momento. Desde ese instante, y dada la situación de especial desamparo de la niña, el Estado belga estaba obligado a facilitar la reunificación familiar¹⁵, a lo que no contribuyó lo más mínimo la prolongación de la deten-

the Belgian authorities, her detention in a closed centre for adults was unnecessary. Other measures could have been taken that would have been more conducive to the higher interest of the child guaranteed by Art.3 of the Convention on the Rights of the Child. These included her placement in a specialised centre or with foster parents. Indeed, these alternatives had in fact been proposed by the second applicant's counsel». (*Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*, demanda núm. 13178/2003, § 83, cit. en nota núm. 4).

14 Vid. *ibid.*, §§ 74 y 84.

15 Cfr. *Caso Eriksson contra Suecia*, demanda núm. 11373/1985, fundamentos de Derecho (II A 4), cit. en nota núm. 11; *Caso Johansen contra Noruega*, demanda núm. 17383/1990, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de agosto de 1996, § 78; *Caso Ignaccolo-Zenide contra Rumanía*, demanda núm. 31679/1996, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de enero de 2000, § 94; y *Caso Nuutinen contra Finlandia*, demanda núm. 32842/1996, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de junio de 2000, §§ 127 y 128.

ción durante dos meses y la posterior deportación. La condición sobrevenida de menor inmigrante no acompañada reforzaba el derecho a la vida familiar de Tabitha y debilitaba correlativamente las posibilidades de una injerencia legítima en el mismo por parte de las autoridades belgas.

Por otra parte, la detención en las condiciones en las que se produjo no se compadecía con el derecho al respeto a la vida privada reconocido en el artículo 8. 1 de la CEDH, que debía traducirse, a pesar de que el concepto de vida privada no se aviene fácilmente a una definición exhaustiva y perfectamente delimitada, cuando menos en la obligación de las autoridades públicas de adoptar todas aquellas medidas necesarias para asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en sus relaciones con los demás¹⁶. Naturalmente el internamiento de una niña de cinco años en un centro para adultos en nada contribuía a alcanzar ese objetivo.

Así pues, la detención en un centro cerrado para adultos de una menor extranjera no acompañada sin acudir a otras alternativas viables, principalmente su entrega a una familia de acogida, y su posterior deportación, con el riesgo que entraña hacerlo con una hija de persona refugiada por las posibles represalias que sobre aquélla se pudiesen llegar a tomar en el país de origen, constituyen todas ellas medidas que no salvaguardan el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8. 1 de la CEDH. Y esa intromisión en este derecho no se puede justificar subsumiéndola en alguno de motivos recogidos en el artículo 8. 2 de la CEDH, al tratarse de decisiones inadecuadas, por desproporcionadas, a las circunstancias concretas del caso. En consecuencia, dicha intromisión no puede ser sino ilegítima y las autoridades belgas habrían incurrido, por tanto, en una vulneración del artículo 8 de la CEDH con relación a la señora Mayeka y su hija.

16 Así lo entendía al menos el TEDH en su sentencia del *Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*, demanda núm. 13178/2003, § 83, cit. en nota núm. 4.

4. El derecho a la libertad física y el control de calidad de la legislación interna

El TEDH reconoce, en virtud del principio de soberanía de los Estados, el derecho de éstos a controlar y a establecer las condiciones de entrada y residencia de los no nacionales en sus respectivos territorios, pero subraya que ese derecho debe cohererarse con las disposiciones de la CEDH, entre ellas el artículo 5 que proclama el derecho a la libertad física¹⁷.

La finalidad de este precepto, además como es obvio de reconocer el derecho a la libertad física, es garantizar que nadie se verá desprovisto del mismo de forma arbitraria. La relación de supuestos que excepcionan el derecho a la libertad reconocido en el artículo 5. 1 es exhaustiva y sólo una interpretación restrictiva de esas excepciones es coherente con el sentido y finalidad de dicha disposición¹⁸. Así pues, una interpretación teleológica de este precepto desembocará necesariamente en una estricta interpretación de las excepciones que contempla.

Ahora bien, que la relación de supuestos excepcionales que legitiman la privación de la libertad física sea tasada no quiere decir que dichos supuestos sean incompatibles o excluyentes entre sí a la hora de encajar en ellos una determinada acción o comportamiento.

En este sentido, el Tribunal afirmó que las posibles causas de detención de los menores no se reducían exclusivamente a la supervisión educativa o a la finalidad de ponerlos a disposición de la autoridad legal correspondiente, tal y como expresamente

17 «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley [...]» (art. 5. 1 CEDH).

18 Cfr. *Caso K.F. contra Alemania*, demanda núm. 25629/1994, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 1997, § 70; *Caso Conka contra Bélgica*, demanda núm. 51564/1999, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de febrero de 2002, § 42; y *Caso D.G. contra Irlanda*, demanda núm. 39474/1998, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de mayo de 2002, § 74.

recoge el artículo 5. 1. d)¹⁹. Por el contrario, estimó que cualquier menor también podría verse privado de su libertad «si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona [también menor] para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición» [art. 5. 1 f) CEDH]. De hecho, en este precepto podía fundamentarse la detención de Tabitha ya que, como se sabe, su madre con la colaboración de su tío intentó introducirla en Bélgica de forma irregular.

