



LOS DERECHOS DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN LA FRONTERA:

*Normativa internacional y práctica española
a la luz de la jurisprudencia
del Comité de los Derechos del Niño
y de los Tribunales Europeos*

Valentina Milano

VALENTINA MILANO

*Profesora titular laboral de Derecho internacional público
Universidad de las Illes Balears*

**LOS DERECHOS
DE LOS MENORES EXTRANJEROS
NO ACOMPAÑADOS EN LA FRONTERA:**

*Normativa internacional y práctica española
a la luz de la jurisprudencia
del Comité de los Derechos del Niño
y de los Tribunales Europeos*

 *Dykinson, S.L.*

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

Esta monografía es parte del proyecto de investigación
I+D+i PID2019-108253RB-C32, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033.



Este ebook se encuentra registrado bajo licencia Creative Commons.
Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional
(CC BY-NC-ND 4.0)

La utilización parcial de sus elementos
deberá de regirse bajo la licencia que se especifica en esta página

© Copyright by
Valentina Milano
Madrid, 2025

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 979-13-7006-323-8
DOI: <https://doi.org/10.14679/4149>

Preimpresión por:
Editorial Dykinson

Índice

1.	INTRODUCCIÓN	9
2.	MARCO NORMATIVO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL MENOR NO ACOMPAÑADO	19
2.1.	Introducción: el concepto de “menor extranjero no acompañado”	19
2.2.	Marco de ámbito universal	21
2.3.	Marco de ámbito europeo	26
2.3.1.	<i>Consejo de Europa</i>	26
2.3.2.	<i>Unión Europea</i>	27
2.3.2.1.	El Sistema Europeo Común de Asilo y el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.	27
2.3.2.2.	Normativa de la UE relativa a los menores extranjeros no acompañados.....	31
2.4.	Los principios rectores: el interés superior del menor y otros principios	35
3.	LA PRÁCTICA ESPAÑOLA: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EUROPEA	41
3.1.	Introducción al marco normativo español relativo a los menores no acompañados	41
3.2.	Los procedimientos de determinación de la edad	46

3.2.1.	<i>Estándares internacionales</i>	46
3.2.1.1.	Estándares de las Naciones Unidas	47
3.2.1.2.	Estándares europeos	51
3.2.2.	<i>Las principales lagunas del sistema español en la jurisprudencia del Comité de los derechos del niño</i>	58
3.2.2.1.	Procedimiento de determinación de la edad inadecuado.....	59
3.2.2.2.	Trato degradante y discriminatorio por razón de género	66
3.2.2.3.	Ausencia de procedimiento de determinación de la edad	68
3.2.3.	<i>Jurisprudencia relativa a otros países europeos</i>	71
3.2.3.1.	La jurisprudencia posterior del Comité de los Derechos del Niño sobre determinación de la edad relativa a otros países	72
3.2.3.2.	La jurisprudencia europea relativa a la determinación de la edad.....	77
3.3.	Las garantías del debido proceso y el derecho a solicitar asilo	91
3.3.1.	<i>Estándares internacionales</i>	91
3.3.1.1.	Convención sobre los derechos del niño	91
3.3.1.2.	Derecho de la Unión europea.....	97
3.3.2.	<i>La práctica española a la luz de la jurisprudencia del Comité de los derechos del niño</i>	111
3.3.3.	<i>Jurisprudencia posterior del Comité relativa a otros Estados</i>	116
3.3.4.	<i>El posicionamiento del TEDH</i>	119
3.4.	La detención de menores	123
3.4.1.	<i>Estándares internacionales</i>	123
3.4.1.1.	Marco normativo en el ámbito universal	123
3.4.1.2.	Marco normativo en el ámbito europeo.....	128
3.4.1.3.	La posición del TEDH y de otros organismos europeos.....	141
3.4.2.	<i>La detención de menores no acompañados en España</i>	150
3.5.	La devolución	154
3.5.1.	<i>Normativa internacional aplicable</i>	154
3.5.2.	<i>La devolución de menores en la legislación y en la práctica española</i>	164
3.5.2.1.	La legislación española	164
3.5.2.2.	La práctica española.....	166

4. EJECUCIÓN DE LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE OTROS COMITÉS POR EL ESTADO ESPAÑOL	178
4.1. Valor de los dictámenes de los Comités de derechos humanos de la ONU en el ordenamiento nacional	179
4.1.1. <i>Introducción</i>	179
4.1.2. <i>Los argumentos de los propios Comité y de la doctrina</i>	181
4.1.3. <i>La jurisprudencia</i>	188
4.1.3.1. La sentencia 1263/2018 del Tribunal Supremo en el caso Ángela González Carreño.....	190
4.1.3.2. La sentencia 1/2020 del Tribunal Supremo en el caso Hechuel.....	194
4.1.3.3. La sentencia 786/2023 del Tribunal Supremo en el caso E.L.G.	196
4.1.3.4. La sentencia 1597/2023 del Tribunal Supremo en el caso Rubén Calleja	197
4.1.3.5. La sentencia 61/2024 del Tribunal Constitucional en el caso Ali Aarrass	202
4.1.3.6. Conclusión	206
4.2. Ejecución de los dictámenes del Comité de los derechos del niño en España	208
4.2.1. <i>Nivel de ejecución en España</i>	208
4.2.2. <i>Proyecto de Ley que regula el procedimiento de determinación de la edad</i>	212
4.2.2.1. Los avances que incorpora el proyecto de ley.....	213
4.2.2.2. Elementos susceptibles de mejoras	217
4.3. Mecanismos de implementación de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos	222
5. CONCLUSIONES	232
5.1. Marco internacional	232
5.2. Práctica española a la luz de la jurisprudencia del Comité de los Derechos del niño y europea	238
5.3. La ejecución de los dictámenes del Comité en España y el nivel de adecuación del marco normativo nacional	242
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA	249

1. INTRODUCCIÓN

Cada año, decenas de miles de niños, niñas y adolescentes extranjeros —muchos de ellos no acompañados— huyen de situaciones de violencia, inseguridad y persecución en su país de origen y llegan a las fronteras de la Unión Europea con la esperanza de encontrar la protección que necesitan. En 2024, 36.290 menores no acompañados solicitaron asilo en la UE¹, una cifra muy considerable, especialmente si lo comparamos con los años 2018 a 2020, cuando fueron menos de la mitad los y las menores que emprendieron un viaje migratorio en condiciones de extrema vulnerabilidad, cruzando países y continentes solos hasta alcanzar nuestras fronteras y solicitar protección internacional².

Las razones por las que estos menores salen solos de su país de origen son múltiples e incluyen la persecución que padecen ellos o sus padres, si-

¹ EUROSTAT, *Asylum applications - annual statistics. Applications by unaccompanied minors*, 14 de marzo de 2025, disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_applications_-_annual_statistics#Applications_by_unaccompanied_minors

² Los menores no acompañados que solicitaron asilo en la UE fueron 16.945 en 2018, 14.205 en 2019 y 13.590 en 2020. A partir de 2021, esta cifra ha ido aumentando para situarse entre los 36.000 y los 40.500 desde 2022. Estos últimos años representan una vuelta a una tendencia ascendente, después de un periodo de cinco años de tendencia a la baja que comenzó después del máximo alcanzado en 2015 (88.080): véase EUROSTAT, *Applications of unaccompanied minors. Asylum applicants considered to be unaccompanied minors by citizenship, age and sex – annual data*, disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_asyunaa/default/table?lang=en.

tuaciones de guerra, la trata y la venta de niños, una separación accidental de sus padres durante el viaje migratorio o la necesidad de buscar oportunidades económicas, generalmente a causa de la pobreza o de la discriminación que padecen, ya sea por motivos raciales, de género o de otro tipo³. Al llegar solos a Europa, estos niños, niñas y adolescentes (NNA) se encuentran entre los grupos en situación de mayor vulnerabilidad. Por ello, diversos organismos internacionales —entre ellos, el Comité de los Derechos del Niño y la Comisión Europea— han subrayado la imperiosa necesidad de garantizar una protección adecuada a este colectivo⁴.

Sin embargo, lo que les aguarda en los países de destino es a menudo un trato inadecuado y discriminatorio que vulnera sus derechos fundamentales⁵. La Comisión Europea ha advertido a los Estados miembros sobre las deficiencias y carencias existentes en los procedimientos de detección y de acogida de niños migrantes dentro de la Unión Europea. Señala en particular que los y las menores son a menudo alojados en instalaciones cerradas, que muchas veces no se les nombra un tutor calificado, que las evaluaciones de las necesidades individuales no se llevan a cabo sistemáticamente y que los niños y niñas que pueden haber sufrido violencia a menudo no acceden a servicios específicos⁶. Como consecuencia, estos menores se ven expuestos a la privación de libertad, a la falta de acceso a la alimentación, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación y, en algunos casos, a la explotación y a los abusos sexuales⁷. También, se

³ EUROPEAN PARLIAMENT, *Vulnerability of unaccompanied and separated child migrants*, Briefing, 2024. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/762339/EPRS_BRI\(2024\)762339_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/762339/EPRS_BRI(2024)762339_EN.pdf)

⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, párr. 1, 3 y 5; y COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño*, 2021 COM(2021) 142 final., p. 12, y COMISIÓN EUROPEA, *Protección de menores migrantes*, 2017 [COM (2017) 211 final], así como COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación (UE) 2024/1238 de la Comisión de 23 de abril de 2024 sobre el desarrollo y el refuerzo de los sistemas integrados de protección de la infancia que redunden en el interés superior del niño*, DOUE, L 14.5.24 1-20.

⁵ *Ibid*, EUROPEAN PARLIAMENT, *Vulnerability of unaccompanied ...*, cit. y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6...* cit.

⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Protección de menores migrantes*, cit.

⁷ *Ibid*, y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, cit., párr. 3.

ha documentado que miles de menores migrantes desaparecen cada año después de haber llegado a Europa⁸. En este contexto, son muchos los organismos internacionales que han puesto de manifiesto que la respuesta que se está dando al reto de la acogida de estos menores no se ajusta a los estándares internacionales en materia de protección de la infancia⁹.

En España, esta problemática adquiere especial relevancia, no solo por ser uno de los Estados miembros de la Unión Europea que recibe un mayor número de menores no acompañados, sino también por los reiterados llamamientos de atención que las autoridades españolas han recibido en relación con esta cuestión. En términos de solicitudes de asilo, España se sitúa en cuarto lugar dentro de la UE —por detrás de Alemania, los Países Bajos y Grecia— con un total de 3.305 menores no acompañados que solicitaron protección internacional en 2024. Aunque esta cifra plantea sin duda un desafío significativo, se encuentra lejos de las 13.345 solicitudes registradas en Alemania, principal país receptor de menores extranjeros no acompañados en la Unión¹⁰.

⁸ La European Federation for Missing and Sexually Exploited Children documenta que 18.000 menores migrantes han desaparecido en Europa entre 2018 y 2020: disponible en MISSING CHILDREN EUROPE, *Missing Children in Migration*, <https://missingchildreneurope.eu/children-in-migration/>. Véase también IOM, *Travesías mortales, Volumen 4: niños migrantes desaparecidos*, 2019.

⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, cit.; UNICEF Comité español, *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*, 2019; COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa” (2020/C 429/04)*, DO C 429/24, 11/12/2020, párr. 1.3, 2.3 y 3.1; COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 604/2013 en lo que se refiere a la determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional de un menor no acompañado que no tenga a ningún miembro de la familia, hermano o pariente presente legalmente en un Estado miembro* [COM(2014) 382 final — 2014/0202 (COD)], 15/10/2014, párr. 3.4; y ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución 1810 (2011) *Menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación*, de 15 de abril de 2011.

¹⁰ EUROSTAT, *Asylum applications - annual statistics. Applications by unaccompanied minors ...*, cit. En cuanto a las nacionalidad de estos niños, niñas y adolescentes no acompañados, los que han llegado a la UE en 2024 provienen mayoritariamente de Siria (32%) y Afganistán (15,7%), pero también de Egipto (8,4%), Somalia (6,6%), Guinea (3,6%), Eritrea (3,2%), Venezuela (3,1%), Turquía (2,8%), Colombia (2,3%) y Gambia (2,1%).

En cuanto a la respuesta ofrecida por España, desde hace años tanto el Defensor del Pueblo como diversas organizaciones especializadas vienen señalando graves deficiencias en los procedimientos aplicados. Entre ellas, destacan las irregularidades en la determinación de la edad, la ausencia de asistencia letrada adecuada, la práctica de detención de menores y las devoluciones realizadas sin las debidas garantías ni la debida consideración del interés superior del menor, entre otros aspectos¹¹. Los mecanismos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, y muy especialmente el Comité de los derechos del niño, encargado de monitorear el cumplimiento de la Convención sobre los derechos del niño¹² (en adelante “CDN” o “Convención”) por lo Estados parte, han formulado críticas análogas. En este contexto, destaca el hecho de que la jurisprudencia desarrollada desde 2018 por este Comité en relación con el trato otorgado a los menores extranjeros no acompañados en la frontera haya ido dirigida casi exclusivamente a España¹³.

En efecto, de los 46 asuntos resueltos sobre el fondo por el Comité de los Derechos del Niño en relación con vulneraciones de la Convención —

¹¹ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2022, 2023*, pp. 165-168 y 355-356; *Los niños y los adolescentes en el informe anual 2020, 2021*, pp. 22-24 y 36; *Los niños y los adolescentes en el informe anual 2021, 2022*, pp. 10-29; *El asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, 2016, p. 75; ¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad, 2009. Véase también UNICEF COMITÉ ESPAÑOL, *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*, 2019; y SAVE THE CHILDREN ESPAÑA, *Infancias invisibles. Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España*, 2016.

¹² La Convención sobre los derechos del niño fue adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea general de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, y ha entrado en vigor el 2 de septiembre de 1990. España la ha ratificado el 6 de diciembre de 1990.

¹³ Como es sabido, el Comité puede recibir comunicaciones individuales en contra de cualquier Estado que haya ratificado el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo al procedimiento de comunicaciones*, del 19 de diciembre de 2011. Las comunicaciones podrán ser presentadas por, o en nombre de, personas o grupos de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en cualquiera de los tres instrumentos relativos a los derechos del niño en que ese Estado sea parte: la Convención sobre los derechos del niño, así como el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados, ambos de 25 de mayo de 2000.

no solo en el ámbito de la migración, sino en cualquier materia cubierta por el tratado—, dieciocho corresponden a casos contra España. Suiza y Dinamarca le siguen en número, con siete dictámenes cada uno. De esos dieciocho asuntos relativos a España, la gran mayoría —quince— se refieren al trato inadecuado dispensado a menores extranjeros no acompañados que llegaron a territorio español, en la mayoría de los casos adolescentes que llegaron en patera¹⁴. Estos quince dictámenes, el primero de los cuales data de 2018, fueron durante años los únicos adoptados por el Comité en relación con violaciones de los derechos de menores no acompañados recién llegados a un país, hasta que en 2023 comenzaron a dictarse resoluciones sobre esta misma problemática en relación con otros Estados. En concreto, en 2023 el Comité apreció una vulneración de la Convención en un caso contra Francia, y en 2024 lo hizo en dos asuntos adicionales, relativos a Suiza y nuevamente a Francia¹⁵.

Es previsible que en el futuro se añadan nuevos dictámenes a los ya existentes, dado que se han presentado ante el Comité otros asuntos relacionados con esta misma problemática —en particular, los procedimientos de determinación de la edad y el internamiento de menores no acompañados en Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)— tanto respecto a España como a otros países. En el caso de España, actualmente hay un asunto pendiente de resolución¹⁶ mientras que cuatro han sido archivados¹⁷. Sin embargo, cabe destacar que, pese a no tratarse de dictámenes

¹⁴ Los otros tres dictámenes del Comité de los derechos del niño relativos a España tienen por objeto la falta de acceso a la educación de menores en Melilla: *K.K. c. España*, dictamen del 26 de enero de 2024, CRC/C/95/D/165/2021; *A.B.A. y otros c. España*, dictamen del 12 de septiembre de 2022, CRC/C/87/D/114/2020; y *H.M. c. España*, dictamen del 31 de mayo de 2021, CRC/C/87/D/115/2020.

¹⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *A.M c. Suiza*, dictamen del 21 de mayo de 2024, CRC/C/96/D/80/2019; y *U.A. c. Francia*, dictamen del 21 de mayo de 2024, CRC/C/96/D/132/2020.

¹⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Comunicación núm. 156/2021, relativa a la deportación colectiva sumaria de diez niños de nacionalidad marroquí desde Ceuta a Marruecos sin notificación previa ni determinación de edad.

¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.E.A.K. c España*, decisión del 28 de octubre de 2024 (archivo), CRC/C/97/D/175/2022; *F.R.B. c España*, decisión del 20 de octubre de 2023 (archivo), CRC/C/949/D/142/2021; *M.S. c España*, decisión del 22 de febrero de 2022 (archivo), CRC/C/89/D/122/2020; *M.E. c España*, decisión del 22 de febrero de 2022 (archivo), CRC/C/89/D/78/2019.

sobre el fondo, estas decisiones de archivo no carecen de interés ya que describen situaciones recientes en las que se denuncian vulneraciones de derechos muy similares a las que motivaron los quince dictámenes anteriores emitidos contra España.

