



CUADERNOS DE TRABAJO

# **DERECHOS DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. CRÍTICAS Y PROPUESTAS**

Alumno/a: Sara Guerra Grande  
Tutor/a: Carmen Montesinos Padilla

TRABAJO DE FIN DE GRADO  
GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
MADRID, JUNIO 2022



---

Universidad Complutense de Madrid  
Facultad de Ciencias Políticas y Sociología



# Índice

1. INTRODUCCIÓN
2. DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES DE LOS COMITÉS DE NACIONES UNIDAS
  - 2.1. El alcance jurídico de las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas desde la perspectiva del Derecho Internacional
  - 2.2. Las vías de cumplimiento en el Derecho interno
3. LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO Y LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS
  - 3.1. Los derechos de los infantes en la Convención
  - 3.2. Los derechos de los menores no acompañados según el Comité de Derechos del Niño
4. ESPAÑA BAJO EL ESCRUTINIO INTERNACIONAL
  - 4.1. El procedimiento de determinación de edad
  - 4.2. Repatriación o permanencia en el país
  - 4.3. Los dictámenes del Comité de Derechos del Niño contra España
5. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA
  - 5.1. Los instrumentos de tutela
  - 5.2. Propuestas de reforma y actuación
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA



## 1. INTRODUCCIÓN

A principios del siglo XXI, en nuestro país tuvo lugar un importante fenómeno migratorio que supuso un verdadero punto de inflexión para la política española. Nos referimos a la llegada de un número significativo de menores extranjeros no acompañados (MENAs<sup>1</sup>), fenómeno que, sin duda, ha traído más de un quebradero de cabeza a nuestras autoridades nacionales en tanto que en la persona del menor extranjero que llega solo a nuestro país confluyen dos condiciones, la de menor y la de extranjero<sup>2</sup>.

España es considerada como “el sueño europeo” (Peláez Fernández, 2018:2), y por ello muchos menores extranjeros abandonan su país con el fin de encontrar mejores condiciones de desarrollo al atravesar nuestras fronteras. Pero muchos de ellos pierden su vida por el camino<sup>3</sup> y otros, una vez llegan a nuestro país, ven truncados sus sueños al enfrentarse a numerosas trabas para, por ejemplo, acceder al mercado laboral, obtener el Documento Nacional de Identidad (DNI) o acceder a los centros de protección.

A pesar de que España es considerada un Estado comprometido con los derechos humanos (DDHH), como veremos, en nuestro país se han perpetrado numerosas vulneraciones de la normativa internacional en materia de derechos de la infancia. La constatación de tales vulneraciones hace conveniente reflexionar sobre el valor jurídico que tienen los Dictámenes del Comité de Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) y ello con el fin de impulsar la adecuación de las prácticas de nuestras autoridades a la Convención de Derechos del Niño (CDN o Convención) y de hacer efectivos los

1 Esta abreviatura se utilizará como un acrónimo de uso común, no entrando aquí a valorar sus posibles connotaciones negativas.

2 Se estima que entre los años 2014 y 2019 llegaron más de 15.000 menores extranjeros a España, de los cuales el 88,7% eran no acompañados. *Europa Press* [en línea]. 10 de octubre. Disponible en: <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-mas-15000-menores-extranjeros-llegaron-espana-patera-2014-2019-887-ellos-no-acompanados-20210410120234.html> (Última consulta: 25/02/2022)

3 Portal de Datos sobre Inmigración (2021): *Niños y jóvenes migrantes*. Disponible en: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/ninos-migrantes> (Última consulta: 26/02/2022)

derechos que en la misma se consagran. Con igual objetivo es necesario también identificar los instrumentos que tiene el Estado para garantizar la satisfacción de las necesidades de los MENAs una vez llegados al territorio español y las reformas que se pueden realizar para que gocen de una protección adecuada de sus derechos, y sus condiciones de vida se ajusten a sus necesidades.

En las próximas páginas, en primer lugar, se procederá a exponer los efectos que tienen en nuestro ordenamiento jurídico los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas (ONU), así como las obligaciones asumidas por el Estado español al ratificar la CDN. Para ello, habrá que analizar el contenido de la propia Convención y las normas internas que delimitan el alcance en nuestro ordenamiento de los dictámenes de los Comités ONU. Posteriormente, se procederá a identificar las principales vulneraciones de los derechos de los MENAs cometidas por el Estado español en los últimos años a través del análisis de los dictámenes resueltos por el CRC en respuesta a las comunicaciones enviadas por los particulares. Finalmente, se realizará una breve referencia al sistema español de protección de la infancia. Asimismo, se analizarán las reformas que se han realizado para mitigar las vulneraciones cometidas por España y las propuestas que todavía se encuentran encima de la mesa. Se trata, en definitiva, de analizar la normativa internacional y nacional en materia de derechos de los menores con el fin de identificar las deficiencias y las posibilidades de nuestro ordenamiento jurídico para la efectiva protección de un grupo especialmente vulnerable, como es el de los MENAs.

## 2. DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES DE LOS COMITÉS DE NACIONES UNIDAS

Tras la II Guerra Mundial, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU proclamó en París la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) como un ideal común para todos los pueblos y naciones. Se establecían así, por pri-

mera vez, los DDHH que debían protegerse en el mundo entero y que después se irían concretando y desarrollando a través de distintos tratados internacionales e instituciones de toda índole.

Los dos primeros tratados que dotaron de elementos jurídicos obligatorios y de medidas de control a los DDHH fueron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (Añaños Bedriñana, 2016: 265). Ambos cuentan con un Protocolo Facultativo que otorga a los particulares la posibilidad de presentar quejas al respectivo Comité para que el mismo se pronuncie sobre las alegadas vulneraciones de derechos (Montesinos y Queralt, 2021:186). Pero se trata ésta de una previsión que se ha ido generalizando en el marco del sistema universal de protección de los DDHH de modo que, a día de hoy, los tratados que permiten presentar denuncias individuales no son únicamente los dos Pactos de 1966, sino también la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la propia CDN.

De este modo, la tramitación y la finalidad propios de los referidos procedimientos de queja individual han hecho de los respectivos Comités una especie de órganos cuasi-judiciales en materia de DDHH. Sin embargo, el problema estriba precisamente en que no se trata de verdaderos órganos jurisdiccionales, razón a la que se aferran muchos Estados para negar vinculatoriedad jurídica a sus resoluciones. Así ocurre en el caso de España, por lo que aquí nos interesa, en relación con los dictámenes del CRC.

## 2.1. El alcance jurídico de las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas desde la perspectiva del Derecho Internacional

Desde la construcción del sistema universal de DDHH se han ido creando una serie de mecanismos de vigilancia<sup>4</sup>. A efectos que nos interesan, se debe resaltar a los Comités, que son órganos compuestos por un conjunto de expertos independientes que vigilan la implementación de derechos que ratifican los Estados.

Los instrumentos que utilizan los Comités para vigilar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados son, por un lado, los informes periódicos, enviados por los Estados parte, cuyo objetivo es controlar las herramientas que los mismos utilizan para hacer efectivos los derechos consagrados en el tratado internacional que se trate (entre ellos, la propia CDN). En este caso, el Comité responderá a dichos informes mediante Observaciones Finales, donde mostrará las conclusiones y recomendaciones que considere oportunas, instando al Estado parte a que adecúe sus actuaciones a la normativa internacional. Por otro, las Observaciones Generales orientan a los Estados sobre ciertas cuestiones o temáticas, y ayudan a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar el alcance de los tratados de forma más concreta. Finalmente, el ya referido sistema de quejas o comunicaciones individuales permite a los particulares denunciar ante el Comité del tratado internacional que se trate, la vulneración de los artículos que se consagran en el acuerdo. Aunque, en este caso, para poder acudir a esta vía, se deben agotar los recursos internos del Estado parte. Recibida la queja, el Comité se posicionará mediante un Dictamen, en el que expondrá si ha producido o no la presunta vulneración.