Sin embargo, el que la detención de Tabitha en un centro cerrado para adultos encaje en el enunciado del art. 5. 1 f) no la convierte siempre y en todo caso en una detención legal, ya que el Tribunal exige —como antes exigió con relación a la valoración de la existencia de posibles tratos inhumanos o degradantes y de una posible interferencia en el derecho a la vida privada y familiar— una relación de proporcionalidad entre las causas aducidas para la detención, el lugar y las condiciones de la misma, y las concretas circunstancias que concurran en el detenido²⁰.

En el caso analizado, la privación de libertad de una niña de cinco años en un centro cerrado destinado a inmigrantes ilegales en las mismas condiciones que los adultos no guardaba relación o proporción con la situación de extrema vulnerabilidad inherente a un menor extranjero no acompañado. Por consiguiente, el Tribunal estimó que se había producido una violación del

19 El artículo 5. 1 d) de la CEDH prevé como supuesto excepcional de privación de libertad «si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a Derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente».

20 Esta interpretación quiebra con la que, tan sólo unos meses antes, sostuvo el mismo Tribunal en su decisión de 11 de julio de 2006, al considerar que la ausencia de riesgo de fuga y, en consecuencia, el carácter teóricamente innecesario de la detención era irrelevante a los efectos de valorar su legalidad conforme al artículo 5. 1 f). (*Caso Saadi contra Reino Unido, demanda núm. 13229/2003*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de julio 2006, §§ 42, 44 y 46).

derecho a la libertad física de Tabitha reconocido en el artículo 5.1 de la CEDH.

La detención, por lo demás, debe ser legal no sólo desde la perspectiva del Convenio sino también del derecho interno. Y es aquí donde el Tribunal introduce un criterio de interpretación del derecho interno novedoso²¹. Según este criterio interpretativo, a la hora de juzgar la compatibilidad entre una privación de libertad y el derecho interno, habrá que estar no sólo a la legislación en vigor en el país en cuestión, sino también a la «calidad» de las demás normas jurídicas aplicables al detenido. Por «calidad» se entiende en este sentido que la ley nacional que autorice una privación de libertad debe ser lo suficientemente precisa y accesible como para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad²².

En el momento en el que se produjo la detención de Tabitha la legislación belga aplicable sobre inmigración era la Ley de 15 de diciembre de 1980. Sin embargo, esta ley no hacía ninguna distinción entre la privación de libertad de extranjeros que habían alcanzado la mayoría de edad y la de aquéllos que eran menores de edad. En consecuencia, no establecía especiales o particulares condiciones para la detención de menores y por supuesto tampoco para cuando éstos no estuviesen acompañados. Podría deducirse, pues, que esta legislación no era lo suficientemente detallada y

21 De interesante lo calificarán Pieter Boeles y Marianne Bruins en su trabajo “Case Reports of the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee,” *European Journal of Migration and Law* 9, no. 2 (2007): 261-262. Vid. también al respecto, Nathalia Berkowitz, “Articles 3, 5 and 8 ECHR - family reunion of refugee, detention and deportation of minors,” *Journal of Immigration Asylum and Nationality Law* 21, no. 1 (2007): 43.

22 El Tribunal se referirá a ese *control de calidad* del derecho interno en los siguientes términos: «In order to ascertain whether a deprivation of liberty has complied with the principle of compatibility with domestic law, the Court must assess not only the legislation in force in the field under consideration, but also the quality of the other legal rules applicable to the persons concerned. Quality in this sense implies that a national law authorising deprivation of liberty must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness» (*Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica, demanda núm. 13178/2003*, § 97, cit. en nota núm. 4).

precisa, pues omitía cualquier previsión relativa a los menores inmigrantes, como para conjurar cualquier riesgo de arbitrariedad ya que no atendía a la situación de extrema vulnerabilidad de estas personas. No alcanzaría, en última instancia, los *estándares de calidad* exigidos por el Tribunal.

En definitiva, se pretendía evitar un resultado materialmente injusto: el que se derivaría de tratar por igual a grupos de personas claramente desiguales. A tal fin el Tribunal acudió al principio de proporcionalidad o de adecuación entre las medidas adoptadas por las autoridades públicas y los destinatarios de dichas medidas. De este modo, aun cuando la actuación de la autoridad pública estuviese legalmente prevista, si se consideraba innecesaria por inadecuada y porque otras medidas alternativas más adecuadas al destinatario de las mismas se podrían adoptar, habría entonces, según esta jurisprudencia, que descartar la primera a favor de las segundas. Valiéndose, pues, del principio de proporcionalidad y de necesidad de las medidas acordadas, el TEDH juzgará la procedencia de la detención, la posible intromisión en el derecho a la vida privada y familiar y la potencial existencia de tratos inhumanos o degradantes conforme al CEDH. Y se sirve también de los mismos instrumentos interpretativos para efectuar el *control de calidad* del derecho interno. En realidad, toda esa construcción hermenéutica tanto del Convenio como del derecho interno persigue un fin —legítimo— de justicia material: que la especialidad de ciertas situaciones, particularmente menesterosas, como la de los menores inmigrantes no acompañados tengan un tratamiento jurídico especial y evitar, en definitiva, el resultado materialmente injusto que supone tratar por igual situaciones manifiestamente desiguales.