En ellas se denuncian irregularidades en los procedimientos de determinación de la edad o la falta de acierto de las pruebas practicadas en el marco de estos procedimientos, situaciones muy preocupantes todas ellas que han llevado al internamiento de los menores en CIEs junto con adultos y a la adopción de ordenes de devolución en su contra. El hecho de que estos asuntos hayan sido archivados, ya sea porque el menor abandonó el territorio (en dos de los casos, habiéndose trasladado a Francia) o porque finalmente fue reconocido como menor y puesto bajo la protección del Estado, no implica que no se hayan producido vulneraciones de la Convención. Tal y como lo indica el mismo Comité en la decisión relativa a uno de estos asuntos, el archivo no significa que el Comité apruebe el procedimiento de determinación de la edad seguido por España ni que el reconocimiento de la minoría de edad constituya de por sí una plena reparación de las violaciones alegadas¹⁸.

Asimismo, están pendientes de resolución trece casos en relación con el trato a menores extranjeros no acompañados recién llegados al territorio de países —todos ellos— europeos. Además del caso ya mencionado relativo a España, que concierne la devolución colectiva de diez menores a Marruecos desde Ceuta, existen ocho casos pendientes respecto de Francia¹⁹ y cuatro más respecto de Suiza, Croacia, Eslovenia y Finlandia respectivamente²⁰. Esto no hace más que confirmar la creciente importan-

¹⁸ *M.E. c España*, decisión del 22 de febrero de 2022 (archivo), CRC/C/89/D/78/2019, párr. 7.

¹⁹ Comunicación núm. 149/2021, 152/2021, 154/2021, 160/2021, 170/2021, 189/2021, 221/2023 y 234/2023. En todos estos asuntos se plantean cuestiones relativa al procedimiento de determinación de la edad que no se habría llevado a cabo de acuerdo con la Convención (por no considerar la documentación oficial de la que disponía el menor, por la realización de un test óseo como único criterio de determinación o por otros motivos), mientras que en algunos de ellos se alega también la falta de acceso al sistema de protección de los menores y, en un caso, la omisión de registro de la solicitud de asilo del menor.

²⁰ Comunicaciones núm. 226/2023 (Suiza) relativa a las condiciones de alojamiento, escolarización y atención sanitaria que se ofrecen a los menores no acompañados que solicitan asilo, y la función del tutor; la comunicación núm. 195/2022

cia de esta cuestión y la persistencia de una respuesta inadecuada ante esta problemática, no solo por parte de España, sino también de otros países de su entorno.

A la luz de lo expuesto y considerando que ha transcurrido poco más de una década desde que España ratificó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al procedimiento de comunicaciones²¹, parece oportuno realizar un balance sobre el impacto de este procedimiento en relación con las denuncias presentadas contra España. Esta jurisprudencia, como se ha señalado, se centra predominantemente en la cuestión del trato dispensado a los menores extranjeros no acompañados en el momento de su llegada al territorio y durante los primeros días y semanas de su permanencia en él. Esta elección se fundamenta no solo en la relevancia de esta cuestión desde una perspectiva de derechos humanos aplicada a la migración, y en particular a la infancia migrante, sino también en el respaldo proporcionado por una revisión de la doctrina iusinternacionalista de los últimos años, que evidencia que ninguno de los estudios existentes sobre este tema realiza un análisis integral de la jurisprudencia del Comité.

Algunos estudios se centran principalmente en el análisis de la legislación²², mientras que otros se centran en un solo aspecto de la cues-

(Eslovenia) relativa al retorno en virtud de un acuerdo de readmisión de un refugiado apátrida no acompañado de Myanmar a Croacia, desde donde sería devuelto a Bosnia y Herzegovina; la comunicación núm. 196/2022 (Croacia) relativa al retorno de un refugiado apátrida no acompañado de Myanmar a Bosnia y Herzegovina, tras ser devuelto desde Eslovenia; y la comunicación núm. 202/2022 (Finlandia) relativa a la reunificación familiar de una niña no acompañada somalí con su madre en Finlandia.

²¹ El Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones fue ratificado por España el 3 de junio de 2013 (BOE n° 27, de 31 de enero de 2014, pp. 6453 a 6462)

²² DURÁN RUIZ, F.J., “Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro”, Ed. Aranzadi, 2021; DURÁN RUIZ, F.J., “Propuesta de un sistema común e integrado de protección de menores y jóvenes migrantes en la Unión europea”, en DURÁN RUIZ, F.J., CUESTA REVILLA, J. y NAVARRO ORTEGA, A., *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras personas vulnerables en la UE y España: respuestas jurídicas desde la perspectiva de género*, 2021, pp. 85-130; y VICENTE LORCA, A. “Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España”, *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 22, 2022, pp. 101-130.

ción²³ —como pueden ser las pruebas de determinación de la edad— o en el análisis de las Observaciones finales formuladas por el Comité en el marco del examen periódico de los informes de los Estados²⁴. Además, lo estudios anteriores a 2021 no pueden considerarse, ya que la jurisprudencia relativa a España ha sido adoptada entre el 2018 y el 2021. Finalmente, en este trabajo se abordan cuestiones posteriores, entre las que destacan los instrumentos, las recomendaciones y la jurisprudencia relativas al trato que los Estados deben otorgar a los menores extranjeros no acompañados, tanto en el ámbito universal como en el europeo. En particular, se examina detalladamente la normativa de la UE aplicable a los menores no acompañados, así como las modificaciones introducidas por el Pacto de Migración y Asilo de la UE, que abarca un complejo entramado de ocho reglamentos y una directiva adoptados en 2024 y que entrarán en vigor a mediados de 2026. También se analiza la jurisprudencia de los dos tribunales europeos, relativamente abundante en esta materia y complementaria a la del Comité de los Derechos del Niño, junto con las resoluciones y recomendaciones de diversos órganos de la UE, el Consejo de Europa y las Naciones Unidas. Todo ello con el objetivo de proporcionar una visión integral de los estándares internacionales aplicables a esta cuestión y evaluar en qué medida estos son complementarios o están alineados con la jurisprudencia del Comité de los Derechos del Niño.

A la luz de lo expuesto, este trabajo se plantea una serie de objetivos alrededor de los cuales se desarrolla la investigación, con el propósito de identificar y analizar las cuestiones más problemáticas que se plantean y de formular conclusiones y propuestas que puedan contribuir a mejorar la efectividad del Derecho internacional y europeo en esta materia, en particular desde un enfoque de derechos humanos, de género y de la infancia. En primer lugar, se quiere determinar el marco internacional aplicable a los menores migrantes no acompañados que llegan a España, con el obje-

²³ MONTESINOS PADILLA, C., “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”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n° 110, 2021, pp. 229-258.

²⁴ ORTIZ VIDAL, M.D., “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*, n° 41, 2021, pp. 1-27.

tivo de aportar claridad jurídica acerca de las obligaciones de los Estados, pero también de comprobar si este marco es suficientemente exhaustivo y adopta un enfoque adecuado para garantizar los derechos humanos de este grupo de menores especialmente vulnerables.

En segundo lugar, se quiere poner de manifiesto en qué medida España está cumpliendo con sus obligaciones internacionales en esta materia, principalmente a través del estudio de la abundante jurisprudencia del Comité de los Derechos del Niño relativa a España, pero complementándolo también con el estudio de la jurisprudencia europea sobre esta cuestión relativa a otros países, puesto que los estándares que marcan los dos tribunales europeos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), determinan la forma en que el conjunto de los países de la Unión deben aplicar el Derecho europeo.

En relación tanto con la determinación de los estándares internacionales aplicables como con el estudio de la práctica española en esta materia, el análisis se centra de forma prioritaria en los siguientes aspectos: los procedimientos de determinación de la edad, las garantías del debido proceso, el derecho a solicitar asilo, el derecho a una asistencia adecuada a la condición de menor, para finalizar con dos problemas que generan especial preocupación: la detención y la devolución de estos menores.

Finalmente, en el último capítulo se abordan elementos de análisis relacionados con el nivel de ejecución por parte del Estado español de los dictámenes del Comité de los Derechos del Niño y, de manera más amplia, de todos los Comités de derechos humanos de Naciones Unidas. En efecto, mientras que no se cuestiona que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son de obligado cumplimiento, el carácter vinculante o no de los dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de la ONU, así como las obligaciones que derivan de los mismos en cuanto a su implementación, continúan siendo objeto de debate tanto en el plano jurisprudencial como doctrinal. Esta cuestión, sin embargo, es fundamental, pues está en juego el valor que España otorga a estos dictámenes dentro de su ordenamiento interno y las consecuencias que esto conlleva para los particulares respecto de la reparación de una vulneración de sus derechos fundamentales. Si el Estado español no reconoce efectos a una decisión to-

mada por un Comité en un procedimiento que ha aceptado y en el que ha podido participar con plenas garantías procesales, cabe preguntarse hasta qué punto tal postura vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes. Asimismo, resulta pertinente cuestionarse en qué medida dicha actitud es compatible con la obligación del Estado de cumplir de buena fe los compromisos internacionales que ha asumido, conforme al artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Asimismo, más allá del cumplimiento individual de los dictámenes, se analiza en qué medida el Estado español da cumplimiento a su obligación de adoptar medidas generales, ya sean de carácter legislativo, administrativo o de otra índole, orientadas a adecuar su marco normativo y procedimental a los estándares internacionales de derechos humanos identificados por los Comités, tanto en sus dictámenes como en sus observaciones finales dirigidas a España. En este contexto, se examinan algunos cambios normativos recientes, entre ellos el proyecto de ley relativo al procedimiento de determinación de la edad, aprobado recientemente por el Consejo de Ministros para dar cumplimiento a los dictámenes del Comité.

Finalmente, se presentan las principales conclusiones a las que se ha llegado a lo largo de esta investigación y algunas propuestas *de lege ferenda* que se espera puedan contribuir a mejorar tanto el marco legal como su implementación en la práctica, en beneficio de uno de los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad, unos niños, niñas y adolescentes que, no lo olvidemos, han sido privados de forma prematura de la protección y del cariño de sus padres.

2. MARCO NORMATIVO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL MENOR NO ACOMPAÑADO

2.1. Introducción: el concepto de “menor extranjero no acompañado”

La Convención sobre los derechos del niño no define al menor extranjero no acompañado ni aborda de forma específica su situación, ya que la migración de este colectivo era más bien esporádica hasta el principio de los años 2000, momento en el que el Comité ha empezado a centrarse en esta cuestión. Su trabajo ha culminado en la adopción de la Observación general núm. 6 de 2005 relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen²⁵. En esta Observación, el Comité indica que, de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, debe entenderse por “niños no acompañados” o “menores no acompañados” los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad²⁶.

Por otra parte, los “niños separados” son aquellos menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesaria-

²⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.

²⁶ *Ibid.*, pár. 7.

mente de otros parientes²⁷ (apartado 8). Finalmente, hace referencia a la definición de la Convención que indica que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”²⁸.

En cuanto al derecho de la Unión europea, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011²⁹ —la llamada “Directiva de reconocimiento”— en su artículo 2, apartado 1, define al menor no acompañado como:

“el menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; se incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros”³⁰.

El mismo artículo define al menor como “un nacional de la UE o apátrida menor de 18 años” (art. 2 (k)). Finalmente, la nueva normativa derivada del nuevo Pacto sobre migración y asilo de la UE de 2024 deja inalterada la definición de la Directivas actuales³¹.

²⁷ Ibid., pár. 8.

²⁸ Ibid., pár. 9, y Artículo 1, apartado 7, de la Convención.

²⁹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional (refundición), DO L 337, 20.12.2011, p. 9.

³⁰ La Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), DO L 180, 29.6.2013, p. 60 (la llamada “Directiva de procedimiento”) remite a la definición de la Directiva 2011/95/UE (ver artículo 2(m)), mientras que la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición) (DO L 180, 29.6.2013, p. 96) incluye una definición muy similar a la de la Directiva 2011/95/UE: “el menor que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable del mismo, conforme a la ley o a la práctica del Estado miembro de que se trate, y mientras no esté efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable de él; este concepto incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros” (artículo 2(3)).

³¹ Véase el artículo 3.7 del Reglamento de procedimiento y el artículo 2, apartado 5, de la Directiva de acogida de 2024).

Por lo tanto, los elementos definitorios de este concepto son:

1. Que se trate de un menor de edad;
2. Que este sea no nacional de la UE o apátrida;
3. Que no haya un adulto responsable de él; y
4. Que haya llegado al territorio de la UE.

A la luz de lo anterior, la legislación española ha incorporado una definición de menor extranjero no acompañado que se conforma con los estándares internacionales a los que acabamos de hacer referencia. El art. 189 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (RLOEx) reza:

“Lo previsto en el presente capítulo será de aplicación al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”³².

2.2. Marco de ámbito universal

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) estableció ya en los años 60 que:

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, [...] a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”³³.

³² 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 (RLOEx).

³³ Artículo 24 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976. España lo ha ratificado el 27 de abril de 1977.

Se establece así la obligación de los estados de garantizar la protección de los menores, incluso por parte de las instituciones públicas. Sin embargo, es la adopción de la Convención sobre los derechos del niño que marca un antes y un después en el reconocimiento de los derechos fundamentales de niños y niñas en el mundo. Se trata del primer instrumento internacional de carácter vinculante que contiene estándares para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Al ser, además, el tratado de derechos humanos con más ratificaciones y uno de los tratados más ratificado al mundo en general (196 estados: todos excepto los Estados Unidos de América), se ha convertido en el instrumento de referencia para la protección de niños y niñas en el plano universal.

La Convención reconoce que los NNA son un grupo vulnerable en la sociedad que necesita una protección especial y obliga a todos los estados parte a asegurar a los y las menores, mediante la adopción de medidas legislativas y administrativas apropiadas, “la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”³⁴. En primer lugar, la Convención establece como norma cardinal y transversal el principio del interés superior del menor, que debe orientar toda actuación relativa a un menor, siendo su interés siempre la consideración primordial en toda decisión que tenga que tomar una autoridad y que afecte a un menor.

Esta misma obligación se recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que exige que “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”³⁵. Uno de los aspectos centrales del concepto de interés superior del menor es que el menor sea percibido y tratado como un sujeto titular de derechos y no como un objeto o como un adulto inmaduro³⁶.

A este se añaden otros dos principios fundamentales: el principio de no discriminación y el derecho a ser oído. El derecho a la igualdad y la

³⁴ Artículo 3, apartado 2.

³⁵ Artículo 24, apartado 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³⁶ Véase COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

no-discriminación, eje vertebrador del derecho internacional y europeo en materia de derechos fundamentales, prohíbe toda discriminación en el trato de NNA basada en su raza, su sexo, su origen nacional o social o cualquier otra condición. Asimismo, el Comité subraya que este principio prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante, y que deben tomarse medidas en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los NNA no acompañados o separados, con el fin de evitar su discriminación³⁷.

En cuanto al otro principio fundamental, el derecho a ser oído, tanto el CDN como la CDFUE prevén que los y las menores tienen derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que les afecten y que ésta deberá ser tenida en cuenta en función de su edad y madurez³⁸. De cara a la expresión informada de sus deseos y opiniones, incluso en lo que concierne la tutela, custodia y alojamiento y representación legal, el Comité resalta que es fundamental que los NNA dispongan de toda la información pertinente acerca de sus derechos, de los servicios existentes, en especial medios de comunicación, del procedimiento para solicitar el asilo, así como de la localización de la familia y de la situación en el país de origen³⁹.

En cuanto a las demás disposiciones de la Convención, es especialmente relevante en relación con el tema que nos ocupa el artículo 20, que establece que los NNA que se ven temporal o permanentemente privados de su medio familiar tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Un artículo que es central en la jurisprudencia del Comité sobre los menores extranjeros no acompañados, como se verá más adelante.

Otro derecho fundamental de niños y niñas es el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo⁴⁰, que incluye el derecho a la protección contra la violencia. El derecho al desarrollo debe interpretarse en el sentido más amplio y englobar el desarrollo físico, mental, espiritual, moral,

³⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, cit., pár. 18.

³⁸ Artículo 12 de la CDN y artículo 24, apartado 1, de la CDFUE.

³⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, cit., pár. 25.

⁴⁰ Artículo 6 de la CDN.

psicológico y social. En este contexto, está estrechamente relacionado con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud⁴¹ así como el derecho a la educación en condiciones de igualdad de oportunidades con los demás NNA⁴², de forma que el o la menor pueda desarrollar su personalidad, sus aptitudes y su capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades⁴³. El Convenio reconoce también el derecho a la identidad⁴⁴ y el Comité ha considerado, tal y como se examinará, que negar la minoría de edad a una persona menor constituye una violación de su derecho a la identidad.