Progresivamente los Comités ONU se han ido dotando de procedimientos que permiten a las personas denunciar vulneraciones de derechos que se establecen en los tratados internacionales a los mismos vinculados, convirtiéndose de este modo en

4 Naciones Unidas de Derechos Humanos (2011): *Mecanismos de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Disponible en: <https://acnudh.org/mecanismos-de-derechos-humanos-de-naciones-unidas/> (Última consulta: 26/02/2022).

organismos cuasi- judiciales (Montesinos Padilla, 2021:5). Los Comités ONU no tienen competencia para dictar sentencias judiciales, como sí la tiene, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Sin embargo, aunque los dictámenes de dichos órganos que concluyen los procedimientos de queja individual no sean equiparables a las sentencias internacionales, ello no quiere decir que estos últimos no tengan efectos jurídicos en los ordenamientos internos de los Estados (Fernández de Casadevante Romaní, 2019:244).

Muchos Estados se muestran especialmente reacios a otorgar efectos jurídicos a los dictámenes de los Comités. Sin embargo, es lógico pensar que cuando un Estado ratifica voluntariamente un tratado internacional, este está obligándose a respetar y cumplir con el contenido del acuerdo. Asimismo, una vez prestado el consentimiento para someterse a la competencia del respectivo Comité, los Estados se comprometen a respetar sus resoluciones. Aunque, no debe olvidarse, como acabamos de apuntar, para someterse a la vigilancia de los Comités y especialmente para que los Estados puedan ser objeto de comunicaciones individuales, estos deben consentir de forma expresa su sometimiento a un órgano que vigile el cumplimiento de sus obligaciones internacionales (Izquierdo Sans, 2021).

La ratificación del acuerdo internacional y del respectivo protocolo que prevé, en su caso, el procedimiento de comunicaciones individuales implica que los Estados que han manifestado su consentimiento deben dotar de efectos jurídicos a las resoluciones de los Comités con el fin de proteger al individuo (Escobar Hernández, 2019:247). Los Estados parte no pueden alegar que las resoluciones de estos órganos cuasi-judiciales no producen efectos jurídicos porque previamente han ratificado, por un lado, el tratado y, por otro, los mecanismos que dotan de garantías a los particulares, como es el caso de las comunicaciones individuales (Fernández de Casadevante Romaní, 2019:239).

Dicho lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico no existe ningún mecanismo concreto para dar efectividad a los dictámenes de los Comités ONU. Ahora bien, esto no quiere decir que, como venimos señalando, una vez prestado el consenti-

miento para el sometimiento de nuestras autoridades a las labores de vigilancia de los órganos de los tratados ONU, podamos eludir su significación jurídica. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), ratificada por España el 2 de mayo de 1972<sup>5</sup>, los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones que se derivan de los tratados y convenios internacionales (art. 26). Asimismo, no pueden invocar su propio Derecho interno como justificación de un incumplimiento del Derecho internacional (art.27). De todo ello se deduce un deber de preferencia aplicativa del Derecho internacional sobre el Derecho interno que lo contraría. Los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones que se derivan de los tratados, pues de lo contrario estarían actuando contra de sus propios actos y en contra del principio de confianza legítima (Montesinos Padilla, 2021: 5-6).

## 2.2. Las vías de cumplimiento en el Derecho interno

El análisis de las obligaciones de nuestras autoridades respecto de nuestros compromisos internacionales requiere de una breve remisión al contenido de los arts. 96.1 y 10.2 de nuestra Carta Magna. El primero establece que tanto los tratados internacionales como las declaraciones de aceptación se publican en el Boletín Oficial del Estado (BOE), por lo que, una vez publicados, los compromisos internacionales deben ser integrados en nuestro ordenamiento interno. El segundo establece el deber de interpretación conforme de nuestros derechos fundamentales con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales que el Estado español ha ratificado en materia de derechos fundamentales.

Del primero de los preceptos indicados se deduce el reconocimiento en nuestro ordenamiento interno de la preferencia aplicativa del Derecho internacional. Así queda reconocido en el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTAI). La lectura conjunta del art. 96 de la Constitución Española

5 Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.

(CE) y del art. 31 LTAI ha llevado recientemente al Tribunal Constitucional (TC) a reconocer, en su Sentencia 140/2018<sup>6</sup>, la competencia de los tribunales ordinarios para inaplicar las normas internas que contraríen nuestras obligaciones convencionales. Si efectivamente consideramos sus resoluciones como Derecho interno, este control de convencionalidad difuso podría considerarse como un mecanismo para dotar de efectos jurídicos a los Dictámenes de los Comités ONU.

Por su parte, una lectura *pro hominem* del art. 10.2 CE puede ser también utilizada como mecanismo de garantía de los derechos reconocidos en los sistemas internacionales de garantía, deduciéndose del precepto el contenido mínimo que deben tener los derechos y libertades constitucionales (Montesinos Padilla, 2021: 235). Así lo entendió el TC en su Sentencia 36/1991, en la que obliga a nuestras autoridades y poderes públicos a que los derechos que se consagran en nuestra Carta Magna sean aplicados conforme a la DUDH, considerada como contenido mínimo de los derechos y libertades. Según el Fundamento Jurídico 5 de la referida Sentencia, el art. 10.2 CE:

“se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los de-

6 Esta Sentencia respondió al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de justicia universal. En esta Sentencia, el TC otorgó legitimidad a los tribunales ordinarios para inaplicar nuestras normas internas cuando sean contrarias a nuestras obligaciones internacionales. Sin embargo, en la misma el TC negó la posibilidad de declarar inconstitucional una norma interna que sea contraria a nuestros compromisos internacionales en materia de DDHH.

rechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”.

Teniendo en cuenta lo hasta ahora dicho, del art. 10.2 CE podemos deducir el deber de interpretación de los derechos constitucionales a la luz de las resoluciones de los Comités ONU, ya sea de sus observaciones generales ya de la interpretación que de los tratados hacen estos órganos en los dictámenes que concluyen los procedimientos de quejas individuales.

Otra vía para dotar de efectividad jurídica a los dictámenes de los Comités es el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por parte del Estado en caso de vulneración del respectivo tratado (Montesinos Padilla, 2021:18). El Estado, en caso de vulneración de un derecho reconocida por un dictamen de un Comité de Naciones Unidas, podría quedar obligado a indemnizar a los afectados por mal funcionamiento de los servicios públicos, más concretamente, de la Administración de Justicia. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo (TS) en el conocido asunto Carreño<sup>7</sup> que abre un nuevo cauce para otorgar efectividad a las decisiones de los Comités (Gómez Fernández, 2019: 15).

En definitiva, si bien es cierto que en España la reapertura de los procedimientos judiciales internos ya concluidos en respuesta a una resolución internacional en materia de DDHH solo es posible frente a las sentencias del TEDH<sup>8</sup>, ello no quiere decir que nuestras autoridades públicas estén exentas de su deber de cumplimiento de nuestras obligacio-

7 La señora Ángela González Carreño fue víctima de violencia machista durante numerosos años, que acabó con la muerte de su hija, Andrea, de 7 años, a manos de su exmarido y padre de la menor cuando este y su hija se encontraban en un régimen de visitas no vigiladas. Tras agotar los recursos internos, Ángela González acudió al Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que concluyó en su Dictamen la desprotección de Ángela y su hija por parte del Estado. El Ministerio de Justicia se fundamentó en la falta de vinculatoriedad jurídica del Dictamen del Comité para negar el reconocimiento del anormal funcionamiento de la Administración, pero finalmente, el Tribunal Supremo (TS), en la Sentencia 1263/2018, reconoció la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de la Sra. González Carreño y el carácter vinculante que tienen los dictámenes del Comité CEDAW. Asimismo, el TS alegó que el Dictamen servía como presupuesto válido para reconocer la vulneración de ciertos derechos en el ordenamiento jurídico español.

8 Así lo establece el art. 5 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

nes internacionales tal y como son delimitadas por los Comités de Naciones Unidas. A pesar de que no haya un procedimiento específico que permita anular una sentencia judicial frente a un dictamen de un Comité ONU, hay razones suficientes para dotar a estos últimos de efectividad, siendo por ello evidente la falta de voluntad por parte de nuestros representantes políticos y la insuficiente disposición de nuestros órganos jurisdiccionales (Montesinos Padilla, 2021:21).

Téngase en cuenta que según la Observación General núm.33 del Comité de Derechos Humanos (CDH), los Estados deben disponer y usar todos los medios y recursos que sean necesarios para que los dictámenes tengan efecto. Así, el verdadero problema es la plena libertad que se les otorga, desde el seno de Naciones Unidas, a los Estados para dotar de efectividad jurídica a los dictámenes. Ahora bien, de esa libertad no puede deducirse un derecho a ignorar las resoluciones de los Comités alegando que son recomendaciones porque, por un lado, se han ratificado los acuerdos y protocolos internacionales correspondientes y, por otro, existen vías suficientes para otorgar esa efectividad jurídica a dichas resoluciones (Montesinos Padilla, 2021:8).

### 3. LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO Y LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

A pesar de que existen vías jurídicas en nuestras normas internas para otorgar efectividad a las resoluciones de los Comités, el Estado español se ha mostrado bastante reacio a dar efectividad jurídica a los dictámenes de los órganos de los tratados de DDHH de la ONU. Pero frente a esta actitud refractaria de nuestras autoridades públicas y órganos constitucionales, no podemos olvidar que desde finales del siglo XX, España es un país internacionalmente comprometido con los DDHH. Además del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), nuestro país ha ratificado la mayor parte

de los tratados de Naciones Unidas<sup>9</sup> y los respectivos protocolos que instituyen los correspondientes órganos de supervisión, aceptando con ello que un órgano independiente supervise su cumplimiento (Trinidad Núñez, 2019:330-331). Así ha ocurrido en relación con los derechos de la infancia a través de la ratificación de la CDN y del correspondiente Protocolo Facultativo<sup>10</sup>.

La ya mencionada CDN, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>11</sup> y de la que España forma parte desde noviembre de 1990<sup>12</sup>, recoge los derechos políticos, civiles, económicos y culturales de los menores de edad. A esta Convención le acompañan tres Protocolos Facultativos, de entre los que nos interesa destacar el Protocolo Facultativo sobre comunicaciones/quejas individuales<sup>13</sup>, que otorga a los particulares bajo la jurisdicción de los Estados que lo hubieran ratificado la posibilidad de acudir al CRC con el fin de que este se pronuncie sobre los alegados incumplimientos por el Estado parte “denunciado”.

La CDN, considerada como la “Carta Magna” de derechos del niño, es un instrumento fundamental que tiene carácter holístico e interdependiente debido a la gran diversidad de derechos que regula (Carmona Luque, 2012:71-72). Este tratado internacional reconoce a los niños como sujetos de Derecho merecedores de una protección adecuada, otorgando plena libertad a los Estados parte para dar efectividad a los derechos de los menores de edad reconocidos en la Convención<sup>14</sup>. Este acuerdo

9 Los tratados ratificados por España pueden consultarse en: <https://www.idhc.org/es/incidencia/especiales/sistema-universal-de-proteccion-de-derechos-humanos/tratados-ratificados-por-espana.php> (Última consulta: 15/02/2022)

10 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. A/RES/66/138, de 27 de enero de 2012.

11 UNICEF (2019): *¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño?* Disponible en: <https://www.unicef.org/es/convenion-derechos-nino/la-convenion> (Última consulta: 27/02/2022).

12 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: “Dado en Madrid a 30 de noviembre de 1990”.

13 Este Protocolo fue firmado el día 28 de febrero del 2012.

14 Art. 4 CDN: “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. (...), los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan (...), dentro del marco de la cooperación internacional”.

internacional se centra en los derechos de los menores de 18 años (art.1). En todo caso, no hace referencia a los MENAs, un colectivo que, no obstante, es objeto de consideración por la Observación General (OG) n°6 del CRC<sup>15</sup>, que tiene como objeto poner de manifiesto la situación de vulnerabilidad que estos niños sufren y la protección que le deben los Estados.

### 3.1. Los derechos de los infantes en la Convención

En el Preámbulo de la CDN, se menciona la DUDH donde se reconoce que toda persona tiene derechos y libertades sin ningún tipo de discriminación. Asimismo, se pone de manifiesto la vulnerabilidad del colectivo de los menores debido a su falta de madurez física y psicológica. De este modo, en el plano general, la Convención establece, en los arts. 1 y 2 CDN, la definición de niño que, a su vez, se le debe aplicar todos los derechos consagrados en la Convención. El art. 3.1 CDN determina que el interés superior del niño, que debe ser primordial para todas las acciones que realicen nuestras autoridades nacionales (IMNA, 2021). Asimismo, el art.6 CDN estipula que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y obliga a los Estados parte a que garanticen su supervivencia y desarrollo. Según el art. 7 CDN, los menores de edad tienen derecho a tener un nombre y una nacionalidad y, a su vez, se debe preservar la identidad de estos (art.8 CDN). Otro precepto muy importante es el art. 12 CDN que reconoce que todo niño tiene derecho a expresar su opinión y ser escuchado en los procedimientos judiciales o administrativos. Asimismo el niño tiene derecho a expresarse libremente (art. 13 CDN) y a tener la libertad de pensamiento, religión y de conciencia, que considere (art. 14 CDN). El art. 16 CDN fija que los menores tienen derecho a la protección de su vida privada. Según el art. 20 CDN, los Estados parte están obligados a proporcionar protección especial a los niños que son privados de su medio familiar. Asimismo, tienen la obligación de proteger a los niños ante cualquier maltrato (art.19 CDN). El art. 37

15 CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005.

CDN insta a los Estados a velar por que ningún niño sea sometido a tortura, penas o tratos crueles. Otro precepto importante es el art. 39 CDN, dado que en el caso, el menor haya sido víctima de tortura o de conflictos armados, el Estado parte deberá promover la recuperación física o psicológica, así como la reintegración social. Junto a los derechos o principios más transversales, la CDN reconoce, entre otros, el derecho al disfrute de la salud y servicios médicos (art. 24), el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 27.1), el derecho a la educación (art.28) y el derecho al juego y al deporte (art. 31.1).