Asimismo, de acuerdo con la Convención, los estados parte se comprometen a proteger a los niños y niñas de todas las formas de explotación, abuso sexual y trata, incluso por parte de sus madres y padres o de otra persona responsable de su cuidado⁴⁵, y de protegerle asimismo de la explotación económica y laboral⁴⁶. Finalmente, en el contexto migratorio resulta especialmente relevante el artículo 22 que se refiere al derecho del y de la menor a solicitar asilo y a ser considerado refugiado de conformidad con el Derecho internacional aplicable, y que exige que cualquier niño y niña que se encuentre en esta situación:

“reciba, tanto si está solo como si está acompañado por sus familiares, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”

El derecho de NNA a solicitar asilo que recoge la Convención deriva del Derecho internacional de los derechos humanos y de los refugiados que lo establecen como un derecho fundamental que se reconoce a cualquier persona, menor o adulta. En efecto, tanto el Derecho internacional

⁴¹ Artículo 24 de la CDN.

⁴² Artículo 28 de la CDN.

⁴³ Artículo 29 de la CDN.

⁴⁴ Artículo 8 de la CDN.

⁴⁵ Artículos 19, 34 y 35 de la CDN y Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

⁴⁶ Artículo 32 de la CDN.

de los refugiados como el de los derechos humanos establecen el deber de los Estados de garantizar que toda persona pueda buscar asilo y disfrutar de él, así como la obligación de no devolución a su país de origen o de procedencia al que tiene fundados temores de volver⁴⁷.

Para aclarar cómo debe garantizarse el disfrute de todos estos derechos por parte de los menores extranjeros no acompañados en situación transfronteriza, además de las Observaciones finales y los Dictámenes dirigidos a Estados concretos, el Comité ha adoptado unas Observaciones generales especialmente relevantes. Nos referimos sobre todo a la ya mencionada Observación general núm. 6 sobre trato de los menores no acompañados, pero también a las núm. 12⁴⁸, 14, 22 y 23⁴⁹ —estas dos últimas adoptadas de forma conjunta con el Comité sobre trabajadores migratorios— sobre el derecho del niño a ser escuchado, el interés superior del menor y los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración, respectivamente. Estos documentos, cogidos en su conjunto, recogen de forma clara y detallada el conjunto de las obligaciones que emanan de la Convención en relación con la protección de los menores

⁴⁷ Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); artículo 33, apartado 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951); y artículo 3, apartado 1, de la Convención contra la tortura (1984), entre otras disposiciones pertinentes. Véase también LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D., “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion”, in FELLER, E., TÜRK, V. and NICHOLSON, F., *Refugee Protection in International Law*, 2003, pp. 87-177.

⁴⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General núm. 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12.

⁴⁹ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general conjunta núm. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017) sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*, CMW/C/GC/3 – CRC/C/GC/22, 16 de noviembre de 2017; y *Observación general conjunta núm. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017) sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, CMW/C/GC/4 – CRC/C/GC/23, 16 de noviembre de 2017.

extranjeros no acompañados y son objeto de referencia constante del Comité en su jurisprudencia.

Finalmente, otros organismos internacionales, como UNICEF o ACNUR, han adoptado directrices y otros documentos de carácter recomendatorio que proporcionan orientación adicional sobre cómo deben interpretarse las obligaciones de los Estados en relación con la infancia que migra sola⁵⁰.

2.3. Marco de ámbito europeo

2.3.1. Consejo de Europa

En el ámbito del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria ha adoptado distintas resoluciones sobre los menores extranjeros no acompañados desde 2011, que instan a los Estados a tomar medidas más garantistas en relación con este colectivo, insistiendo entre otros aspectos en la necesidad de adoptar medidas alternativas a la detención o procedimientos de determinación de la edad respetuosos de los derechos humanos, e insistiendo en la necesidad de uniformar la normativa en los países europeos⁵¹. En cuanto al Comité de Ministros, resulta especialmente relevante el amplio abanico de recomendaciones que formula en su Recomendación sobre principios y directrices relativos a los derechos

⁵⁰ ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, 1997, párr. 5.11. UNICEF, *Age Assessment: A Technical Note*, 2013; y ACNUDH, OIT, OIM, UNESCO, ACNUR, UNICEF, UNODC, UNU, ONU Mujeres y OMS, *Principios y Directrices, respaldados por orientación práctica, sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones vulnerables*, 2017.

⁵¹ CONSEJO DE EUROPA, ASAMBLEA PARLAMENTARIA, Resolución 2449 (2022), *Protection and alternative care for unaccompanied and separated migrant and refugee children*, de 22 de junio de 2022. Véase también la Resolución 1810 (2011), *Unaccompanied children in Europe: issues of arrival, stay and return*, de 15 de abril de 2011, la Resolución 2020 (2014), *The alternatives to immigration detention of children*, de 3 de octubre de 2014, la Resolución 2136 (2016) *Harmonising the protection of unaccompanied minors in Europe*, de 13 de octubre de 2016 y la Resolución 2195 (2017) *Child-friendly age assessment for unaccompanied migrant children*, de 24 de Noviembre de 2017.

humanos para la determinación de la edad en el ámbito de la migración, de diciembre de 2022⁵².

A pesar de tratarse de instrumentos de *soft law*, estos estándares van dirigidos a garantizar el cumplimiento de obligaciones de *hard law*, y en particular de las que tienen los Estados en virtud del Convenio europeo de derechos humanos, cuyo artículo 8 obliga a los Estados a proteger el derecho a la vida privada de adultos y niños. Un derecho que, de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de interpretarse en un sentido amplio que abarca tanto la integridad física como la psicológica de una persona. Este derecho incluye el derecho al desarrollo que es especialmente importante para los niños, niñas y adolescentes y más todavía para aquellos y aquellas que se encuentran solos fuera de su país⁵³.

2.3.2. *Unión Europea*

2.3.2.1. El Sistema Europeo Común de Asilo y el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE recoge por vez primera en el ámbito europeo el derecho de asilo⁵⁴, al mismo tiempo que prohíbe las expulsiones colectivas y el retorno de una persona a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometida a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes⁵⁵. A raíz de

⁵² CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ DE MINISTROS, *Recomendación CM/Rec(2022)22 a los Estados sobre principios y directrices relativos a los derechos humanos para la determinación de la edad en el ámbito de la migración*, 12 de diciembre de 2022.

⁵³ TEDH, *Darboe y Camara c. Italia*, asunto núm. 5797/17, sentencia de 21 de julio de 2022.

⁵⁴ Artículo 18 de la CDFUE: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra [...] y de conformidad con el Tratado de la Unión europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión europea [...]”.

⁵⁵ Artículo 19.

la comunitarización de la política europea de asilo que se produjo con la adopción del Tratado de Amsterdam que introdujo en las competencias de la UE la creación de un “Espacio de seguridad, libertad y justicia”⁵⁶ otorgándole el mandato legislativo de desarrollar una política común de asilo (artículo 78 TFUE), la UE ha rediseñado su sistema europeo común de asilo (SECA). Este se compone de las Directivas de acogida⁵⁷, de calificación⁵⁸, de procedimientos de asilo⁵⁹, así como del Reglamento “Dublín III”⁶⁰ y del Reglamento Eurodac, adoptados entre 2011 y 2013⁶¹. Sin embargo, este marco no ha tardado en demostrar su debilidad, en particular en el contexto de la llamada crisis de los refugiados de 2015, razón por la cual en 2016 la Comisión presentó una primera propuesta

⁵⁶ Véase MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La política europea de protección internacional. Sistema europeo común de asilo*, Aranzadi, 2018.

⁵⁷ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, DO L 180, 29.6.2013, p. 96.

⁵⁸ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DO L 337, 20.12.2011, p. 9.

⁵⁹ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DO L 180, 29.6.2013, p. 60.

⁶⁰ Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, DO L 180, 29.6.2013, pp. 31–59.

⁶¹ Reglamento (UE) 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, DO L 180, 29.6.2013, pp. 1–30.

de reforma que, por falta de consenso, se sustituyó en 2020 por la nueva propuesta de un “Nuevo Pacto de Migración y Asilo”⁶², finalmente adoptada en mayo de 2024.

Esta nueva regulación de la migración y del asilo en la UE incluye nueve Reglamentos y una Directiva: el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración⁶³ (que sustituirá el Reglamento Dublín III), dos Reglamentos sobre el triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores⁶⁴, el Reglamento de Procedimiento⁶⁵, el Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor⁶⁶,

⁶² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, COM(2020) 609 final. Bruselas, 23 de septiembre de 2020. Para un análisis global del conjunto de estos instrumentos, véase DE BRUYCKER, P., “Genealogy of and futurology on the pact on migration and asylum”, Post n. 1 of the Series of the Odysseus Blog on the Pact on Migration & Asylum, Blog Immigration and Asylum Law and Policy, 6 de mayo de 2024, disponible en: <https://eumigrationlawblog.eu/genealogy-of-and-futurology-on-the-pact-on-migration-and-asylum/>

⁶³ Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) 604/2013 (DO L, 2024/1351, 22.5.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1351/oj>) (Reglamento sobre Gestión de Asilo y Migración, o RAM).

⁶⁴ Reglamento (UE) 2024/1352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/816 y (UE) 2019/818 a efectos de la introducción del triaje de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores (DO L, 2024/1352, 22.5.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1352/oj>); Reglamento (UE) 2024/1356 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se introduce el triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817 (DOUE L n, de 22 de mayo de 2024) (Reglamentos de triaje).

⁶⁵ Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE (DO L, 2024/1348, 22.5.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1348/oj>) (Reglamento de Procedimiento).

⁶⁶ Reglamento (UE) 2024/1359 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147 (DO L, 2024/1359, 22.5.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1359/oj>) (Reglamento de Crisis y de Fuerza Mayor).

el Reglamento EURODAC⁶⁷, el Reglamento de Reconocimiento⁶⁸, el Reglamento de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la UE⁶⁹, el Reglamento sobre Procedimiento Fronterizo de Retorno⁷⁰ y la Directiva de Acogida⁷¹. En sus respectivas disposiciones finales se prevé que el Reglamento de Reconocimiento (RC), el Reglamento de Gestión de Asilo y Migración (RAM), y el Reglamento de Crisis y Fuerza Mayor (RCF) serán de aplicación a partir del 1 de julio de 2026, mientras que para el resto de

⁶⁷ Reglamento (UE) 2024/1358 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la creación del sistema « EURODAC » para la comparación de datos biométricos a efectos de la aplicación efectiva de los Reglamentos (UE) 2024/1351 y (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva 2001/55/CE del Consejo y de la identificación de nacionales de terceros países y apátridas en situación irregular, y sobre las solicitudes de comparación con los datos de EURODAC presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (*DO L*, 2024/1358, 22.5.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1358/oj>) (Reglamento EURODAC).

⁶⁸ Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (*DO L*, 2024/1347, 22.5.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1347/oj>) (Reglamento de Reconocimiento).

⁶⁹ Reglamento (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147 (*DO L*, 2024/1350, 22.5.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1350/oj>) (Reglamento de Reasentamiento y Admisión Humanitaria).

⁷⁰ Reglamento (UE) 2024/1349 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1148 (*DO L*, 2024/1349, 22.5.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1349/oj>) (Reglamento de Procedimiento Fronterizo de Retorno).

⁷¹ Directiva (UE) 2024/1346 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (*DO L*, 2024/1346, 22.5.2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1346/oj>) (Directiva de Acogida).

los Reglamentos la fecha de inicio de su aplicación será el 12 de junio de 2026. Esta última fecha es también la que prevé la Directiva de Acogida para que los Estados completen su transposición en sus respectivos ordenamientos internos. Por tanto, hasta mediados de 2026 seguirá siendo de aplicación la normativa del SECA que ha estado en vigor hasta ahora. Y su vigencia se prolongará todavía más en el tiempo, puesto que la normativa actual deberá aplicarse a todas las solicitudes de protección internacional que se presenten antes de la fecha de aplicación de la nueva normativa, es decir para todas las solicitudes presentadas hasta mediados de 2026.

Por tanto, en este estudio nos referiremos principalmente a las directivas y reglamentos adoptados entre 2011 y 2013 que seguirán rigiendo la situación de los menores extranjeros no acompañados con necesidades de protección internacional y sometidos a eventuales procedimientos de retorno hasta mediados de 2026 y más allá para las solicitudes que estos y estas menores hayan presentado hasta esta fecha. Sin embargo, nos referiremos también a la nueva normativa aplicable a partir de 2026, con el objetivo de valorar el impacto de esta normativa en los derechos y garantías de los menores no acompañados.

2.3.2.2. Normativa de la UE relativa a los menores extranjeros no acompañados

En los instrumentos de Derecho de la Unión Europea relativos a la migración y el asilo a los que acabamos de referirnos, nos encontramos solo con unas pocas disposiciones aisladas que regulan la situación de los menores extranjeros no acompañados, que se encuentran en algunas de las principales Directivas que conforman el SECA. Mientras la ya mencionada “Directiva de reconocimiento” define al menor no acompañado, la Directiva 2008/115/CE, o “Directiva de retorno”, los incluye entre las personas vulnerables y establece unas garantías adicionales en relación con su devolución. Sin embargo, no excluye su internamiento como medida previa a la ejecución de una orden de devolución⁷².

⁷² Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miem-

Pero es en la Directiva 2013/32/UE, o “Directiva sobre procedimientos de asilo” (o DPA), donde encontramos la disposición más exhaustiva. En el artículo 25 relativo a las garantías que deben reconocerse al menor no acompañado que manifieste su voluntad de solicitar protección internacional, se establece ante todo la obligación de nombrar tan pronto como sea posible un tutor con conocimientos especializados y que actúe en nombre del menor para garantizar el disfrute de sus derechos y su interés superior. Asimismo, se establece el deber de garantizar la presencia de un asesor jurídico, así como el asesoramiento del representante en la entrevista relativa a la solicitud de asilo. En cuanto al procedimiento de determinación de la edad, establece unas garantías que incluyen el respeto de la dignidad del o la menor, la utilización de métodos los menos intrusivos posibles y la necesidad de recabar el consentimiento informado del menor para la realización de reconocimientos médicos, tal y como se examinará más adelante de forma más exhaustiva. Asimismo, se hará referencia a los cambios que introduce al respecto el Reglamento de procedimiento.

Más allá de estos instrumentos, la Unión europea no se ha dotado de ningún instrumento específico para un abordaje integral y uniforme de esta cuestión. Hasta podemos identificar cierta tendencia regresiva en términos de protección, que refleja sin duda la tendencia que se está dando en el ámbito de las políticas migratorias de la UE en su conjunto. En efecto, en el año 2010 la UE se dotó de un *Plan de Acción de la Unión Europea sobre los Menores de Edad No Acompañados (2010-2014)*⁷³. Este plan señala una serie de cuestiones que deben ser abordadas de forma armonizada por parte de los Estados miembros, entre las que destacan la necesidad de regular de forma común a nivel europeo el estatuto de los menores no acompañados y los procedimientos de acceso al asilo para este colectivo, así como la necesidad de poner remedio a la ausencia de servicios especializados para la atención a estos NNA y de procedimientos adecuados para evitar su discriminación, exclusión social y detención. También, se insiste en la necesidad de adoptar acuerdos de asociación con los países de origen para evitar la migración en condiciones de riesgo y la trata de estos y estas

bros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOL 348, 24.12.2008, pp. 98-107, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/115/oj>.

⁷³ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo [COM (2010) 213 final], *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*, 6 de mayo de 2010

menores, así como garantías procesales para la protección de sus derechos y para mejorar la cooperación en materia de identificación de su familia. Finalmente, se insiste en la necesidad de incrementar las vías que permiten la integración de los NNA como solución alternativa al retorno.

A raíz de este Plan, el gobierno de España aprobó en 2014 un Protocolo marco sobre los menores extranjeros no acompañados, mientras que otros países fueron más allá y adoptaron disposiciones legislativas que garantizan la adopción de medidas de protección de estos NNA, como fue al caso de Italia en 2017 con la llamada Ley Zampa⁷⁴.

A pesar de las esperanzas que había despertado, al expirar su periodo de vigencia el Plan de Acción europeo no ha tenido continuidad, a pesar de la solicitud del Parlamento europeo en este sentido⁷⁵, ni se ha adoptado ningún otro instrumento sobre el particular. Por consiguiente, los Estados de la Unión europea se enfrentan a grandes dificultades para gestionar el problema de estos NNA, haciéndolo de una forma muy dispar tanto en la ley como en la práctica⁷⁶. Esto ha llevado al Comité Económico y Social Europeo a adoptar un dictamen sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en el que pide a los Estados priorizar la protección debida a los menores frente a los intereses de regulación de la migración y formula recomendaciones detalladas a los Estados en este sentido, al mismo tiempo que pide a la Comisión europea que elabore una Directiva re-

⁷⁴ Ley n. 47 de 7 de abril de 2017, titulada *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, Ver LELLIOT, J., “La ley “Zampa” en Italia: aumentar la protección para los menores no acompañados”, *Revista Migraciones Forzadas*, vol. 57, 2018, pp. 79-81; y UNICEF, “UNICEF aplaude la ley para proteger a los menores refugiados en Italia”, 29 de marzo de 2017, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2017/03/1376181>.

⁷⁵ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 26 de noviembre de 2019 sobre los derechos del niño con ocasión del 30º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño (2019/2876)*, párr. 36.

⁷⁶ Véase por ejemplo COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa” (2020/C 429/04)*, cit., párr. 2.8; y EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Children in Migration: Report on the state of implementation in 2019 of the 2017 Communication on the protection of children in migration*, 2021.

lativa a la protección de los menores extranjeros no acompañados⁷⁷. La Comisión no ha elaborado ningún proyecto legislativo de estas características, por lo que esta recomendación no se ha cumplido hasta la fecha.