### 3.2. Los derechos de los menores no acompañados según el Comité de Derechos del Niño

Aunque la CDN no se refiere expresamente a los derechos de los MENAs, la OG n°6 del CRC se centra específicamente en este colectivo, reconociendo su situación de especial vulnerabilidad<sup>16</sup>. El contenido de la OG n°6 se aplica en todo el territorio del Estado parte. La OG pone de manifiesto la prohibición de toda discriminación basada en la situación de un menor no acompañado. Asimismo, reconoce que el objetivo primordial es no menospreciar el interés superior del menor. Otra cuestión importante que se resalta en la OG n°6 es el derecho a que el menor sea escuchado y pueda expresar libremente su opinión.

La OG n°6 expone las medidas para atender las necesidades básicas de los MENAs una vez que llegan al territorio del Estado parte. En este caso, se debe determinar la edad teniendo en cuenta el físico y la madurez de la persona. Se realizará una evaluación con criterios imparciales y seguros, que debe ser llevada a cabo por profesionales cualificados. Asimismo, se debe proporcionar al menor un traductor o intérprete. Tras esta evaluación, cuyo resultado sea la minoría de edad, se le otorgará, al menor, los documentos correspondientes.

16 Observación General N°14 sobre el derecho del niño al interés superior y que este sea consideración primordial (2013), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013.

Los Estados parte deben crear un marco jurídico con el objetivo de que el menor no acompañado esté representado. En este caso, según la OG nº6, se nombrará un tutor con el fin de que este pueda desempeñar las funciones del menor hasta su mayoría de edad o abandone del territorio. El tutor debe tener conocimientos especializados en atención de la infancia. Asimismo, no podrán ejercer de tutores, los organismos o individuos cuyos intereses entren en conflicto con los del menor.

Otra de las obligaciones que establece la OG nº6 es ofrecer atención y alojamiento a los menores no acompañados. En este caso, se ofrecen varias opciones como por ejemplo, la adopción o colocación en los hogares de guarda, entre otras. Asimismo, se deben tener en cuenta una serie de parámetros, como pueden ser, la no privación de libertad o el seguimiento y supervisión de la salud física o psicológica de los menores. La OG nº6 ofrece directrices a los Estados parte sobre aspectos como el derecho a la educación o derecho a un nivel de vida adecuado.

En cuanto al procedimiento para obtener asilo, la OG nº6 establece la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para que el menor no acompañado reciba la protección adecuada y teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad. En este caso, los menores que soliciten asilo pueden recurrir a otros mecanismos complementarios orientados a la protección social.

## 4. ESPAÑA BAJO EL ESCRUTINIO INTERNACIONAL

A pesar de que la CDN debe funcionar como parámetro interpretativo para el Estado español (Gómez Fernández, 2017:2) y de que los tratados internacionales válidamente celebrados por España tienen reconocida preferencia aplicativa respecto de las normas internas que los contraríen, los derechos de los MENAs reconocidos por la CDN y los textos que la desarrollan han sido y siguen siendo objeto de numerosas vulneraciones, muy especialmente en relación con los procedimientos de determinación de edad y de repatriación. Así lo ha puesto de ma-

nifiesto el CRC en sus últimas resoluciones contra España (Ortiz Vidal, 2021:2).

### 4.1. El procedimiento de determinación de edad

Los datos de un extranjero se pueden acreditar mediante los documentos identificativos, como por ejemplo el pasaporte o la partida de nacimiento. Sin embargo, cuando los menores que llegan solos a España muestran este tipo de documentos no es infrecuente que nuestras autoridades cuestionen su validez. Así, tanto en los casos en los que el menor llega a España se encuentra indocumentado/a, como en los casos en los que la documentación presentada es cuestionada, nuestras autoridades proceden a la práctica del procedimiento de determinación de la edad, requisito indispensable para la entrada en el sistema de protección.

Según el Ministerio del Interior<sup>17</sup>, cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero no acompañado indocumentado y no se pueda determinar su edad con seguridad, se le ofrecerá la atención inmediata que precise. Asimismo, se informará al Ministerio Fiscal para que inicie de oficio el procedimiento de determinación de edad regulado en el art. 190 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (Reglamento de Extranjería).

Una vez que el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un extranjero cuya minoría de edad no pueda establecerse debido a que carece de documentación u otra circunstancia, se procederá a iniciar el procedimiento de determinación de edad, comprobando si existe información al respecto en el Registro de menores (Flores González, 2018:13). En caso de que efectivamente tenga que procederse a la determinación de la edad, se deberá informar a la persona del tipo de prueba

17 Ministerio del Interior: *Menores Extranjeros*. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/regimen-general/menores-extranjeros> (Última consulta: 01/03/2022)

que se le va a realizar, del riesgo que conlleva, así como de la finalidad que persigue. Una vez realizada la prueba médica, se emitirá un informe en el que se establecerá una horquilla de edad mínima y máxima. El procedimiento finalizará con el decreto, expedido por la Fiscalía, donde se adoptará una decisión final. El decreto podrá ser revisado de oficio o a instancia del interesado y tendrá carácter provisional (Montesinos Padilla, 2021:255). En el caso de que se declare la minoría de edad, el menor será puesto a disposición de los Servicios de Protección correspondientes. En caso contrario, se procederá a comunicar la situación a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía (Santana López, 2021).

El procedimiento de determinación de edad ha sido muy criticado por diversas razones, muy especialmente por las técnicas utilizadas, aunque también por recurrir al mismo incluso en aquellos casos en los que el menor porta documentación acreditativa de su edad.

Tradicionalmente en España se han practicado pruebas óseas mediante las técnicas el Atlas de Greulich Pyle y el método Tunner Whitehouse. En las dos pruebas se utiliza la radiografía de la mano izquierda con el fin de comprobar la evolución de los huesos. Según el Defensor de Pueblo y expertos sanitarios, estas pruebas se toman como referencia exclusiva para determinar la edad, sin tener en cuenta el margen de error (Defensor del Pueblo, 2019:128). Asimismo, en muchas ocasiones, el menor se ha sometido a pruebas donde ha tenido que desnudarse y mostrar sus genitales, atentando dichas prácticas claramente contra su integridad y dignidad humana.

Por otro lado, tampoco ha sido infrecuente que nuestras autoridades públicas ignorasen tanto la documentación aportada como las opiniones de los MENAs, a quienes en ocasiones no se les informa sobre los pormenores del procedimiento de determinación de edad, ni sobre su finalidad.

En la mayoría de los casos no se tienen en cuenta los documentos de identidad que aportan los MENAs (Flores González, 2018:334), porque a pesar de ser documentación expedida por las autoridades de su país de origen, las autoridades españolas sue-

len apreciar indicios de falsedad, exigiendo por ello la práctica del procedimiento de determinación de la edad. En este sentido, conviene destacar la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS, que establece que si el inmigrante contiene un pasaporte válido del que se desprenda su minoría, no puede ser sometido a las pruebas de determinación de edad (Flores González, 2018: 335). Asimismo, el TS establece que no se puede discutir sobre los documentos de identidad de los MENAs, porque la mayoría han sido expedidos por el organismo correspondiente de su país de origen, por lo que no podrán ser sometidos a las pruebas de determinación de edad, salvo que haya indicios de falsedad. En este último caso, las autoridades españolas deberán cotejar los datos con las entidades del país de origen correspondiente. Sin embargo, según el Defensor del Pueblo y otras organizaciones, sigue siendo habitual que nuestras autoridades ignoren la documentación aportada por los interesados y su obligación de cotejarla con las autoridades del país de origen con carácter previo a la práctica de la determinación de la edad (Flores González, 2018:337).

Recordemos además que en caso de que el interesado se negase a realizar las pruebas el Fiscal deberá escuchar sus motivos, no pudiendo considerar su negativa como un indicio de mayoría de edad. Lo que, sin embargo, no suele ser infrecuente. Además, el Fiscal debe advertirle sobre la importancia de estas pruebas y las consecuencias jurídicas que se derivarían, por ejemplo, de su consideración como mayor de edad (Defensor del Pueblo, 2019: 130).

Finalmente, no debemos olvidar que es el Ministerio Fiscal quien hasta ahora se ha encargado de la determinación de la edad mediante decreto, y es aquí donde encontramos uno de los principales problemas a nivel jurídico pues el decreto tiene efectos provisionales, no pudiendo ser recurrido ante un organismo jurisdiccional (Flores González, 2018:339).

## 4.2. Repatriación o permanencia en el país

Una vez que se confirme la minoría de edad, según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LO 4/2000) y el Reglamento de Extranjería, se pueden producir dos situaciones: por un lado, la entrada del menor en el sistema de protección y, por otro, la decisión de ser sometido o no al procedimiento de repatriación (Flores González, 2018:339). La finalidad que estipulan nuestras normas es la repatriación, competencia de la Administración General del Estado y que se puede dar de dos maneras: mediante la reagrupación familiar o mediante la entrega del menor a los servicios de protección de su país (Flores González, 2018:339). La repatriación se llevará a cabo si el interés superior del menor se satisface con las dos situaciones anteriormente mencionadas.

La Delegación y Subdelegación del Gobierno tendrá la competencia para realizar los trámites de la repatriación. Este órgano solicitará a las autoridades del país de origen del menor cualquier información necesaria con el objetivo de identificar la situación de la familia, así como la tutela o la protección provisional. Posteriormente, el menor podrá formular las alegaciones que considere oportunas, siempre que tenga más de 16 años. En el caso de que sea menor de 16 años, con juicio suficiente y hubiese establecido una voluntad contraria a la de la entidad que ostenta su protección, se suspenderá el procedimiento hasta que se le nombre un defensor judicial. Posteriormente, se resolverá la repatriación, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

El procedimiento de repatriación ha sido bastante criticado. Según Flores González (2018:344), el derecho del menor a ser oído no se ha plasmado en la práctica. Asimismo, según *Save The Children* (2016:19) no existen herramientas para hacer efectivos los derechos del menor en el seno del procedimiento. En este sentido, podemos recordar lo sucedido a mediados de 2021 con los menores que llegaron a Ceuta que fueron devueltos a su país de origen de forma irregular. En este caso no se realizaron los procedimientos de identificación correspondientes, ni tampoco se tuvo en cuenta la opinión y situación individual de los menores. Y a este respecto debemos destacar que las “devoluciones en

caliente” fueron desautorizadas por el TC<sup>18</sup> en su sentencia 172/2020, de 19 de noviembre.

En este caso, la Fiscalía consideró nulo de pleno derecho el proceso de repatriación de los menores extranjeros no acompañados por diversas razones, como por ejemplo, la vulneración del derecho a ser oídos o al derecho de la tutela judicial efectiva<sup>19</sup>.

### 4.3. Los dictámenes del Comité de Derechos del Niño contra España

A pesar de haber prestado libremente su consentimiento para su aplicación en territorio nacional y para su cumplimiento por las autoridades públicas, muchos Estados, entre ellos España, son reincidentes en la vulneración de los derechos consagrados en la CDN, especialmente cuando se trata de MENAs.

Como ya hemos apuntado, los derechos de los menores que llegan solos a las fronteras de un país del que no son originarios han sido desarrollados en la OG nº 6 CRC, pero es la propia CDN el instrumento que el Comité habrá de utilizar de parámetro para evaluar las posibles perpetraciones de sus derechos. Así lo ha hecho en sus dictámenes contra España, de cuya lectura y análisis podemos concluir que, en el caso de nuestro país, entre los preceptos más vulnerados se encuentra el art. 3 CDN (interés superior del menor) dado que, en las actuaciones de las autoridades sometidas a control, el Estado español no ha actuado conforme al interés superior del menor. Por su parte, también son reiteradas las vulneraciones del art. 8 CDN (preservación de identidad), pues aunque los menores que llegan solos a España en muchas ocasiones proporcionan a

18 Pampa Sainz, P. (2020): “El Constitucional desautoriza las devoluciones en caliente que realiza el Ministerio de Interior” *El Salto* [en línea], 20 de noviembre. Disponible en: <https://www.elsaltodiarrio.com/devoluciones-en-caliente/tribunal-constitucional-desautoriza-devoluciones-en-caliente-que-realiza-interior> (Última consulta: 02/03/2022).

19 Sempere Antonio (2021): “La Fiscalía desacredita a Marlaska: la repatriación de los menores marroquíes en Ceuta fue nula de pleno derecho”. *Público* [en línea], 28 de septiembre. Disponible en: <https://www.publico.es/politica/fiscalia-desacredita-marlaska-repatriacion-menores-marroquies-ceuta-nula-pleno-derecho.html> (Última consulta: 12/03/2022).

nuestras autoridades documentos de identidad expedidos por las autoridades de su país de origen, la mayoría de las veces no se les reconoce validez.

Tampoco es infrecuente la vulneración del art. 12 CDN (derecho de opinión), dado que no se toma en cuenta la opinión del menor ni tampoco se les otorga el derecho a ser escuchado durante el procedimiento de su identificación; del art. 20.1 (protección y asistencia especial), debido a que el Estado no proporciona la protección especial a los niños que son privados de su medio familiar; y del art. 22 CDN (niños refugiados), por no adoptar las medidas suficientes y especiales para la protección y asistencia humanitaria de quienes tienen la condición de refugiado. Asimismo, el Estado español no siempre ha cumplido con su deber de asistencia sanitaria (art. 24.1 CDN). Otros artículos de la Convención que han sido también vulnerados por nuestras autoridades públicas, pero en menor medida, han sido los arts. 16 (protección de la vida privada), 18.2 (asistencia a deberes parentales), 27 (nivel de vida), 29.1 (objetivos de la educación), 37 (tortura y privación de libertad) y 39 (recuperación y reintegración social) CDN.

Nos referimos a continuación, muy brevemente, a algunos de los dictámenes en los que el CRC ha constatado dichas vulneraciones. Más concretamente, analizaremos las resoluciones dictadas en los asuntos A.L.<sup>20</sup>, H.B.<sup>21</sup>, D.D.<sup>22</sup> y R.K.<sup>23</sup>. A.L. ciudadano de Argelia y nacido el 29 de febrero del 2000, manifestó ser menor de edad cuando llegó a territorio español. Quien luego sería autor de la correspondiente queja ante el CRC, fue trasladado al centro sanitario para ser sometido a una prueba de determinación de edad. El resultado fue que A.L. tenía 19 años, lo que supuso que la Fiscalía dictase un decreto de mayoría de edad y ordenase el ingreso a un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE). Días después, la familia de A.L. envió su partida de nacimiento, donde se confirmaba su minoría de edad, por lo que se solicitó la revisión del decreto, que según el autor no recibió respuesta del órgano

correspondiente. A. L. denunció que no se tuvo en cuenta su interés superior, ni tampoco fue escuchado por las autoridades. Asimismo, alegó que no se le nombró ningún representante que defendiese sus derechos, ni se le asignó un tutor que velase por sus intereses. El Comité recordó al Estado español la importancia que tienen los documentos que proporcionen el menor, ya que, en beneficio de la duda, deben presumirse válidos. Asimismo, recordó que los menores deben tener representación, ya que es una garantía esencial para ellos. Finalmente, el Comité concluyó que el Estado había vulnerado los arts. 3, 8 y 12 CDN y el art. 6 de su Protocolo Facultativo<sup>24</sup>.