En el ámbito de los instrumentos de *soft law*, señalamos finalmente la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo titulada *Protección de los menores migrantes* de 2017 que ha sido plenamente respaldada por el Comité Europeo de las Regiones en un dictamen posterior que lleva el mismo título⁷⁸. Estos documentos, conjuntamente con el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo al que hemos hecho referencia, proporcionan un amplio abanico de recomendaciones a los Estados miembros sobre cómo mejorar la protección de estos menores especialmente vulnerables⁷⁹. Finalmente, en una Resolución de 2019⁸⁰, el Parlamento europeo expresa su preocupación por la desaparición de un número muy elevado de menores en Europa, una cuestión que está estrechamente relacionada con la anterior y que recalca aún más la necesidad de abordar la cuestión de los menores extranjeros no acompañados de forma integral. Lejos de menguar, el fenómeno de la desaparición de menores extranjeros no acompañados sigue creciendo. Así lo ha puesto de manifiesto una investigación europea reciente premiada por el Parlamento europeo en 2024, que ha documentado que al menos 51.433 menores migrantes no acompañados desaparecieron después de llegar a países europeos entre 2021 y 2023⁸¹.

⁷⁷ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa” (2020/C 429/04)*, cit., párr. 2.9.

⁷⁸ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo *Protección de los menores migrantes*, COM/2017/0211 final, 2017; y COMITÉ EUROPEO DE LAS REGIONES, “Dictamen del Comité Europeo de las regiones - La protección de los menores migrantes”, 2018/C 054/14, DOUE C 54, 13.2.2018, pp. 76-80.

⁷⁹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo “*Protección de menores migrantes*”, 12 de abril de 2017, COM(2017) 211 final.

⁸⁰ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 26 de noviembre de 2019 sobre los derechos del niño con ocasión del 30º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño (2019/2876)*, párr. 45.

⁸¹ PARLAMENTO EUROPEO, “Una investigación sobre niños migrantes desaparecidos gana el Premio de Periodismo Daphne Caruana Galizia 2024”, Nota de prensa, 23 de octubre de 2024, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20241018IPR24759/investigacion-sobre-ninos-migrantes-desapare->

2.4. Los principios rectores: el interés superior del menor y otros principios

El interés superior del menor es un principio fundamental de nuestro ordenamiento, cuya paulatina incorporación en la legislación española deriva de las exigencias que establece el Derecho internacional público al respecto, y muy especialmente la Convención sobre los derechos del niño.

La CDN desarrolla este concepto estableciendo que el interés superior del menor debe ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de atención al niño o a la niña. En concreto, en su artículo 3, apartado 1, establece:

“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.”

Esta misma obligación se recoge en el artículo 24, apartado 2, de la CDFUE que, de forma similar, indica que “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”. Para cumplir esta prescripción, ambos instrumentos prevén asimismo que se recoja la opinión del y de la menor: tiene el derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten y ésta será tenida en cuenta en función de su edad y madurez⁸².

Uno de los aspectos centrales del concepto de interés superior del menor es que este sea percibido y tratado como un sujeto de derecho y no como un objeto o como un adulto inmaduro. El CDN ha dejado claro que la consideración del menor como un sujeto de derecho y titular de dere-

cidos-gana-el-premio-daphne-caruana. Para un estudio relativo a las causas de estas desapariciones, véase JIMENEZ ÁLVAREZ, M. G., “Desapariciones de menores extranjeros no acompañados en España. Una primera aproximación a sus significados”, *Anuario CIDOB de la Inmigración 2019*, pp. 168-188. DOI: doi.org/10.24241/AnuarioCIDOBInmi.2019.168.

⁸² Artículo 12 de la CDN y artículo 24, apartado 1, de la CDFUE.

chos es en realidad el principal objetivo del Convenio⁸³ y que una legislación nacional que no lo considerara como tal sería claramente contraria al Convenio. Esto implica que el interés superior del menor nunca puede invocarse para vulnerar los derechos que le otorga el Convenio y que los intereses o derechos de los adultos, familias y comunidades no pueden invocarse para vulnerar su interés superior⁸⁴.

En su Observación general n. 14 de 2013⁸⁵, dedicada a esclarecer el contenido y alcance del concepto de interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño lo define como uno de los valores fundamentales de la Convención, que debe entenderse y aplicarse en su triple vertiente de derecho sustantivo, principio interpretativo fundamental y norma de procedimiento⁸⁶. Esto hace que, para valorar este interés superior en cada caso, se tengan que seguir esencialmente dos pasos, uno de carácter sustantivo y otro de carácter procedural. El primero consiste en determinar cuáles son los elementos pertinentes en relación con cada caso para evaluar este interés superior, dotando estos elementos de contenido concreto y ponderando su importancia. El segundo, por su parte, se refiere a la necesidad de seguir un procedimiento con determinadas garantías.

En cuanto al primer aspecto, el Comité considera que los elementos a tener en cuenta en la evaluación y determinación del interés superior del

⁸³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero de Maldivas*, CRC/C/MDV/CO/3, 13 de julio de 2007, para 41

⁸⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Italia*, CRC/C/ITA/CO/5-6, 28 de febrero de 2019, para 16(b); *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Cabo Verde*, CRC/C/CPV/CO/2, 27 de junio de 2019, para 28. Véase también SORMUNEN, M., “A Focus on Domestic Structures: Best Interests of the Child in the Concluding Observations of the UN Committee on the Rights of the Child”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 38(2), 2020, p. 110.

⁸⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

⁸⁶ Para una revisión crítica de esta conceptualización del interés superior del menor por parte del Comité de los derechos del niño, véase SORMUNEN, M., “Understanding the Best Interests of the Child as a Procedural Obligation: The Example of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 20, 2020, pp. 745-768.

o de la menor, en la medida en que sean pertinentes en relación con la situación concreta, son (párr. 52-79):

- la opinión del o la menor, dejando claro que el hecho que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación de vulnerabilidad (con discapacidad, migrantes, etc.) no le priva del derecho de expresar su opinión ni reduce la importancia que debe atribuirse a sus opiniones.
- su identidad, que abarca el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias o la identidad cultural, entre otros.
- la preservación del entorno familiar y de las relaciones con las personas con las que tiene una relación personal estrecha. La separación de los familiares, entendido en sentido amplio, debería aplicarse como último recurso, cuando exista el peligro de un daño inminente u otro motivo.
- cuidado, protección y seguridad del niño.
- situación de vulnerabilidad, entre la que se incluye el hecho de ser refugiado o solicitante de asilo, o víctima de malos tratos, lo que requiere realizar una evaluación individualizada del historial de cada niño o niña, para que se puedan identificar estas situaciones de vulnerabilidad y garantizar el disfrute de los derechos protegidos por otros convenios relacionados con las situaciones específicas de vulnerabilidad identificadas.
- el derecho a la salud.
- el derecho a la educación.

En relación con el segundo aspecto, relativo a la vertiente procedimental, el Comité indica que para garantizar el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales adaptadas a sus necesidades, entre las cuales figuran los siguientes deberes (párr. 85-99):

- Informar al menor sobre el proceso en curso y los posibles servicios y soluciones que se le puede ofrecer.
- Recabar la información proporcionada por el o ella.

- Pedirle su opinión.
- Determinar los hechos e información mediante profesionales especializados y perfectamente capacitados para evaluar el interés superior del menor, y preferiblemente por equipos multidisciplinarios.
- Tomar decisiones en el menor tiempo posible ya que las demoras tienen un efecto particularmente adverso en los niños.
- Además del curador o tutor, proporcionar al o la menor representación letrada cuando se le someta a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior.
- Motivar, explicar y justificar las decisiones, a fin de demostrar que se ha respetado el derecho a que el interés superior se evalúe y considere como primordial. En particular, indicar los elementos que se han valorado y como se han ponderado, y si la decisión difiere de la opinión del niño, exponer con claridad la razón por la que se ha tomado esta decisión.
- Establecer mecanismos para recurrir o solicitar una revisión de la decisión, darlos a conocer al o la menor y garantizar que tenga acceso a ellos.
- Realizar un seguimiento y evaluación permanente del impacto de las decisiones en los derechos del o de la menor.

Finalmente, en esta misma Observación general el Comité aclara que este principio debe entenderse y aplicarse en estrecha relación con los otros tres principios generales de la Convención: el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, y el derecho a ser escuchado (párr. 41-45). La protección de estos tres derechos debe ser absolutamente prioritaria tanto en la determinación sustantiva del interés superior del menor como en los aspectos de procedimiento.

En cuanto a la aplicación de este principio en España, en su últimas Observaciones finales sobre España el Comité celebra la inclusión del principio del interés superior del niño en la Ley Orgánica núm. 8/2015 y la Ley núm. 26/2015, pero no sin expresar su preocupación por la aplicación desigual de ese principio y derecho en las distintas comunidades autónomas. Haciendo referencia a su Observación general núm. 14 (2013) sobre el de-

recho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité recomienda a España, como estado parte en el CDN, que:

“intensifique sus esfuerzos para asegurar que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial esté incorporado de manera apropiada y sea interpretado y aplicado de manera consistente en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales [...] que tengan un efecto en los niños”⁸⁷.

Para conseguir este objetivo, insta a las autoridades españolas a formular procedimientos y criterios uniformes y a impartir formación para que se logre brindar a todas las personas que estén en posición de adoptar decisiones que afecten a los menores la orientación necesaria para determinar el interés superior del niño y de la niña y para otorgarle la debida consideración primordial⁸⁸.

Asimismo, reitera su preocupación, ya señalada en sus Observaciones finales anteriores, de que no se garantiza de forma debida el derecho a ser oído de los y las menores en los procedimientos administrativos y judiciales, refiriéndose de forma específica a las vistas en causas sobre inmigración⁸⁹. En este contexto, recomienda a España que intensifique su labor para promover el debido respeto por las opiniones del niño, a cualquier edad, incluso para los niños y niñas menores de 12 años, en todos los procedimientos administrativos y judiciales que le conciernan, a través de un trabajo de armonización legislativa, de formación y concienciación de los profesionales y otras medidas que aseguren la aplicación “efectiva y sistemática” de este derecho del y de la menor⁹⁰. La referencia del Comité a los y las menores de 12 años se debe a que la ley de Enjuiciamiento Civil en España no prevé que sea obligatorio escucharlos

⁸⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de España*, CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018, párr. 16.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid., para 17, y *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto de España*, CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 de noviembre de 2010, párr.30 y 60(e).

⁹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de España*, cit., párr. 17. Véase también COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General núm. 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado*, cit.

cuando no hayan cumplido esta edad, a pesar de que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconozca el derecho a ser oído y escuchado del menor “sin discriminación alguna por edad” (artículo 9, apartado 1)⁹¹.

⁹¹ Sobre esta cuestión, véase AMOR RODRÍGUEZ, S., “El derecho del menor a ser escuchado: nulidad de actuaciones”, en Ruiz & Ortiz, 19 de junio de 2024, disponible en: <https://ruizortiz.es/el-derecho-del-menor-a-ser-escuchado-nulidad-de-actuaciones/>

3.

LA PRÁCTICA ESPAÑOLA: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EUROPEA

3.1. Introducción al marco normativo español relativo a los menores no acompañados

La Constitución española establece el deber de los poderes públicos de asegurar “la protección social, económica y jurídica de la familia”, lo que incluye la protección integral de los hijos y de todos los menores (art. 39, pár. 1), y establece asimismo que estos gozarán de “la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39, pár. 4). También, los y las menores son titulares de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

En cuanto a la situación del menor extranjero no acompañado, las disposiciones normativas relativas a su protección se encuentran principalmente en dos leyes. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) y su Reglamento⁹², que regulan lo que atañe a la determinación

⁹² La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE-A-2000-544; y Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica

de la edad, la reagrupación familiar y la permanencia y autorización de residencia en España de estos menores. Y la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM)⁹³, con las modificaciones aportadas en 2015 y 2021, que regula los aspectos relativos a su tutela y a sus derechos en el marco del sistema de protección de menores.

Esta última ley es la norma principal en materia de protección de menores, que incorpora en nuestro ordenamiento el principio del interés superior del menor y su derecho a ser oído (artículos 2 y 9) y que ha procedido a la administrativización del sistema de protección de menores, puesto que la intervención judicial ya no es necesaria en las primeras actuaciones protectoras de la administración, y solo lo será si se iniciara un procedimiento de adopción⁹⁴. Sí es necesaria la intervención inmediata de la Fiscalía de menores, encargada de supervisar la actuación de la Administración y, más concretamente, de las administraciones de la Comunidades Autónomas que tienen la responsabilidad principal en materia de protección de menores⁹⁵.

En cuanto a los menores extranjeros no acompañados, la reforma de 2015 los incorpora expresamente al sistema de protección de menores, en el artículo 10, apartado 3, de la LOPJM, que establece la igualdad de derechos de la que gozan los menores extranjeros no acompañados:

4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE-A-2011-7703.

⁹³ Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE-A-1996-1069.

⁹⁴ DURÁN RUIZ, F.J., *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*, Ed. Aranzadi, 2021, pp. 128-130. En cuanto a la propuesta judicialización del procedimiento de determinación de la edad incorporada en el proyecto de ley adoptado por el gobierno en noviembre de 2025 con el fin de dotarlo de una serie de garantías, véase el apartado correspondiente al análisis de este proyecto de ley en el último capítulo de este libro.

⁹⁵ Para una descripción detallada de la normativa relativa al sistema de protección de menores, véase DURÁN RUIZ, F.J., *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*, cit.; VICENTE LORCA, “Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España”, *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, num. 22, 2022, pp. 101-130; y ANDRÉS LASO, A., “Menores extranjeros no acompañados”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 50, 2020, pp. 7-48.

Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley.

Finalmente, establece que los poderes públicos tendrán como objetivo lograr la plena integración de los menores extranjeros en la sociedad española mientras permanezcan en el territorio español.

En cuanto a la LOEX, el artículo 35, apartados 3 y 4, establece que en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará la atención inmediata que precise por los servicios competentes de protección de menores —es decir, que se presumirá su minoría de edad— y se pondrá el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad. Para esta determinación, el artículo indica que “colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”, lo que pone de manifiesto que el procedimiento de determinación de la edad en España se basa principalmente en la realización de pruebas médicas. Si al terminarse el procedimiento se determina que se trata de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se encuentra. Finalmente, el apartado 4 establece el deber, una vez asumida la tutela de un menor extranjero, de facilitarle, a la mayor celeridad, una autorización de residencia, siempre que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.

En el capítulo III del título XI del Reglamento de la LOEX, se desarrollan los requisitos, procedimiento y criterios de aplicación relativos al tratamiento de los menores extranjeros no acompañados (artículos 189 a 198). Finalmente, para dar cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 190, apartado 2, de este Reglamento, en 2014 se adoptó el Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la

intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores y documentación.

En cuanto al procedimiento de determinación de su edad, que resulta especialmente importante para garantizar el acceso de estas personas al régimen de protección de menores, la LOPJM reitera los criterios ya establecidos en la LOEX y, a raíz de su modificación de 2015, introduce alguna novedad: establece el principio de presunción de minoría de edad en tanto se esté procediendo a la determinación de su edad, y específica que incumbe al Fiscal ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado no es fiable.

A continuación, establece que “la realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente”⁹⁶.

El Protocolo sobre los menores no acompañados de 2014 establece que, si hay dudas acerca de la minoría de edad, el procedimiento cambia en función de si el presunto menor dispone o no de documentación. Si dispone de documentación, el apartado 6 del Capítulo II dispone que “los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras ... serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad”, salvo que presenten signos de falsificación, incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos, sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular, o sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado.

Por consiguiente, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras deberán considerarse válidos para

⁹⁶ Artículo 12, apartado 4.

determinar su edad, siempre que no concorra ninguna de las situaciones enumeradas. Sin embargo, los demás documentos, como las actas de nacimiento, no se considerarán válidos para determinar la edad, lo que puede ser un parámetro demasiado estricto, tal y como lo ha considerado el Comité de los Derechos del Niño en sus dictámenes.

El Capítulo V del Protocolo describe las modalidades de tramitación y realización del procedimiento de determinación de la edad que está enfocado principalmente a la realización de pruebas médicas radiológicas. Sin embargo, es sin duda un avance el hecho de que el Protocolo establezca como preceptivo, antes de la realización de una prueba de maduración ósea o dental, el previo examen físico y personal de la persona interesada (apartado quinto, párr. 5) y que se exija que el informe médico establezca “de manera precisa una horquilla de edad mínima y, si es posible, máxima del examinado que se corresponderá con el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pueda tener” (apartado quinto, párr. 6).

En relación con la asistencia jurídica, el artículo 22 de la LOEX otorga a las personas extranjeras el derecho a la asistencia jurídica gratuita “en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a [...] su devolución”, y el artículo 23, apartado 3, de su Reglamento les reconoce el derecho “a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete”, que serán gratuitas si el interesado o interesada no tiene suficientes recursos económicos. En cuanto a la autoridad judicial, ésta intervendrá únicamente si la devolución no puede ejecutarse en el plazo de 72 horas, en cuyo caso la medida de internamiento en un CIE, prevista para los expedientes de expulsión, deberá ser autorizada por un juez⁹⁷.