Por su parte, H.B., ciudadano guineano, abandonó su país y fue interceptado por las autoridades españolas, que le llevaron a un calabozo, a pesar de haber alegado su minoría de edad. Días después, se le practicó una prueba radiológica con el fin de determinar su edad, cuyo resultado fue que H.B. tenía más de 19 años. H.B. no contó con la asistencia de ningún profesional que velase por sus intereses. Una vez trasladado al CIE, H.B. volvió alegar que era menor de edad, pero no se realizó ninguna actuación al respecto. La familia envió el acta de nacimiento y el certificado judicial de autenticidad de esta, que afirmaba su minoría de edad, documentos que se enviaron a las instituciones judiciales correspondientes instándose la suspensión del internamiento de H.B. Pero ni se produjo la suspensión, ni se revisó el decreto de mayoría de edad. El relato de H.B. llevó a que el Comité concluyera que el Estado había vulnerado el art. 3 CDN, leído juntamente con el art. 20.1, dado que no se le otorgó la protección suficiente debido a su vulnerabilidad; del art. 8, ya que se interfirió en su identidad; y del art 12, dado que no se tomó en consideración su opinión ni tuvo derecho a ser escuchado.

Otro caso de interés es el de D.D., ciudadano de Mali que huyó debido al conflicto bélico que atravesaba su país. Tras vivir en campamentos informales para migrantes, D.D. decidió cruzar el puesto

20 CRC/C/81/D/16/2017.

21 CRC/C/83/D/25/2017.

22 CRC/C/80/D/4/2016

23 CRC/C/82D/27/2017

24 “1. El Comité, tras recibir una comunicación y antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, podrá en cualquier momento dirigir al Estado parte de que se trate, para que este la estudie con urgencia, la solicitud de que adopte las medidas provisionales (...) para evitar posibles daños irreparables (...)”.

fronterizo de Melilla. Las autoridades españolas lo deportaron a Marruecos, sin ser sometido a ningún procedimiento de identificación. Tras algunos sucesos, D.D entró en España, y fue trasladado a un Centro de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI). Días después, el autor recibió su acta de nacimiento expedida por el consulado de Mali donde se afirmaba su minoría de edad, por lo que D. D. fue alojado en una residencia de menores. Tras admitir la comunicación, el Comité concluyó que España vulneró los arts. 3 y 37 CDN dado que existía un peligro de daño irreparable las autoridades nacionales lo deportaron, vulnerándose así el interés superior del menor. Asimismo, el Comité apreció la vulneración del art. 20 CDN, dado que D.D. no recibió asistencia legal, ni fue escuchado por las autoridades correspondientes

Finalmente, R.K., ciudadano de Guinea, llegó a España y fue trasladado a un calabozo donde no se le prestó ningún tipo de asistencia. A pesar de alegar, en todo momento, que era menor de edad, le atribuyeron 21 años, por lo que se incoó una orden de devolución y fue trasladado a un CIE. R.K. solicitó asilo, pero se le denegó por no contar con un tutor. Tras este suceso, el autor envió los documentos de identidad a los órganos correspondientes con el objetivo de que se tomasen medidas de protección. A R.K. no se le asignó tutor ni se le proporcionaron las medidas de protección correspondientes. Finalmente, las autoridades judiciales dejaron en libertad a R.K., que fue trasladado a un centro de alojamiento para adultos. El Comité concluyó que el Estado español había vulnerado los arts. 8, 12, 20. 1 y 22 CDN y reiteró la importancia otorgar a los menores las medidas de protección correspondientes, ya que de lo contrario el menor puede ser objeto de un daño irreparable.

## 5. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA

El Estado español debe hacer frente a las necesidades de los MENAs cuando llegan a nuestras fronteras, garantizando el efectivo respeto de sus

derechos durante el procedimiento de determinación de la edad y, en su caso, de repatriación, así como de los vinculados a su estancia en nuestro país. Y nuestro ordenamiento jurídico dispone de herramientas para ello.

### 5.1. Los instrumentos de tutela

En nuestro país, la competencia de menores está atribuida a las Comunidades Autónomas (CCAA). Así lo establece el art. 148.1.20 CE. Los MENAs están sujetos a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, que más tarde fue reformada por la Ley 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio (Montesinos Padilla, 2021:238), que en su art. 10.3 reconoce la especial vulnerabilidad de este colectivo. Además de la referida LOPJM debemos tener en cuenta la igualmente mencionada Ley de Extranjería y su Reglamento de desarrollo.

De conformidad con esta normativa, una vez que los MENAs llegan a España, las autoridades correspondientes deben ofrecerles una protección adecuada. Por ello, son puestos a disposición de los servicios de protección de la Comunidad Autónoma correspondiente. Asimismo, su llegada debe ponerse en conocimiento al Ministerio Fiscal que, como ya hemos visto, será el encargado, en caso de que el interesado no esté documentado, de iniciar el procedimiento de determinación de edad. En caso de confirmarse la minoría, corresponderá actuar a los servicios de protección. Recordemos que el objetivo primordial es la repatriación, ya sea reuniéndolos con la familia o reagrupándolos en los servicios de protección de su país de origen, sin olvidar el interés superior de menor. Ahora bien, las autoridades competentes deben verificar que el menor no va a sufrir ningún daño irreparable.

En el caso de que no se haya podido llevar a cabo la repatriación, el menor será puesto a disposición del servicio de protección de menores correspondiente. Las autoridades incoarán el dispositivo de protección de manera parcial debido a que no

tienen la potestad completa hasta que no exista una resolución de tutela donde se plasme que el menor no puede volver a su país de origen (Vinaixa Miquel, 2019:584). Transcurridos 90 días, la Oficina de Extranjería de la provincia donde esté fijado el domicilio del menor, iniciará el procedimiento de la autorización de residencia temporal. La solicitud puede ser iniciada a instancia de parte, de oficio o por orden superior. En estos dos últimos casos, se comunicará al menor el inicio del procedimiento, y, a su vez, se requerirá a que aporte la documentación correspondiente. El encargado de resolver el procedimiento será la Delegación o Subdelegación del Gobierno, que deberá proporcionar al menor la resolución en un plazo máximo de un mes. Asimismo, esta será comunicada al Ministerio Fiscal en un plazo de 10 días desde que se dictó. La autorización, cuya vigencia es de 2 años, habilita para trabajar a partir de los 16 años con el objetivo de que se favorezca la integración social. En este caso, las actividades laborales deberán ser propuestas por la entidad de protección de menores. Asimismo, el representante legal del menor deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero. La renovación de las autorizaciones serán iniciadas de oficio por la Oficina de Extranjería.

La mayoría de las veces se recurre a centros o casa de acogida donde los menores realizan tareas, ya sean escolares o laborales. En el caso de que el menor se le haya diagnosticado problemas de conducta se le asigna un centro especial con el fin de que se le apliquen medidas estrictas o de internamiento. En definitiva, podríamos concluir, en España la legislación vigente conforma un marco protector para el menor que llega solo a nuestras fronteras. El problema, sin embargo, es que nuestras disposiciones normativas no siempre han sido bien interpretadas ni aplicadas por nuestras autoridades, siendo por ello conveniente proceder a ciertas reformas legislativas que limiten su margen de actuación.

## 5.2. Propuestas de reforma y actuación

Ante las vulneraciones cometidas por el Estado español, resulta conveniente reflexionar sobre posi-

bles propuestas de cara a evitar futuras violaciones de los derechos de los MENAs.

Es importante comenzar por el necesario reconocimiento de valor jurídico a los dictámenes de los Comités ONU. Y a este respecto podemos recordar que la Sentencia del TS 307/2020<sup>25</sup>, de 16 de junio, ha venido a confirmar la conveniencia a tales efectos del recurso a la vía de la doctrina de la *res interpretata*, considerada una estrategia de futuro para garantizar el cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales en materia de DDHH (Montesinos Padilla, 2021:252).

En cuanto al procedimiento de determinación de edad, una propuesta de reforma podría ser el recurso a la vía contencioso-administrativa con el objetivo de que sirva como medio de impugnación de los decretos de determinación de edad expedidos por la Fiscalía (Montesinos Padilla, 2021:254). En este sentido, podemos destacar la Nota Interna 2/2018<sup>26</sup>, que establece que la Fiscalía ha modificado la posibilidad de acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando no exista una resolución de cese de tutela (Montesinos Padilla, 2021:254). Asimismo, es una propuesta bastante generalizada la de atribuir a los jueces, y no al Ministerio Fiscal, las competencias para resolver sobre la edad de los MENAs (Fundación Raíces, 2014:24).

Actualmente, gracias a reclamaciones de numerosas organizaciones defensoras de los derechos de los menores extranjeros y del propio Defensor del Pueblo, el procedimiento de determinación de edad se encuentra en proceso de reforma. Recientemente, en Consejo de Ministros, el Gobierno ha

25 Esta STS tuvo como objetivo resolver los recursos de casación e infracción procesal (2629/2019), que tuvieron origen en la demanda contra la resolución administrativa que denegó la declaración y desamparo a Mamadou. Él llegó a España a mediados de 2015, presentó su solicitud de tutela y los documentos de identidad correspondientes. La Fiscalía no tomó en consideración esos escritos, por lo que procedió a realizar las pruebas de identificación, decretando su mayoría de edad. Más tarde, Mamadou obtuvo el pasaporte y realizó un escrito para que la Fiscalía revisase el decreto, pero no recibió respuesta, por lo que compareció ante la Dirección General de la Familia y el Menor de Madrid. La Fiscalía le notificó su negativa a revisar su decreto y la Dirección General le denegó la protección. Finalmente, el menor acudió al TS, que reconoció su minoría de edad.

26 Nota Interna Número 2/2018: "Sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los Decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad".

aprobado un anteproyecto de ley que regula el procedimiento de determinación de edad<sup>27</sup> y que incorpora como una de sus principales novedades precisamente la resolución del procedimiento mediante una sentencia judicial, en vez de por un decreto. La sentencia se inscribirá en el Registro Civil y tendrá efectos plenos en el ámbito público o privado. Asimismo, el procedimiento será más ágil y simplificado. Otra de las novedades que incluye el Anteproyecto es la prohibición de técnicas que atenten contra la dignidad de la persona, como por ejemplo exploraciones ginecológicas. Aunque, no lo olvidemos, las técnicas invasivas quedaron prohibidas ya con la Ley Orgánica 8/2021, de 5 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que a su vez, ha reformado la LOPJM, concretamente el art. 12.4<sup>28</sup>.

En relación con la entrada del menor a los centros de protección es necesario dotar de recursos económicos o personales a estos centros, incluyendo la enseñanza como objetivo primordial para el desarrollo de los menores. Asimismo, las CCAA deben acordar un sistema más equitativo con el fin de evitar la desigualdad de recursos entre ellas. Además, es necesario que las autoridades competentes realicen cursos o talleres con el fin de facilitarles el acceso al mercado laboral.

Respecto a la violencia institucional que sufren los MENAs, desde Fundación Raíces (2020:148) se propone la realización de un estudio individualizado con el fin de conocer las necesidades del joven para que, de cara a un futuro, pueda desarrollarse independientemente. Asimismo, se ha propuesto reforzar los mecanismos de denuncia seguros con el objetivo de otorgar a los menores la máxima seguridad jurídica. A mi juicio, otra propuesta de futuro podrían ser la imposición de sanciones frente a los discursos del odio<sup>29</sup>.

27 La Moncloa (2022): El Gobierno impulsa dos nuevas leyes para agilizar y acercar la justicia a los ciudadanos. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2022/120422-rp-cministros.aspx> (Última consulta: 20/04/2022).

28 "(...) No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas".

29 "PSOE, Unidas Podemos y partidos independentistas acordaron sancionar a los diputados que realizasen discursos racistas o

Algunas de las propuestas más generalizadas para garantizar la efectiva protección de los derechos de los MENAs en España ya han sido normativamente reconocidas. Así ha ocurrido, como ya hemos señalado, con la prohibición de las técnicas invasivas de determinación de la edad. Pero a ello debemos añadir la reforma<sup>30</sup> del Reglamento de Extranjería<sup>31</sup> que ha suprimido algunos de los obstáculos administrativos a los que se enfrentan los MENAs una vez que están en territorio español. Una de las modificaciones realizadas es la reducción a 3 meses del plazo para acreditar la imposibilidad de retorno. Asimismo, se ha optado por la aplicación de la vigencia de las autorizaciones de residencia que, a su vez, podrán ser continuas para los menores que disponen de ella, siempre y cuando cumplan una serie de condiciones. Respecto a las autorizaciones de trabajo, ya no serán necesarias para realizar actividades por parte de menores extranjeros en edad laboral y que estén tutelados por una entidad de protección. En el caso de que los menores extranjeros alcancen la mayoría de edad y no dispongan de autorización de residencia, se establecen unos requisitos más acordes a su situación con la finalidad de evitar situaciones de exclusión social y de irregularidad sobrevenida. A pesar de estas modificaciones, habrá que esperar que el Gobierno Central y las CCAA establezcan otro tipo de reformas.

## 6. CONCLUSIONES

Al ratificar los tratados internacionales, los Estados se comprometen a respetarlos, así como a adecuar nuestras normas internas a su contenido.

machistas en el Congreso", *Europa Press*. [en línea], 21 de octubre. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-psoe-podemos-independentistas-acuerdan-sancionar-diputados-usen-discursos-racistas-machistas-congreso-20201021162219.html> (Última consulta: 30/03/2022)

30 "Real Decreto 903/2021: Aprobada la reforma del Reglamento de Extranjería que favorece la integración de menores y jóvenes extutelados". *Noticias Jurídicas* [en línea], 20 de octubre. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16671-real-decreto-903-2021-aprobada-la-reforma-del-reglamento-de-extranjeria-que-favorece-la-integracion-de-menores-y-jovenes-extutelados/> (Última consulta: 04/03/2022).

31 Se han modificado los arts. 118.2, 196, 197, 198, 211.5 y las disposiciones adicionales tercera y octava.

En estrecha relación con lo anterior, la ratificación de los Protocolos que establecen los procedimientos de queja individual ante el correspondiente Comité supone que los dictámenes que ponen fin a dicho procedimiento deben ser jurídicamente considerados por las autoridades de los Estados que han procedido a dicha ratificación. El hecho de no otorgar efectividad jurídica a dichas resoluciones es resultado de falta de voluntad política por parte de los Estados parte para su cumplimiento.