En cuanto a la protección internacional, el apartado quinto del capítulo V del Protocolo prevé que el menor extranjero no acompañado que desee solicitar asilo será informado por la Entidad pública responsable de su tutela del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, y esto una vez que se hayan realizados los trámites que la ley de asilo establece para estos menores⁹⁸.

⁹⁷ Artículo 58, apartado 6, de la LOEX.

⁹⁸ Artículo 48 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE-A-2009-17242.

Estos trámites son: la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, la determinación de su edad y su puesta a disposición de la Entidad pública de protección. En este respecto, considerando que el procedimiento de determinación de la edad puede prolongarse en el tiempo, no nos parece adecuado que se espere la terminación de este procedimiento para informar al menor de su derecho a solicitar asilo, al tratarse de un derecho fundamental que debe conocer de forma muy temprana. En cuanto a la formalización efectiva de la solicitud, el tutor o la Entidad pública de tutela le asistirá en la correspondiente formalización y tramitación, con vistas a garantizar el interés superior del menor.

Finalmente, señalamos otra norma importante recogida en la legislación de extranjería. El art. 59 bis de la LOEX establece la obligación de las Autoridades competentes de identificar la existencia de posibles indicios de trata de seres humanos y, cuando estos indicios concurren, de informar a la persona en cuestión, tanto adulta como menor, de los derechos a la protección y asistencia que le asisten como posible víctima de trata. Estos derechos incluyen un periodo de reflexión restablecimiento de al menos 90 días, renovable, durante el cual la persona no podrá ser devuelta a su país, y, si se confirmase su situación en cuanto víctima de trata, la posibilidad de solicitar un permiso de residencia por razones humanitarias o por su colaboración en la investigación penal del delito⁹⁹. El Protocolo recoge este deber de información en relación con posibles víctimas de trata¹⁰⁰.

3.2. Los procedimientos de determinación de la edad

3.2.1. Estándares internacionales

El procedimiento de determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental dado

⁹⁹ Sobre los derechos a la protección, asistencia y permanencia en el territorio de las personas víctimas de trata, véase MILANO, V., *The Human Rights-Based Approach to Human Trafficking in International Law: an Analysis from a Victim Protection Perspective*, Marcial Pons, 2020.

¹⁰⁰ Apartado cuarto del Capítulo II.

que el resultado del mismo determina si esta persona tendrá derecho a la protección nacional como menor o será excluida de esa protección y por lo tanto de una mayor protección frente a la devolución y, en general, del disfrute de sus derechos como persona menor de edad. Por esta razón, tanto las Naciones Unidas como los organismos europeos han desarrollado estándares tanto de carácter vinculante como recomendatorio relativos a las garantías que deben aplicarse a este procedimiento.

3.2.1.1. Estándares de las Naciones Unidas

Tanto el Comité de los derechos del niño como otros Comités y organismos de las ONU han afirmado que es imperativa la existencia de un proceso debido para determinar la edad que incluya, entre otros aspectos, la presunción de minoría de edad y la oportunidad de cuestionar el resultado mediante un mecanismo de apelación. Esto implica que, mientras el procedimiento de determinación siga abierto, deberá otorgarse a la persona el beneficio de la duda, es decir presumir su minoría de edad y tratarla como un niño o niña. Por consiguiente, una persona en esta situación no puede internarse en un CIE, de acuerdo con el interés superior del y de la menor. El interés superior del y de la menor debe ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad y, en general, durante todo el procedimiento de atención, lo que incluye escuchar al menor y tomar debidamente en cuenta sus declaraciones y opiniones¹⁰¹.

Asimismo, el Comité ha dejado claro que los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria. Sólo en ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados para realizar una es-

¹⁰¹ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general conjunta núm. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño* (2017), cit., pág. 4; así como COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *N. B. F. c. España*, 27/09/2018, CRC/C/D/11/2017, pág. 12.3; *M. B. c. España*, 28/09/2020, CRC/C/D/28/2017, pág. 9.8; y *R.Y.S c. España*, 17/08/2021, CRC/C/D/76/2019, pág. 8.3 (entre otros casos).

timación bien fundada de la edad, los estados pueden proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico de la persona menor, que deberá ser llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta diferentes aspectos del desarrollo¹⁰². El Comité recuerda que no sólo es necesario tener en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su maduración psicológica, y que la evaluación deberá basarse en criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés de las personas menores y las consideraciones de género. En caso de incertidumbre, deberá otorgarse al individuo el beneficio de la duda, de modo que, en la hipótesis de que se trate de una persona menor, se la trate como tal, aplicando la presunción de minoría de edad. Indica también que los estados “deben abstenerse de utilizar métodos médicos basados, entre otras cosas, en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, con amplios márgenes de error”¹⁰³. Además, la evaluación debe realizarse con rapidez, de manera apropiada para los menores, entrevistando al niño o a la niña, siempre en un idioma que pueda entender¹⁰⁴.

Más allá del Comité, son muchos los organismos que, en distintos documentos e informes, corroboran esta posición. Las Directrices de ACNUR sobre solicitudes de asilo de niños indican que las evaluaciones de edad se pueden llevar a cabo en los casos en que la edad de un niño está en duda y que deben constar de una evaluación integral que tenga en cuenta tanto la apariencia física como la madurez psicológica del individuo. Dichas evaluaciones deben realizarse de forma segura, adaptada a los niños y al género y respetuosa de la dignidad humana. En este contexto, el margen de apreciación inherente a todos los métodos de evaluación de la edad debe aplicarse de tal manera que, en caso de incertidumbre, el individuo sea considerado un menor. También, señala que debe tenerse en cuenta que la edad no se calcula de la misma manera universalmente y que ciertos

¹⁰² COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general conjunta núm. 4 y núm. 23* (2017), cit., párr. 4.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, párr. 4; y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6* (2005), párr. 31 i).

estándares culturales o nacionales pueden hacer bajar o subir la edad de un niño o de una niña.

Finalmente, los NNA deben recibir información clara sobre el propósito y el proceso del procedimiento de determinación de la edad en un idioma que entienden y, antes de llevarlo a cabo, se debe nombrar un tutor independiente calificado para asesorarlos¹⁰⁵. Asimismo, unas Directrices anteriores de ACNUR sobre los niños no acompañados y separados que buscan asilo establecen que en los procedimientos de determinación de la edad el principio rector debe ser si el individuo en cuestión demuestra una inmadurez y una vulnerabilidad que puede requerir un tratamiento más sensible¹⁰⁶.

En cuanto a UNICEF, su guía sobre la determinación de la edad¹⁰⁷ recoge los siguientes estándares:

- Los procedimientos de determinación de edad solo deben realizarse cuando existen serias dudas sobre la edad de un niño y nunca como una cuestión de rutina. La edad declarada por el niño debe tomarse como punto de partida, y puede cuestionarse solo si existen serias dudas, por ejemplo, debido a que la impresión física y mental no indica una edad claramente menor o mayor de 18 años, o por la falta de documentación que certifique la edad o la fecha de nacimiento, o que esta no sea fiable¹⁰⁸.
- Los procedimientos deben aplicarse sin discriminación por razón de raza, género, religión u otro motivo, y el consentimiento informado debe recabarse antes del iniciar el procedimiento, informando al menor sobre las modalidades y consecuencias del mismo¹⁰⁹.

¹⁰⁵ ACNUR, *Directrices de protección internacional: solicitudes de asilo de niños en virtud de los artículos 1(A) 2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/GIP/09/08, 2009, párr. 75.

¹⁰⁶ ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, 1997, párr. 5.11.

¹⁰⁷ UNICEF, *Age Assessment: A Technical Note*, 2013.

¹⁰⁸ *Ibid.*, Estándares 1 y 2.

¹⁰⁹ *Ibid.*, Estándares 3, 4 y 9.

- Se debe nombrar un tutor que tiene que acompañar al menor durante todo el procedimiento, y las evaluaciones deben seguir el método menos intrusivo posible que defienda la dignidad y la integridad física del niño en todo momento y ser apropiadas desde el punto de vista cultural y de género¹¹⁰.
- Las evaluaciones de la edad deben adoptar un enfoque holístico, que tendrá en cuenta factores físicos, psicológicos, de desarrollo, ambientales y culturales, y solo pueden ser realizadas por profesionales adecuadamente cualificados. Cuando exista un margen de error, se debe aplicar a favor del niño¹¹¹.
- Debe existir un derecho de apelación si el niño desea impugnar el resultado de la determinación¹¹².

En la misma línea, un documento más reciente adoptado de forma conjunta por ACNUR y UNICEF recomienda un procedimiento en dos fases con la intervención de especialistas y mediadores culturales, en el que las pruebas médicas se utilicen solo en una fase final del procedimiento en caso de que se considerara necesario y siempre en el marco de una valoración holística y multidisciplinar, de forma conjunta con otros tipos de valoraciones¹¹³.

En España, el Defensor de Pueblo ha publicado un informe exhaustivo sobre la cuestión de la determinación de la edad, en el que se deja constancia, por ejemplo, de que la Sociedad Española de Radiología considera médicamente incorrecto que un dictamen radiológico determine una edad concreta, puesto que el diagnóstico radiológico solo puede indicar una horquilla de edades, es decir entre qué posibles edades se encuentra la prueba radiológica realizada¹¹⁴. En el mismo informe se refleja también la posición del Consejo de la Sociedad Europea de Endocrinología Pediátrica, que considera que la madurez dentaria y ósea no pueden utili-

¹¹⁰ Ibid., Estándares 5 y 6.

¹¹¹ Ibid., Estándares 7, 8 y 11.

¹¹² Ibid., Estandar 10.

¹¹³ ACNUR y UNICEF, *The Way Forward to Strengthened Policies and Practices for Unaccompanied and Separated Children in Europe*, 2017, pp. 11 y 12.

¹¹⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, 2009, p. 50.

zarse para la determinar la edad cronológica en niños, una postura apoyada también por varias organizaciones internacionales¹¹⁵.

El Defensor del Pueblo concluye que hay consenso entre la comunidad científica sobre los grandes márgenes de error de las técnicas de determinación de la edad por medio de la madurez ósea y de la mineralización dental, y formula una serie de recomendaciones para mejorar el procedimiento, que van en la línea de las formuladas por el Comité de los derechos del niño¹¹⁶. Señalamos únicamente una conclusión relativa de forma más específica a España: la inoperancia del registro de menores no acompañados, previsto por el artículo 35 de la LOEX, que da lugar a la reiteración de pruebas médicas sobre la misma persona menor de edad.

3.2.1.2. Estándares europeos

a. La Directiva de procedimiento y las directrices de distintos órganos de la UE y del Consejo de Europa

En cuanto a los estándares europeos, la Directiva de procedimiento de asilo (DPA) establece en su artículo 25, apartado 5, que las autoridades podrán utilizar reconocimientos médicos para determinar la edad de menores no acompañados “cuando, de acuerdo con sus declaraciones generales u otros indicios pertinentes, los Estados miembros tengan dudas acerca de su edad”. Asimismo, si después de las pruebas sigue habiendo dudas, se presumirá que el solicitante es un menor. Finalmente, el segundo párrafo del artículo 25, apartado 5, indica que “Los reconocimientos médicos se llevarán a cabo dentro del pleno respeto de la dignidad de la persona, serán los de naturaleza menos invasiva y serán realizados por profesionales sanitarios cualificados [...]”.

La Oficina Europea de Apoyo al Asilo indica que este artículo debe interpretarse en el sentido de que las pruebas médicas pueden utilizarse solo como último recurso, cuando los métodos no médicos, como la valoración de las pruebas, la entrevista y la valoración psico-social no han

¹¹⁵ Ibid., p. 86.

¹¹⁶ Ibid., pp. 169-171.

aportado elementos esclarecedores sobre la edad. Además, si se decide recurrir a métodos médicos, deben priorizarse los métodos sin radiación y solo si estos no aportan elementos útiles, se podrá recurrir a los con radiación, tomando todas las precauciones para minimizar el impacto de las radiaciones¹¹⁷.

Como queda establecido en la DPA, la evaluación de la edad no solo se debe llevar a cabo mediante el examen que sea menos invasivo, sino que debe realizarse respetando plenamente la dignidad del individuo. Por lo tanto, los reconocimientos que implican la desnudez, observación o medidas antropométricas de genitales o partes íntimas deben descartarse ya que son altamente intrusivos, y en particular en el caso de las personas con diferente origen y de aquellas que pueden haber sufrido episodios de abuso. Por lo tanto, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo concluye que “no se debe aplicar para la evaluación de la edad ningún método que requiera desnudez o la observación o examen de los genitales, como tampoco la observación de la madurez sexual”¹¹⁸. La ley francesa de protección de la infancia de 2016 es una referencia al respecto ya que desde hace años limita el uso de las radiografías y proscribire los métodos de valoración de la madurez sexual¹¹⁹.

En cuanto a las garantías aplicables a los reconocimientos médicos que se efectúen en el marco del procedimiento de determinación de la edad, el artículo 25, apartado 5, de la Directiva exige que se informe a los menores no acompañados, antes del examen de su solicitud de asilo y en una lengua que comprenden, sobre la posibilidad de determinar su edad mediante un

¹¹⁷ OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO (EASO), *Guía práctica de la EASO sobre evaluación de la edad*, 2019, pp. 34-36.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 36.

¹¹⁹ La Ley 2016-297 de 14 de marzo de 2016 sobre la protección del niño (Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant) prevé, en su artículo 43, que el uso de radiografías queda restringido a los casos en los que no haya documentos de identidad y la edad alegada no parezca verosímil, y solo puede efectuarse si lo autoriza la autoridad judicial y el menor consiente. Precisa también que las conclusiones de estos exámenes no pueden permitir por sí solas determinar si el interesado es menor de edad, y que la duda beneficia al interesado. Finalmente, prohíbe explícitamente la observación de la madurez sexual como método para evaluar la edad de las personas que declaran ser menores.

examen médico, incluyendo información sobre el método que se seguirá para efectuar el mismo y sobre las posibles consecuencias del resultado en relación con su solicitud de protección internacional. También establece que la negativa del menor a someterse a un reconocimiento médico no impedirá que la autoridad decisoria dicte una resolución sobre la solicitud de protección internacional, y que el menor deberá ser informado sobre este aspecto antes de prestar su consentimiento, un consentimiento que, junto con el de su representante, resulta imprescindible para que se pueda llevar a cabo el reconocimiento médico en cuestión. Finalmente, especifica que la resolución denegatoria de la solicitud de protección internacional de un menor no acompañado que se hubiere negado a someterse a un reconocimiento médico no se basará únicamente en esta negativa.

En el mismo sentido se ha manifestado el Comité Económico y Social Europeo en su dictamen relativo a la protección de los menores migrantes no acompañados, en el que indica que el procedimiento de verificación de la edad solo debería llevarse a cabo cuando el migrante no posea documentos administrativos oficiales que demuestren su edad y en los casos donde existan dudas fundadas¹²⁰. En este contexto, insta a los Estados de la UE a que:

“evalúen la minoría de edad atendiendo a una serie de indicios, entre los que figuran en primer lugar las declaraciones del interesado, los documentos de registro civil presentados, las entrevistas realizadas al interesado por parte de profesionales competentes y, cuando corresponda, la verificación de la autenticidad de los documentos del registro civil, subrayando que las pruebas médicas para la determinación de la edad solo pueden realizarse en caso de duda persistente y como último recurso”¹²¹

En este contexto, señala que esta evaluación de la edad debería llevarse a cabo mediante un enfoque multidisciplinario a cargo de profesionales independientes que posean las competencias adecuadas y conocimientos

¹²⁰ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa” (2020/C 429/04)*, cit., párr. 4.5. También indica que “debe aplicarse la presunción de validez de los documentos de registro civil extranjeros presentados” y que “solamente una impugnación formal de la autenticidad del documento de registro civil presentado debería poder invertir la presunción de validez”, párr. 4.3.

¹²¹ *Ibid.*, párr. 4.7.

sobre el origen cultural y étnico del individuo, tal y como se hace en el Reino Unido¹²². Al contrario, dado que el peritaje mediante examen óseo presenta una fiabilidad científica muy cuestionada, pide que se ponga fin definitivamente a este tipo de prueba¹²³. Finalmente, recuerda que, en virtud del principio de presunción de minoría de edad, una persona joven que se presente como menor debe considerarse como tal durante todo el procedimiento y “hasta que exista una sentencia firme”¹²⁴.

Finalmente, resulta muy relevante la Recomendación CM/Rec(2022)22 sobre principios y directrices relativos a los derechos humanos para la determinación de la edad en el ámbito de la migración¹²⁵, adoptada en diciembre de 2022 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Considerando que resultaba muy necesario elaborar estándares internacionales comunes debido a las numerosas observaciones generales y dictámenes sobre comunicaciones individuales adoptados por el Comité de los derechos del niño y por otros órganos sobre la cuestión de la determinación de la edad, el Comité de Ministros ha adoptado esta Recomendación que recoge y al mismo tiempo amplía los principios enunciados por otros órganos internacionales a los que ya nos hemos referido. Entre ellos destacamos:

- el enfoque basado en la dignidad de la persona y el respeto de sus derechos humanos; la presunción de minoría de edad hasta que se complete el procedimiento;
- la existencia de un procedimiento preestablecido que adopte un enfoque multidisciplinario, basado en conocimientos, métodos y prácticas basados en pruebas, y centrado en la infancia;
- el examen médico para determinar la edad solo debe realizarse cuando subsistan dudas razonables sobre la edad estimada de la

¹²² Ibid., párr. 4.12. Véase BUSLER, D., “Psychosocial age assessment in the UK”, *Forced Migration Review*, vol. 52, pp. 86-88.

¹²³ Ibid., párr. 4.9 y 4.10. En el mismo sentido, véase también FOLGUERA CRESPO, J., PUERTA RUIZ DE AZÚA, C. y MOYA GARCÍA, S., “El procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 58, 2022, pp. 221-236.

¹²⁴ Ibid., párr. 4.2.

¹²⁵ CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ DE MINISTROS, *Recomendación CM/Rec(2022)22 a los Estados sobre principios y directrices relativos a los derechos humanos para la determinación de la edad en el ámbito de la migración*, 12 de diciembre de 2022.

persona y se hayan agotado el resto de medidas del procedimiento, y solo con el consentimiento de la persona en cuestión y respetando su interés superior como niño o niña;

- la decisión debe ser notificada y debe poderse recurrir ante una autoridad independiente.
- además del nombramiento de un tutor, la persona debe tener acceso a asesoramiento y representación legal independiente y gratuita de un profesional cualificado, así como a un intérprete, si no dominase el idioma, durante el procedimiento de determinación de la edad.
- si se llega a valorar la posibilidad de hacer pruebas médicas, debe prestarse especial atención a los niños que sufren de trastorno de estrés postraumático, las niñas embarazadas y las víctimas de la trata de seres humanos o de la violencia, incluida la sexual. Los profesionales que realizan la evaluación deben tener una capacitación específica para poderla realizar¹²⁶.

b. El Reglamento de procedimiento de 2024

En relación con esta cuestión, el Reglamento de procedimiento adoptado en 2024 en el marco del Pacto sobre migración y asilo de la UE incorpora algunas novedades que van en la línea de las recomendaciones formuladas por los distintos órganos a los que acabamos de referirnos, mejorando el nivel de protección de los derechos fundamentales de los menores que proporciona la Directiva de procedimiento en relación con algunos aspectos. De entrada, mientras la Directiva de procedimiento incluye un solo artículo relativo a los menores extranjeros no acompañados y que contiene un solo párrafo —el quinto— sobre los procedimientos de determinación de la edad, el Reglamento de procedimiento incluye tres artículos: dos más generales relativos a las garantías especiales para los menores extranjeros no acompañados (artículo 23) y sobre cómo y cuándo los menores extranjeros no acompañados pueden presentar una solicitud (artículo 33), y otro que aborda de forma específica el procedimiento de determinación de la edad (artículo 25). En este último, se integran algunas mejoras.

¹²⁶ Ibid., párr. 1-7, 10, 19, 20 y 41.

En primer lugar, se mencionan como elementos que deben tomarse en cuenta para valorar la existencia de una duda acerca de la edad, y por la tanto la necesidad de iniciar un procedimiento de determinación de la edad, no solo las declaraciones del solicitante u otras indicaciones pertinentes, sino también las pruebas documentales disponibles. Abundando en este sentido, se añade que, a efectos de la determinación de la edad, los documentos disponibles se considerarán auténticos salvo prueba en contrario y se tendrán en cuenta las declaraciones de los menores¹²⁷.

En segundo lugar, es especialmente destacable que la referencia a la posibilidad de utilizar reconocimientos médicos para determinar la edad, que reflejaba un enfoque muy limitado y centrado únicamente en la realización de pruebas médicas, se sustituye por la facultad de “encargar un examen multidisciplinar, incluida una evaluación psicosocial, que realizarán profesionales cualificados para determinar la edad”, añadiéndose que la determinación de la edad no debe basarse exclusivamente en la apariencia física ni en el comportamiento del solicitante¹²⁸. Solo si persisten las dudas sobre la edad después del examen multidisciplinar, las autoridades podrán emplear reconocimientos médicos, que deben considerarse como “medida de último recurso” para determinar la edad de un o una solicitante de protección internacional¹²⁹.

Asimismo, es muy positiva la introducción de más detalles en la disposición relativa a la presunción de minoría de edad, que indica que esta presunción deberá aplicarse cuando el resultado del proceso de determinación de la edad no sea concluyente con respecto a la edad o cuando incluya un rango de edad por debajo de los dieciocho años¹³⁰. Esta última previsión implica que, si el rango de posibles edades de la persona en cuestión se establece de entre 17 y 19 años, no se podrá tomar como referencia la edad intermedia, sino que se deberá tomar como referencia la parte del rango que se corresponde a la minoría de edad y por lo tanto declarar a la persona menor de edad. Se indica asimismo que los resultados del reconocimiento médico y del examen multidisciplinar se

¹²⁷ Artículo 25, apartado 1.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Artículo 25, apartado 2.

¹³⁰ Ibid.

deberán analizar conjuntamente, para permitir obtener el resultado más fiable posible¹³¹.

También, se reitera la necesidad de que el reconocimiento médico sea lo menos invasivo posible y respete plenamente la dignidad de la persona, y se refuerza el nivel de exigencia en cuanto a la cualificación de los profesionales que puedan realizarlo. Si la Directiva de procedimiento hablaba de simplemente de “profesionales sanitarios cualificados”, el Reglamento exige que estos reconocimientos sean realizados por “profesionales médicos con experiencia y conocimientos especializados en la estimación de la edad”: si se aplica correctamente, esta previsión puede marcar la diferencia y redundar en beneficio de los solicitantes que se sometan a estas pruebas¹³². Finalmente, se hace referencia a la necesidad de informar y de recabar el consentimiento del menor y de su representante para la realización de un reconocimiento médico, debiéndose considerar la negativa a realizarlo solo una presunción refutable de su mayoría de edad¹³³.

En cuanto a la necesidad de evitar la reiteración de pruebas, el Reglamento prevé que un Estado miembro podrá reconocer las decisiones de determinación de la edad tomadas por otros Estados miembros cuando la determinación de la edad se haya llevado a cabo de conformidad con el Derecho de la Unión¹³⁴.

A modo de síntesis de lo expuesto en estos apartados relativos al marco internacional y europeo podemos afirmar que hay una convergencia significativa entre los distintos organismos de las Naciones Unidas y europeos en relación con los principios y reglas que deben regir el procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.

¹³¹ Artículo 25, apartado 3.

¹³² Ibid.

¹³³ Artículo 25, apartados 4 a 6.

¹³⁴ Artículo 25, apartado 7.

3.2.2. *Las principales lagunas del sistema español en la jurisprudencia del Comité de los derechos del niño*

El Comité de los derechos del niño ha formulado repetidas críticas en relación tanto con determinadas disposiciones de la legislación española en materia de determinación de la edad como con su implementación en la práctica por la administración del Estado. En sus últimas observaciones finales sobre España, el Comité se ha mostrado muy crítico con la situación de las y los menores extranjeros no acompañados. Ha manifestado su preocupación por “la utilización de métodos intrusivos de determinación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parecen ser auténticos, particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y pese a que ha habido varias decisiones del Tribunal Supremo relativas a esa práctica”¹³⁵. Señala también que, debido a los problemas que genera el procedimiento de determinación de la edad, hay menores que quedan excluidos del sistema de protección de la infancia y que, debido a estos fallos, estas niñas y niños pueden acabar convirtiéndose en víctimas de trata.

Por consiguiente, ha instado a España a revisar la legislación y el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los y las menores extranjeras no acompañadas de 2014 que, entre otros aspectos, regula el procedimiento de determinación de la edad de los extranjeros indocumentados en caso de duda sobre la minoría de edad. En particular, le insta a

elaborar un protocolo uniforme sobre los métodos de determinación de la edad para todo el territorio del Estado Parte, que tenga un carácter multidisciplinar y sea respetuoso con los derechos humanos y se utilice únicamente en casos de dudas graves sobre la edad comunicada y teniendo en cuenta las pruebas documentales u otros tipos de pruebas disponibles¹³⁶.

El Comité de los derechos del niño ha determinado en varios casos que fueron objeto de una comunicación ante el Comité que el procedimiento de determinación de la edad en España viola la Convención de los

¹³⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de España*, cit., pág. 44.

¹³⁶ *Ibid.*, pág. 45(b).

derechos del niño. Como se ha señalado, de los 18 dictámenes en los que el Comité ha determinado la responsabilidad internacional de España por vulnerar la CDN, 15 están relacionados con el trato proporcionado a menores extranjeros no acompañados llegados a la frontera, de los cuales 14 conciernen el procedimiento de determinación de la edad. Los expertos encontraron varias violaciones de la Convención de los derechos del niño, en particular, el derecho a la identidad, el derecho a ser oído, el derecho a la integridad física y moral y el derecho a la protección especial de los NNA privados de su entorno familiar. Analizamos a continuación los distintos aspectos abordados en esta abundante jurisprudencia.

3.2.2.1. Procedimiento de determinación de la edad inadecuado

En la gran mayoría de los casos relativos a esta cuestión, el Comité ha dictaminado que España no ha realizado un procedimiento adecuado de determinación de la edad. Entre otros aspectos, el problema identificado por el Comité radica en que las autoridades españolas determinan la edad de las personas indocumentados que alegan ser menores exclusivamente sobre la base de unas pruebas radiológicas óseas (generalmente una radiografía de la muñeca) con el método de Greulich et Pyle —unas pruebas que como se ha visto han sido criticadas por numerosas organizaciones por su baja fiabilidad—, y que no realiza un examen más holístico que tome en consideración un conjunto de elementos, tal y como lo recomienda la Agencia Europea de Apoyo al Asilo¹³⁷ y el propio Comité de los Derechos del Niño.

Es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso de A.L., un adolescente de nacionalidad argelina que fue arrestado por la policía española cuando intentaba acceder a la costa almeriense a bordo de una patera en abril del 2017¹³⁸. A.L. no tenía documentos y no estaba acompañado, e informó a la policía de que tenía 17 años. Se le trasladó al hospital donde se la practicó una radiografía de la mano izquierda para determinar su edad, sin infor-

¹³⁷ AGENCIA EUROPEA DE APOYO AL ASILO (EASO), *Guía práctica de la EASO sobre evaluación de la edad*, cit., pp. 41-43.

¹³⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *A.L. c España*, 31/05/2019, CRC/C/81/D/16/2017.

marle de sus derechos ni del procedimiento y sin la asistencia de ningún tutor, intérprete o abogado. Tampoco se le entrevistó. Los resultados del examen determinaron que la edad ósea de A.L. era de más de 19 años. En base a ese resultado, la Fiscalía emitió un decreto que determinaba que A.L. era adulto y, después de detenerle cuatro días en una celda, se le trasladó a un centro de internamiento de extranjeros (CIE) para adultos. En este CIE fue sometido a tratos inhumanos: en particular, fue golpeado con palos por un guardia del centro. Con la ayuda de la Fundación Raíces, A.L. presentó una copia de su acta de nacimiento en el Juzgado de Almería para probar su minoría de edad. Sin embargo, nunca recibió respuesta del juzgado, por lo que llevó su caso ante el Comité.

Lo mismo ocurrió en el caso de M.B.S, un joven guineano interceptado por la policía a bordo de una patera tres meses después de A.L y trasladado asimismo a Almería¹³⁹. Después de haber indicado que era menor de edad, se le realizó una radiografía de la muñeca que, según el método de Greulich y Pyle, determinó que el autor tenía 19 años de edad. No se informó adecuadamente a M.B.S. sobre el procedimiento ni sobre las posibles consecuencias de la realización de pruebas en un lenguaje que pudiera entender. Basándose exclusivamente en esta prueba, la Fiscalía Provincial de Almería emitió un decreto de mayoría de edad, y el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería acordó el internamiento del autor en el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) de Madrid y se le notificó el acuerdo de devolución a su país, el cual fue recurrido por su abogado de oficio. Pocos días después, la Fundación Raíces, en representación de M.B.S, presentó escritos ante distintas autoridades solicitando que se suspendiese el internamiento del autor en el CIE puesto que se estaba en proceso de obtener la documentación que acreditara su minoría de edad. Al día siguiente se envió a los juzgados y fiscalías pertinentes una foto del extracto de acta de nacimiento del autor y, diez días después, M.B.S. presentó el documento original, que demostraba su minoría de edad. Cuatro días después fue puesto en libertad, pero sin que se le otorgara ningún tipo de acompa-

¹³⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, 28/09/2020, CRC/C/85/D/26/2017.

ñamiento, en particular sin que se le nombrara un tutor y sin recibir el tratamiento al que tenía derecho como menor de edad¹⁴⁰.

Son muchos más los casos donde se siguió el mismo *modus operandi*, que presenta una larga serie de irregularidades. A raíz de la entrada —principalmente en patera— sin documentación de una persona joven que alega ser menor de edad, se le practica una radiografía (generalmente de la muñeca, a veces dental), en algunos casos inmediatamente, en otros al cabo de días o semanas de haber estado detenido en una comisaría y/o en un CIE¹⁴¹. Dichas pruebas se practican sin haber escuchado al menor con anterioridad para valorar su edad y madurez, su estado general, y posibles traumas o situaciones de violencia que haya podido sufrir. Asimismo, no se otorga valor a las pruebas documentales que estos menores presentan. Además, dichas pruebas se practican sin el consentimiento de la persona en cuestión y sin la presencia de un intérprete, sin que el menor sea asistido por un tutor durante en el proceso de determinación de la edad, y sin ser asistido por un abogado en el marco del mismo¹⁴². En algunos casos, se añade a la lista de irregularidades el rechazo de las autoridades a otorgar al menor y/o a su abogado los resultados de las pruebas, en concreto los informes médicos que fundamentaron el decreto de mayoría de edad¹⁴³.

Según ACNUR, la radiografía practicada comúnmente en España tiene un margen de error de cuatro años. Otras organizaciones señalan también el amplio margen de error de estas pruebas. El mismo Comité considera que, sobre la base de los conocimientos médicos disponibles actualmente, debe considerarse que los exámenes oseométricos carecen de precisión, que tienen un amplio margen de error, y que, en consecuencia,

¹⁴⁰ Para otros casos en los que no se proporcionó a los menores la asistencia debida a un menor, véase COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B. c. España*, 28/09/2020, CRC/C/85/D/28/2017 y *R.K. c. España*, 18/09/2019, CRC/C/82/D/27/2017,

¹⁴¹ En relación con la detención de estos menores, véase el apartado 3.4.

¹⁴² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *C.O.C. c. España*, 29/01/2021, CRC/C/86/D/63/2018, párr. 2.1. a 2.4; *S.M.A. c. España*, 28/09/2020, CRC/C/85/D/40/2018, párr. 2.1 a 2.6; *M.A.B. c. España*, 07/02/2020, CRC/C/83/D/24/2017, párr. 2.1-2.3.

¹⁴³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *C.O.C. c. España*, cit., párr. 2.3, 2.4 y 8.13; *M.A.B. c. España*, cit., párr. 2.3; y *S.M.A. c. España*, cit., párr. 2.3.

no deben utilizarse como el único método para determinar la edad de una persona¹⁴⁴. En este sentido, insiste en la necesidad de tener un enfoque más amplio donde se tenga en cuenta no solo el aspecto físico del individuo, sino también su maduración psicológica.

En sus dictámenes contra España sobre esta cuestión, el Comité establece lo siguiente:

- Que los procedimientos de determinación de la edad se basan únicamente en unas pruebas médicas oseométricas, que tienen un amplio margen de error y, en consecuencia, no son apropiados como el único método para determinar la edad cronológica de una persona joven que afirma ser menor de edad¹⁴⁵, y sin realizarse ningún otro tipo de pruebas complementarias, en particular pruebas psicológicas, y una entrevista a la persona en cuestión¹⁴⁶.
- Que los menores no son acompañados por un tutor o representante en el proceso de determinación de la edad al que son sometidos¹⁴⁷.
- Que incluso cuando se presentan documentos de identidad u otros documentos oficiales como el acta de nacimiento, el Estado no toma adecuadamente en consideración estos documentos, negándose a otorgarles valor, y esto sin proceder a impugnarlos, vulnerando así la presunción de minoría de edad¹⁴⁸.
- En algunos casos se otorga un valor parcial a la documentación, puesto que la presentación de la misma tiene como única consecuencia liberar al menor del CIE, pero sin otorgarle las medidas

¹⁴⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, 28/09/2020, CRC/C/85/D/26/2017, párr. 9.11; véase también *R.Y.S. c. España*, 04/02/2021, párr. 8.6; y *L.D. y B.G. c. España*, 28/09/2020, CRC/C/85/D/37/2017 y CRC/C/85/D/38/2017, párr. 10.11.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.10 a); *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.10 a)

¹⁴⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.10 f) y 9.13; *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.10 d); *C.O.C. c. España*, cit., párr. 8.12 y 8.13.

¹⁴⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.9 y 9.14.

de protección y asistencia a las que un menor no acompañado tiene derecho¹⁴⁹.