En el caso español, no hay un mecanismo específico para dotar efectividad jurídica a los dictámenes de los Comités ONU, pero existen medios que pueden utilizarse a tales efectos, como los arts. 10.2 y 96 CE. A pesar de que España ha ratificado la CDN, ha vulnerado algunos de sus derechos en relación con los menores que llegan solos a nuestro país. Así lo ha manifestado el Comité de Derechos del Niño en sus dictámenes y Observaciones Finales.

El Estado español ha utilizado técnicas invasivas y poco fiables en la determinación de la edad que atentan contra la dignidad de la personas que son sometidas a estas prácticas, y que en ocasiones han supuesto que los MENAs sean expulsados del sistema de protección cuando tenían jurídicamente derecho a su permanencia en el mismo. En la mayoría de los casos, no se tiene en cuenta la documentación aportada por el joven, vulnerando, entre otros, su derecho a ser oídos. En este sentido, siempre debe presumirse la validez de la documentación salvo prueba en contrario. En todo caso, si existieran indicios de falsedad, los Estados deben cotejar los datos con las autoridades del país de origen de los MENAs. Por su parte, la repatriación, en ocasiones, puede exponer al menor en una situación de peligro, ya que la Administración carece de los recursos necesarios para conocer las condiciones de vida que tendrá el menor. Sin embargo, esta circunstancia no siempre se ha tenido en cuenta practicándose por ello repatriaciones que no se ajustaban a derecho.

A pesar de que ya se han operado algunas reformas de interés, como la prohibición de técnicas invasivas atentatorias contra la dignidad en el procedimiento de determinación de la edad, quedan pendientes de materialización algunas propuestas

también relevantes, como la de su judicialización, eliminando las competencias de la Fiscalía. Asimismo, al menos a mi juicio, existen otras cuestiones de calado que, a pesar de haber salido ya a relucir en la arena política, deberían ser objeto de un detenido debate, como es el caso del discurso del odio frente a la llegada y protección en nuestro país de los menores no acompañados que llegan solos, muy especialmente como consecuencia de la presencia en la esfera política del partido ultraderechista VOX. Por ello, es necesario que los medios de comunicación dejen de alabar este tipo de discursos porque lo único que se consigue es criminalizar a los menores extranjeros no acompañados, que solamente vienen a construirse un futuro mejor. Por lo tanto, se les debe dotar más recursos a los centros de protección o incentivar la acogida familiar.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Añaños Bedriñana, K. G. (2016): “Sistema universal de protección de derechos humanos: análisis de los informes del Comité de Derechos Humanos en Latinoamérica”. *Revista de paz y conflictos*, 9(1), pp.261-278. Disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/3984> [Consulta: 01-04-2022].
- Carmona Luque, R. (2012). “Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Parte: el enfoque en derechos en las políticas de infancia en España”. *Educatio siglo XXI*, 30(2), pp. 69-88.
- Defensor del Pueblo (2019): *¿Menores o adultos? Procedimientos de determinación de la edad*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/> [Consulta: 15 de marzo de 2022].
- Escobar Hernández. C (2019): “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por los comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 71(1), pp.241-250.
- Fernández de Casadevante, C. (2019): “La obligación del Estado en reconocer y aceptar los efectos

- tos jurídicos en las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos”, en Fernández de Casadevante Romani, C (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, pp. 237-277.
- Flores González, B. (2018): “La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España”. *Revista de derecho civil*, 5(2), pp. 321-362. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6485168> [Consulta: 11 de abril de 2022].
- Fundación Raíces (2014): *Solo por estar solo: Informe sobre la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*. Disponible en: [http://www.fundacionraices.org/?page\\_id=2368](http://www.fundacionraices.org/?page_id=2368) [Consulta: 28 de marzo del 2022].
- Fundación Raíces (2020): *La violencia institucional en el sistema de protección a la Infancia*. Disponible en: [http://www.fundacionraices.org/?page\\_id=2368](http://www.fundacionraices.org/?page_id=2368) [Consulta: 5 de marzo de 2022].
- Gómez Fernández, I. (2017): “Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, pp. 1-15.
- Gómez Fernández, I. (2019). “Qué nos enseña el caso de Ángela González Carreño sobre el recurso al derecho internacional de los derechos humanos en los procedimientos ordinarios (comentario a la sentencia 1263/2018 del Tribunal Supremo)”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, pp. 1-19.
- IMNA (2021): *El interés superior del menor*. Disponible en: <https://www.imna.es/interes-superior-del-menor> [Consulta: 4 de febrero de 2022].
- Institut de Drets Humans de Catalunya: *Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://www.idhc.org/es/incidencia/especiales/sistema-universal-de-proteccion-de-derechos-humanos/tratados-ratificados-por-espana.php> [Consulta: 15 de febrero de 2022].
- Izquierdo Sans, C. (2021): “Los efectos de las decisiones de los comités de derechos humanos de Naciones Unidas resolviendo comunicaciones individuales. El caso de España”. *Aquiescencia*, 13 de abril. Disponible en: <https://aquiescencia.net/2021/04/13/los-efectos-de-las-decisiones-de-los-comites-de-derechos-humanos-de-naciones-unidas-resolviendo-comunicaciones-individuales-el-caso-de-espana/> [Consulta: 08 de abril de 2022].
- Montesinos Padilla, C. (2021): “El cumplimiento de los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas ¿Imposibilidad jurídica o falta de voluntad política?”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (en revisión).
- Montesinos Padilla, C. (2021): “La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los Menores Extranjeros No Acompañados”. *Revista de Derecho Político*, 1(110), pp. 229- 258.
- Montesinos Padilla, C y Queralt Jiménez, A (2021): *Protección jurisdiccional de los derechos; sistemas español, universal, regional europeo y supranacional*, Portugal, Juruá Editorial.
- Naciones Unidas de Derechos Humanos (2011): *Mecanismos de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Disponible en: <https://acnudh.org/mecanismos-de-derechos-humanos-de-naciones-unidas/> [Consulta: 26-02-2022]
- Ortiz Vidal, M<sup>a</sup> D. (2021): “Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 41, pp.2-27.
- Pampa Sainz, P. (2020): “El Constitucional desautoriza las devoluciones en caliente que realiza el Ministerio de Interior” *El Salto*, 20 de noviembre. Disponible en: <https://www.elsaltodiario.com/devoluciones-en-caliente/tribunal-constitucional-desautoriza-devoluciones-en-caliente-que-realiza-interior>. [Consulta: 02 de marzo de 2022]

- Peláez Fernández, P. (2018): “Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono”. *Revista de Educación Social*, (27), pp. 48- 70.
- Santana López. S, (2021): “Menas y el procedimiento de determinación de edad”. *Martell Abogados*, 3 de marzo. Disponible en: <https://martellabogados.es/menas-y-el-procedimiento-de-determinacion-de-la-edad/> [Consulta: 2 de marzo de 2022]
- Save the Children (2016): *Infancias Invisibles: Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España*. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/publicaciones/infancias-invisibles> [Consulta: 30 de marzo de 2022].
- Trinidad Núñez. P (2009): “La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas”. En F, Mariño Menéndez, *La aplicación de los derechos humanos en el Derecho Español*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. pp. 329-349
- Vinaixa Miquel, M (2019): La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11((1), pp.571- 602. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4633> [Consulta: 22 de abril de 2022].