Sobre la base de estos elementos, el Comité llega sistemáticamente a la conclusión de que el Estado español ha vulnerado los artículos 3 y 12 de la Convención porque no tomó en consideración el interés superior del niño ni su derecho a ser escuchado directamente o a través de un representante como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad al que fueron sometidos estos menores¹⁵⁰. También considera que se ha violado el artículo 8 de la Convención relativo al derecho a la identidad del menor, ya que la edad es una parte esencial de esta identidad. Siendo así, el Estado no respeta la identidad de un menor cuando le niega valor probatorio a un documento de identidad o acta de nacimiento que acredita su minoría de edad, más aún cuando ni tan solo analiza su validez y ni coteja los datos con las autoridades del país de origen del autor, máxime cuando el menor no es solicitante de asilo y no existen motivos para pensar que el contacto con dichas autoridades pueda ponerlo en riesgo¹⁵¹.

Finalmente, constata la violación del artículo 20, apartado 1, de la Convención puesto que el Estado falta reiteradamente a su obligación de proporcionar protección y asistencia a jóvenes menores de edad que se encuentran en una situación de desamparo con un grado de vulnerabilidad muy elevado por ser menores, migrantes y no acompañados. Esta falta de protección y asistencia se produce no solo durante el proceso de determinación de la edad, en violación de la obligación de presunción de minoría de edad, sino incluso después de que estos menores presenten documentación acreditativa de su minoría de edad¹⁵². En relación con esta cuestión, señalamos que en el caso *Rahimi c. Grecia*, el TEDH calificó por primera vez

¹⁴⁹ Ibid., párr. 9.17.

¹⁵⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.15; y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.15; *C.O.C. c. España*, cit., párr. 8.13.

¹⁵¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.16.; y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.16. Véase también *A.L. c. España*, cit., párr. 7.6. y 12.10, o *M.B c España*, cit., 9.15; *C.O.C. c. España*, cit., párr. 8.14.

¹⁵² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.17; y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.17; *C.O.C. c. España*, cit., párr. 8.15. Véase también *M.B c España*, cit., 9.16.

como trato inhumano y degradante el hecho de dejar sin asistencia a un menor una vez liberado del centro de internamiento¹⁵³.

El Comité formula a España las siguientes recomendaciones.

- En primer lugar, debe existir un proceso debido para determinar la edad y mientras este procedimiento esté pendiente, debe presumirse la minoría de edad de la persona que debe ser tratada como tal¹⁵⁴.
- En segundo lugar, los documentos de identidad, cuando estén disponibles, deben considerarse válidos salvo prueba en contrario, en concreto hasta que estos documentos no hayan sido impugnados oficialmente a través del consulado pertinente¹⁵⁵, según lo que reconoce el propio Tribunal Supremo de España¹⁵⁶.

¹⁵³ TEDH, *Rahimi c. Grecia*, núm. 8687/08, sentencia del 5 de abril de 2011. En el mismo sentido, véase también TEDH, *Housein c. Grecia*, asunto núm. 71825/11, sentencia del 24 de octubre de 2013, párrs 76-78.

¹⁵⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.8; y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.8; y *C.O.C. c. España*, cit., párr. 8.8. Véase también *M.B c España*, cit., 9.8.

¹⁵⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.14; y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.14 y 12 a)i); *C.O.C. c. España*, cit., párr. 10 a) i). Véase también *M.B c España*, cit., 9.13.

¹⁵⁶ Esta jurisprudencia fue desarrollada desde la sentencia del TS 453/2014, de 23 de septiembre de 2014, que ya estableció que “El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementaras de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, proceder realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir as las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”. En la sentencia 307/2020, de 16 de junio de 2020, el Tribunal Supremo fue un paso más allá afirmando que “las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores. En el caso, ante la falta de impugnación de

- Solo en ausencia de documentos de identidad u otros documentos apropiados se puede iniciar un procedimiento de determinación de la edad.
- El procedimiento no puede basarse únicamente en una prueba médica (generalmente radiológica) sino que debe consistir en “una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo”, y que implique una entrevista al o la menor, que se realice “con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, [...] en un idioma que el niño pueda entender”¹⁵⁷.
- el Estado debe cumplir con su obligación de designar a un tutor o representante legal cualificado, así como a un intérprete cuando resulte necesario, que acompañe al presunto menor durante el proceso de determinación de la edad, puesto que se trata de una garantía esencial para el respecto del interés superior del menor y de su derecho a ser escuchado¹⁵⁸. La falta de representación oportuna puede resultar en una injusticia sustancial, ya que la determinación de la edad es el punto de entrada para acceder a los derechos que reconoce la Convención, por lo que el Comité dictamina que privar a la persona que se declara menor de esta representación constituye una violación de los artículos 3 (interés superior del niño como consideración primordial) y 12 (derecho a ser escuchado, directamente o por medio de un representan-

una documentación que es coincidente con la declaración de menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación”, FD 5.

¹⁵⁷ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general conjunta núm. 4 y núm. 23*, párr. 4, citada, entre otros casos, en COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.9; y en *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.9.

¹⁵⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.Y.S. c. España*, cit., párr. 8.9; *A.L. c España*, cit., párr. 12.8; *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.13. y *J. A. B. c. España* (CRC/C/81/D/22/2017), párr. 13.7; y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.13, 12 a) ii) y 12 b); *C.O.C. c. España*, cit., párr. 10 a) ii) y 10 b).

te, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño) de la Convención¹⁵⁹.

- el Estado debe capacitar a los funcionarios competentes (Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, justicia etc.)¹⁶⁰.
- finalmente, el Estado debe crear mecanismos que permitan a estos jóvenes solicitar la revisión de los decretos de mayoría de edad cuando la decisión se haya tomado sin las garantías necesarias¹⁶¹.

3.2.2.2. Trato degradante y discriminatorio por razón de género

En el caso *R.Y.S c España* relativo al trato proporcionado a una adolescente de Camerún¹⁶², el Comité establece la responsabilidad internacional de España por vulnerar el CDN por el hecho de haber llevado a cabo un procedimiento de determinación de la edad que, además de plagados de irregularidades, fue también de carácter intrusivo. Mientras que en la mayoría de los casos los menores no acompañados que llegan son varones, en este caso se trataba de una adolescente. En lo que constituye claramente una forma de discriminación por razón de género, se sometió a esta adolescente no solo a una radiografía de la muñeca y una ortopantomografía dental, sino también a una exploración física con desnudo integral y a una exploración de sus órganos sexuales. Ninguno de los menores varones fue sometido a pruebas de este tipo. Unas pruebas que, además, no resultaban ni útiles ni necesarias dado que la edad de 16 años y medio que ella manifestó en el momento de la exploración es conforme con un patrón de maduración sexual completo en una niña y por ello no aporta datos relevantes para la determinación de su edad, tal y como lo indica la Guía práctica de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) sobre evaluación de la edad¹⁶³. Además, no se tomó en con-

¹⁵⁹ *R.Y.S c España*, cit., párr. 8.9; *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.15; y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.15.

¹⁶⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *C.O.C. c. España*, cit., párr. 10 d)

¹⁶¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B c España*, cit., párr. 10; y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 12; *C.O.C. c. España*, cit., párr. 10 c).

¹⁶² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.Y.S c España*, cit., párr. 9.

¹⁶³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.Y.S c España*, cit., párr. 3.6. y 8.8. Véase también EASO, *Guía práctica de la EASO sobre evaluación de la edad*, cit., p. 36.

sideración el impacto que podía tener este examen en una adolescente que había declarado haber sufrido violencia sexual a manos de su padre, razón por la cuál había huido. Y tampoco se tomó en consideración el hecho de que la presunta menor ya había sido sometida a una revisión general médica, incluyendo la revisión de sus órganos genitales, a la llegada al centro de acogida.

Para añadir gravedad a los hechos, la autora no contó con las explicaciones necesarias sobre el objetivo del examen físico en un lenguaje que pudiera entender, ni con la presencia de un tutor o representante legal, por lo que no se ha contado con su consentimiento informado ni con su derecho a ser acompañada por un representante conforme a la presunción de minoría de edad que debe regir el procedimiento de determinación de la edad hasta que este no haya concluido. Finalmente, cabe señalar que no se le ha realizado ningún otro tipo de pruebas complementarias de carácter no invasivo, en particular pruebas psicológicas. A la vista de lo anterior, el Comité, además de constatar una violación de los artículos 3 y 12, considera que se ha vulnerado también el artículo 16 que prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada y los ataques ilegales a la honra y reputación, en los siguientes términos:

El Comité considera que el examen, a los fines de determinar la edad, de los niños y niñas que incluyen desnudamientos o examen de los órganos genitales o partes íntimas infringen su dignidad, su privacidad y su integridad corporal y deberían estar prohibidos. A la luz de las circunstancias del examen de la autora, el Comité considera que dicho examen constituyó una injerencia ilegal en la vida privada, violando por tanto su derecho a la intimidad y a su dignidad, conforme a lo estipulado en el artículo 16 de la Convención¹⁶⁴.

Por consiguiente, concluye que las pruebas de exploración genital como método de determinación de la edad nunca deberían aplicarse a los niños y niñas y deben por lo tanto quedar prohibidas en el contexto de los procedimientos de determinación de la edad¹⁶⁵.

¹⁶⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.Y.S c España*, cit., párr. 8.8.

¹⁶⁵ *Ibid.*, párr. 9 a) iii).

3.2.2.3. Ausencia de procedimiento de determinación de la edad

Otros dictámenes del Comité relativos a España evidencian una situación distinta, en la que no nos encontramos ante irregularidades en el procedimiento de determinación de la edad, sino de total ausencia de este procedimiento en casos en los que unas personas alegan ser menores. Es el caso, por ejemplo, de M.B., un joven guineano de 17 años que llegó a Almería en junio de 2017 después de que la patera en la que viajaba fuera interceptada por Cruz Roja. M.B. informó al personal de la Cruz Roja y a la policía española que era menor de edad. Sin embargo, la policía le registró como adulto de 21 años sin tomar en consideración su declaración, aplicar la presunción de minoría de edad ni proceder a determinar su edad. Se dictó una orden de devolución y fue trasladado al Centro de internamiento para extranjeros (CIE) de Madrid. A continuación, el joven solicitó asilo, pero las autoridades españolas denegaron su solicitud, sin preguntarle su edad durante la entrevista.

La ONG Fundación Raíces logró obtener una copia de su certificado de nacimiento de Guinea, que acreditaba su minoría de edad, y lo presentó ante varias instancias. Al recibirlo, y después de 52 días en el centro de internamiento, las autoridades lo pusieron en libertad, pero sin proporcionarle el tratamiento previsto para los menores de edad: no se le asignó un tutor que velara por sus intereses ni se le ofreció la protección a la que los niños y niñas tienen derecho de conformidad con el derecho nacional e internacional. El solo encontró alojamiento en una residencia social para adultos¹⁶⁶.

El caso B.G. también ilustra un patrón similar. Este joven argelino llegó a bordo de una patera a las costas de Lorca en noviembre de 2017. A pesar de manifestar ser menor de edad, quedó encerrado en un calabozo varios días junto a las demás personas que habían llegado con él hasta que se ordenó su detención en la prisión de Málaga II de Archidona y se emitió una orden de devolución. Todo esto sin que se le aplicase ningún procedimiento de determinación de la edad, a pesar de que su abogado lo reclamó de forma reiterada. Fue solo cuando su abogado presentó su acta

¹⁶⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B c España*, cit., párr. 2.1-2.3.

de nacimiento que certificaba que tenía 17 años que las autoridades decidieron hacerle una prueba, en concreto una radiografía de la muñeca, que arrojó una edad de 19 años, por lo que se mantuvieron las medidas de detención y devolución. Fue solo gracias al empeño de su abogado que el consulado de Argelia le documentó con un salvoconducto y que, por consiguiente, el juzgado decretó el cese del internamiento y el ingreso en un centro de menores de Murcia¹⁶⁷.

Lo mismo le ocurrió a R.K., un adolescente guineano que con 15 años asistió al asesinato de sus padres en el contexto de los enfrentamientos existentes entre cristianos y musulmanes en su región. Después de ser atrapado y herido, logró escapar y decidió cruzar África solo en un viaje que duró un año, y en el curso del cual fue detenido por los tuaregs que lo mantuvieron atado durante 3 días. Llegó finalmente a Nador y, después de 6 meses, en patera a Almería. Allí fue trasladado a la comisaría de policía de Almería, donde le llevaron directamente a un calabozo en el que permaneció tres días junto con adultos. A pesar de declarar en todo momento que tenía 17 años, lo registraron como adulto de 21 años, le incoaron una orden de devolución y le internaron en el CIE de Aluche, en Madrid. Tampoco se le permitió solicitar asilo, a pesar de su petición. Solo 46 días después de su llegada, y a raíz de sus quejas, se le practicaron pruebas de determinación de la edad, que concluyeron que tenía 18 años. Al conseguir un extracto de su acta de nacimiento, fue finalmente liberado al cabo de 52 días internado en el CIE, siendo sin embargo trasladado a un centro para adultos, sin que se le nombrara un tutor y sin recibir el tratamiento y la protección debida en tanto que menor¹⁶⁸.

En todos estos casos, lo que los autores reprochan al Estado y el Comité confirma como constitutivo de vulneraciones de la Convención es la ausencia de un proceso de determinación de la edad del autor que alegaba ser menor y la falta de una adecuada consideración de los documentos oficiales posteriormente presentados por el autor de la comunicación, fundamentada únicamente en la falta de datos biométricos. En cuanto a los datos biométricos, el Comité deja claro que estos no se exigen ni en el plano

¹⁶⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 2.2-2.3.

¹⁶⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.K. c. España*, cit., párr. 2.1-2.8 y 4.3.

internacional ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, y que no se puede actuar en contra de un acta de nacimiento original y oficial de un país soberano sin impugnarla oficialmente¹⁶⁹.

El Comité considera que la ausencia de un procedimiento de determinación de la edad adecuado, la decisión de España de que era mayor de edad motivada por su mero aspecto físico y la vulneración del deber de aplicar la presunción de minoría de edad hasta que se inicie y se concluya el procedimiento pertinente son constitutivas de una violación de la obligación de considerar el interés superior del menor como primordial recogida en el art. 3 de la Convención. En efecto, estos hechos han entrañado graves consecuencias en términos de falta de nombramiento de un tutor legal, de adopción de una orden de devolución y de internamiento en un centro para adultos, así como de falta de acceso a recursos asistenciales y de protección para menores. Asimismo, considera que se han violado el derecho a ser oído y a una consideración adecuada de lo que el o la menor alega (art. 12) y el derecho a la identidad (art. 8), ya que la fecha de nacimiento y la edad son un aspecto central de la identidad de una persona que el Estado tiene la obligación de respetar¹⁷⁰.

Finalmente, el Comité considera que España ha violado el art. 20, apartado 1, de la Convención que obliga al Estado a proporcionar una protección y asistencia adecuada a los menores que se encuentran privados de su medio familiar: en el caso de M.B. por el hecho de no proporcionarle acceso a recursos asistenciales para menores de edad a la hora de liberarle del CIE¹⁷¹, y en el caso de B.G. porque, en contra del principio de presunción de la minoría de edad, fue tratado como un adulto, privado de libertad e ingresado en una prisión en funciones de centro de internamiento

¹⁶⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B. c España*, cit., 9.13; *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.14 y *R.K. c. España*, cit., párr. 8.2 y 9.9; véase también *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.14.

¹⁷⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B. c España*, cit., 9.14 y 9.15; *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.15 y 10.16 y *R.K. c. España*, cit., párr. 9.9 y 9.10. El Comité establece que ha habido violación del derecho a la identidad reconocido en el artículo 8 de la Convención también en los demás dictámenes relativos a la determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados. Véase, por ejemplo, *A.L. c. España*, cit., párr. 7.6. y 12.10; *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.16;

¹⁷¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B. c España*, cit., párr. 9.17.

para extranjeros, donde permaneció más de un mes junto a adultos, pese a que el Estado tuviera a su disposición un certificado de nacimiento que le señalaba como menor¹⁷².

Como consecuencia, el Comité pide a España que, además de proporcionar una reparación efectiva al autor, tome las medidas necesarias para evitar que estas violaciones vuelvan a ocurrir en el futuro. Asimismo, le insta a capacitar a los funcionarios competentes y a crear mecanismos que permitan a estos NNA solicitar la revisión de los decretos de mayoría de edad, una recomendación que formuló también en los dictámenes a los que no hemos referido con anterioridad¹⁷³.

3.2.3. *Jurisprudencia relativa a otros países europeos*

Tal y como se ha mencionado en la introducción, a la nutrida jurisprudencia del Comité sobre la determinación de la edad de los menores no acompañados que en una fase inicial estuvo dirigida exclusivamente al estado español, se han añadido recientemente nuevas decisiones de este mismo Comité relativas a otros países, adoptadas a partir de 2023. También, resulta de interés hacer referencia a las pocas pero relevantes decisiones que, en el marco de su función de examen de las comunicaciones individuales, han adoptado otros comités del sistema de protección de los derechos humanos de la ONU sobre esta misma cuestión. Asimismo, el Tribunal europeo de derechos humanos —y en menor medida el Comité europeo de derechos sociales— se ha pronunciado sobre la adecuación de los procedimientos de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados con los estándares europeos de derechos humanos en relación con situaciones que se han producido en otros países de nuestro entorno. Se trata de una jurisprudencia que está adquiriendo creciente relevancia y que se está consolidando con la adopción de casos recientes, dos de ellos adoptados a principio de 2025.

¹⁷² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.17.

¹⁷³ *M.B c España*, cit., párr. 10; y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 12 y *R.K. c. España*, cit., párr. 10.

3.2.3.1. La jurisprudencia posterior del Comité de los Derechos del Niño sobre determinación de la edad relativa a otros países

A principio de 2023, el Comité adoptó su primera decisión sobre la cuestión de la determinación de la edad dirigida a otro país, Francia, y en 2024, otros dos dictámenes sobre el particular, relativos a Francia y a Suiza respectivamente. Lo hechos son relativamente distintos, pero las obligaciones violadas son muy similares a las identificadas en su jurisprudencia relativa a España. Sin embargo, el Comité profundiza su análisis relativo a las garantías de las que debe gozar el o la menor durante el procedimiento.

a. *S.E.M.A. c. Francia y U.A. c. Francia*

En *S.E.M.A. c. Francia*¹⁷⁴, el Comité examina la situación de un adolescente paquistaní que con 16 años había llegado solo a la ciudad de Lyon y que, a pesar de presentar una copia de su partida de nacimiento y, más adelante, su documento nacional de identidad y una fotocopia de su pasaporte, no recibió apoyo alguno por parte de la entidad social responsable de atender a los menores extranjeros no acompañados en el marco del sistema francés de atención a los menores. La entidad alegó que, de acuerdo con la entrevista de una hora que mantuvieron con él, con la asistencia telefónica de un intérprete de urdu –a pesar de que la lengua materna del adolescente era el punyabí–, y tras el examen de la documentación, subsistían dudas acerca de su identidad y de su posible minoría de edad. En este contexto de duda, se le rechazó cualquier ayuda sin iniciar un procedimiento de determinación de la edad y en violación del principio de presunción de minoría de edad. Ni la entidad social responsable ni los tribunales a los que acudió más adelante se pusieron en ningún momento en contacto con las autoridades consulares de Pakistán para verificar la autenticidad de los documentos que el adolescente aportaba. Tampoco se

¹⁷⁴ *S.E.M.A. c. Francia*, dictamen del 25 de enero de 2023, CRC/C/92/D/130/2020. Para un análisis de este caso, véase COUZENS, M., “Unaccompanied migrant child in age determination procedure, in need of protection and in a street situation. Communication No. 130/2020 *S.E.M.A v France*”, en el blog *Leiden Children’s Rights Observatory* de la Universidad de Leiden, marzo de 2023, disponible en: <https://www.childrensrighsobservatory.org/es/case-notes/s.e.m.a-v-france>.

le facilitó acceso a un abogado durante la única entrevista que tuvo, ni se le nombró un tutor.

El solicitante interpuso un recurso de apelación y el 29 de septiembre de 2020, el tribunal de apelación ordenó la verificación de la autenticidad de los documentos presentados por S.E.M.A., pero no ordenó que los servicios de protección de menores se hicieran cargo de él. El tribunal de apelación programó la audiencia de determinación de la edad para el 12 de enero de 2021, fecha en la que S.E.M.A. habría cumplido 18 años. El 9 de diciembre de 2020, S.E.M.A. (a través de un representante legal) presentó una comunicación al Comité de los Derechos del Niño.

En sus conclusiones, el Comité expone unos argumentos muy similares a los utilizados en los dictámenes relativos a España, estableciendo que Francia ha vulnerado los artículos 3, 8, 12 de la Convención porque, entre otros aspectos, la evaluación de la edad fue somera y porque en una situación de duda no se activó el procedimiento de determinación de la edad. Asimismo, los documentos oficiales que presentó fueron descartados sin ser verificados con las autoridades de su país y eventualmente impugnados, y no fue asistido por un abogado ni por un representante. Tampoco fue asistido por un intérprete adecuado ya que el que le proporcionaron no hablaba su idioma.

Por consiguiente, el Comité establece que el conjunto de estas actuaciones constituye una vulneración de las obligaciones del Estado, en particular la obligación de garantizar el interés superior del menor (artículo 3) y su derecho a ser escuchado (artículo 12), así como la obligación de aplicar la presunción de minoría de edad hasta que no se haya establecido la edad de la persona presuntamente menor a través de un procedimiento que incluya las debidas garantías. Además, el conjunto de estas irregularidades ha llevado a una negación de su edad, que es un aspecto fundamental de su identidad, lo que constituye una violación de su derecho a la identidad, protegido por el artículo 8 de la CDN.

En el otro caso relativo a Francia¹⁷⁵, el menor de origen pakistaní fue sometido a una evaluación de la edad somera, en la que no se tuvo en cuenta su partida de nacimiento original, en la que fue entrevistado y eva-

¹⁷⁵ *U.A. c. Francia*, dictamen del 21 de mayo de 2024, CRC/C/96/D/132/2020.

luado por una única persona que no tuvo en cuenta las dificultades de su periplo migratorio y otros factores que podían explicar sus incoherencias, y el menor no contó con un representante ni con un abogado durante todo el procedimiento. Asimismo, el recurso judicial contra la decisión administrativa de determinación de la edad que el menor presentó no tuvo efecto suspensivo. Durante todo el procedimiento, las autoridades lo dejaron además en una situación de absoluta desprotección puesto que permaneció en una situación de calle durante meses.

A la luz de lo anterior, el Comité considera que el proceso de determinación de la edad de que fue objeto el menor no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. Habida cuenta de que inicialmente se realizó una somera evaluación para determinar su edad y del hecho de que no dispusiera de un representante que lo acompañara durante el procedimiento, de que los recursos no tuvieran efecto suspensivo y de que se considerara que la documentación aportada por él carecía de valor probatorio sin que el Estado parte impugnara la validez de la misma, el Comité considera que no se tomó el interés superior del niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad, lo que constituye una vulneración de los artículos 3 y 12 de la Convención, y que no se respetó su derecho a la identidad, lo que constituye una vulneración del artículo 8 de la Convención¹⁷⁶.

El Comité admite también la alegación del menor de que las autoridades francesas no lo protegieron a pesar de la situación de calle, abandono y extrema vulnerabilidad en que se encontraba, encima durante la pandemia de COVID-19, y declara que esta falta de protección y asistencia constituyó una violación no solo del artículo 20, apartado 1, de la Convención —deber de protección y asistencia especial del Estado en caso de niños privados de su medio familiar—, tal y como había alegado el menor, sino también del artículo 37 a) de la Convención, que prohíbe los tratos crueles, inhumanos y degradantes¹⁷⁷.

Al mismo tiempo, hay que destacar que el Comité acepta también la alegación del menor en relación con la vulneración del derecho a la educa-

¹⁷⁶ Ibid., párr. 8.7 y 8.10.

¹⁷⁷ Ibid., párr. 8.11 y 8.12.

ción, reconocido en el artículo 28 del CDN, una vulneración estrechamente relacionada con la anterior. En efecto, el Comité establece que la falta de acceso al sistema de protección del menor y la situación de calle a la que se ha visto abocado han determinado su exclusión del acceso al sistema educativo y constituyen una vulneración de su obligación de hacer efectivo el derecho a la educación, que “es de aplicación a todos los niños hasta la edad de 18 años, independientemente de la edad de escolaridad obligatoria”¹⁷⁸. Finalmente, el Comité constata una violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo por el incumplimiento del Estado francés de las medidas provisionales solicitadas por el Comité, que consistían en alojar al adolescente en un centro de acogida para menores y darle acceso a la atención médica¹⁷⁹.

b. *A.M. c. Suiza*

Finalmente, el otro dictamen adoptado en 2024 por el Comité en relación con esta cuestión es el caso de A.M., un solicitante de asilo nacional de Afganistán, nacido en 2000 y que solicitó protección internacional en Suiza el 24 de julio de 2017, alegando su minoría de edad¹⁸⁰. Sin embargo, las autoridades suizas ignoraron una evaluación hecha en Suecia que establecía que había nacido el 2 de noviembre de 2000 y que por tanto era menor de edad, y lo trataron como si fuera adulto sin que, durante este tiempo, y en particular en la entrevista realizada el 24 de septiembre, se le nombrara un representante para asistirlo. El 9 de octubre de 2018, Suiza rechazó su solicitud, argumentando que había nacido el 1 de enero de 2000 y que por lo tanto era mayor de edad cuando presentó su solicitud. Determinaron que Suecia debía encargarse del caso según el Reglamento Dublín III, y ese mismo día, Suecia aceptó volver a ocuparse de su caso. El 8 de noviembre de 2018, el Tribunal Administrativo Federal suizo rechazó el recurso del solicitante en contra de esta decisión. Por consiguiente, el solicitante presentó una comunicación ante el Comité. El Comité solicitó a Suiza no efectuar el traslado de A.M. hasta que no se pronunciara sobre el caso. Suiza aceptó y suspendió la decisión de traslado.

En su decisión, el Comité recuerda que, en ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados para efectuar una estimación bien

¹⁷⁸ Ibid., párr. 8.13.

¹⁷⁹ Ibid., párr. 8.13.

¹⁸⁰ *A.M. c. Suiza*, dictamen del 21 de mayo de 2024, CRC/C/96/D/80/2019.

fundada de la edad, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben realizarse lo antes posible, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, incluyendo entrevistas al niño en un idioma que pueda entender.

El Comité recuerda que la carga de la prueba no recae exclusivamente en el autor de la comunicación, tanto más porque el autor y el Estado parte no siempre gozan del mismo acceso a los elementos probatorios y que muchas veces el Estado parte es el único que dispone de la información pertinente. En relación con este último aspecto, el Comité constata que el autor afirmó ser menor de edad a su llegada a Suiza y que, a pesar de no poder presentar ninguna prueba de su fecha de nacimiento, se apoyó en una evaluación pericial realizada por las autoridades suecas en el marco de su procedimiento de asilo en aquel país, en la que se establecía que era menor de edad. Sin embargo, las autoridades suizas “ignoraron dicha evaluación pericial y se remitieron de manera general a una valoración global del autor sin especificar los elementos específicos de valoración, en particular, la base científica de dicha conclusión”¹⁸¹. El Comité observa además que las autoridades no realizaron ninguna evaluación completa del desarrollo físico y psicológico del autor, de acuerdo con lo que dispone la observación general núm. 6 (2005) del Comité, y que alegaron que el autor no podía basarse en exámenes radiológicos realizados anteriormente y que ningún método de examen señalado por el autor permitía determinar su fecha de nacimiento. Por consiguiente, el Comité constata que las autoridades suizas partieron de la base de que le correspondía al solicitante demostrar su minoría de edad, haciendo recaer enteramente en él la carga de la prueba, en contra del deber de las autoridades de establecer la edad y de presumir la minoría de edad hasta haber finalizado el procedimiento de determinación de la edad, de acuerdo con lo que exige el interés superior del niño.

Otra violación concierne la falta de nombramiento de un tutor. El Comité recuerda a Suiza que los Estados parte deben designar un repre-

¹⁸¹ Ibid., párr. 4.8

sentante legal cualificado y un intérprete en caso de necesidad para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad tan pronto como sea posible a su llegada y a título gratuito. Tratándose de una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser escuchadas, no hacerlo conlleva una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención, como ha sucedido en este caso¹⁸². Por tanto, el Comité concluye que, ante la falta de una evaluación completa de su desarrollo físico y psicológico y de la designación de un representante para acompañarlo durante el procedimiento de asilo, las autoridades suizas no tomaron el interés superior del niño como consideración primordial, en incumplimiento de los artículos 3 y 12 de la Convención¹⁸³.

3.2.3.2. La jurisprudencia europea relativa a la determinación de la edad

Como se ha mencionado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en menor medida, el Comité Europeo de Derechos Sociales, han venido pronunciándose respecto a la conformidad de los procedimientos de determinación de edad aplicables a menores extranjeros no acompañados con los estándares establecidos por el Derecho europeo, en el marco de situaciones acontecidas en diversos Estados miembros. Esta línea jurisprudencial reviste una importancia creciente y tiende a consolidarse progresivamente, como lo evidencian recientes sentencias, entre ellas dos dictadas a comienzos del año 2025.

a. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Es en el asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga* de 2006 que el TEDH se pronuncia por primera vez sobre un caso de una persona menor extranjera no acompañada, tratándose en aquel caso de una menor que llegó a Bélgica no acompañada con solo cinco años. En este asunto, el tribunal establece un primer marco interpretativo relativo a la protección de los derechos fundamentales de este colectivo vulnerable en relación con algunos de los derechos que pueden verse más afectados: el derecho a no

¹⁸² Ibid., párr. 4.9.

¹⁸³ Ibid., párr. 4.11.

ser sometido a condiciones de vida que constituyan tratos inhumanos y degradantes, la protección frente a la detención arbitraria y, finalmente, el derecho a la vida privada y familiar¹⁸⁴. Sin embargo, no aborda todavía los procedimientos de determinación de la edad, cuestión que examina por primera vez en 2016 en *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*¹⁸⁵, aunque de forma relativamente superficial. En esta sentencia, el Alto Tribunal aborda aspectos relativos a la duración excesiva de estos procedimientos y a sus consecuencias, pero desde la perspectiva del derecho a no ser sometido a detención arbitraria, el aspecto que más desarrollo jurisprudencial tiene por parte de este tribunal en relación con los menores extranjeros no acompañados. Sin embargo, no se centra en los aspectos relativos a las características y garantías propias del procedimiento de determinación de la edad y su impacto en el derecho al desarrollo del menor de acuerdo con su edad, aspectos que empezó a abordar solo recientemente.

En *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar*, el Tribunal examina el impacto en los derechos fundamentales de los procedimientos de determinación de la edad que duran un tiempo irrazonable: un lapso de varios meses que puede, en algunos casos, dar lugar a que una persona alcance su mayoría de edad en espera de una determinación oficial. El Tribunal considera que, a pesar del hecho de que los casos de adolescentes pueden requerir una evaluación más profunda que los niños y niñas de poca edad, este hecho no puede justificar una duración de más de siete meses para determinar la edad, como ha sido el caso para los dos menores somalís que presentaron la comunicación en cuestión en contra de Malta.

Respecto del primer menor, fue necesario que esperara unas semanas para su primera entrevista de evaluación de la edad y luego alrededor de siete meses para obtener una decisión después de haberse realizado una prueba médica radiológica, tiempo durante el cual permaneció detenido,

¹⁸⁴ TEDH, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, asunto núm. 13178/03, sentencia del 12 de octubre de 2006. Este caso se refiere a la detención durante casi dos meses en un centro de tránsito para adultos dirigido por la Oficina de Extranjería cerca del aeropuerto de Bruselas de una niña congoleña de cinco años que viajaba sola para reunirse con su madre, que había obtenido el estatuto de refugiada en Canadá, y la posterior expulsión de la niña a su país de origen sin informar a la madre.

¹⁸⁵ TEDH, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, asunto núm. 25794/13 y 28151/13, sentencia del 22 de noviembre de 2016.

a pesar de que se le hubiese dicho oralmente que se había determinado que era menor de edad seis meses antes. Del mismo modo, el Tribunal considera que no se justifica que, tras su entrevista, el segundo menor tuvo que esperar cinco meses para que se le realizara la radiografía de los huesos de la muñeca y otros dos meses y medio para que se tomara una decisión y, por tanto, para que se le pusiera en libertad en virtud de una orden de protección¹⁸⁶.

Por tanto, el TEDH establece que los retrasos en el presente caso, tanto los anteriores como los posteriores a la decisión relativa a la determinación de la edad, plantean serias dudas sobre la buena fe de las autoridades, considerando también el hecho que los menores carecían de garantías procesales. Asimismo, el hecho de que en ningún momento las autoridades comprobaron si el internamiento de los menores en un centro de detención de inmigrantes era una medida de último recurso para la que no había alternativa disponible, junto con el hecho de que las condiciones de detención eran inaceptables y violaban el artículo 3 del CEDH, lleva el Tribunal a establecer que la detención de estos menores fue contraria al artículo 5, apartado 1, y por lo tanto arbitraria¹⁸⁷.

Sin embargo, es solo en 2022, en el asunto *Darboe y Camara c. Italia*¹⁸⁸, que el TEDH aborda de forma más directa y completa la cuestión de las garantías que deben aplicarse a los procedimientos de determinación de la edad y del impacto de su vulneración en los derechos fundamentales de los menores. En este caso, Ousainou Darboe, un ciudadano guineano que en junio de 2016 llegó en patera a Sicilia y declaró que tenía 17 años, fue inicialmente registrado como menor y mandado a un centro para menores, para luego ser trasladado al centro de recepción para adultos de Cona, en el Véneto. Al cabo de un mes, se le practicó una radiografía de la muñeca siguiendo el método de Greulich y Pyle. Se hizo la prueba sin recabar su consentimiento, no se le proporcionó el resultado ni se le comunicó la decisión tomada sobre la base del mismo, y sin proporcionarle más información se le hizo permanecer en el centro para adultos.

¹⁸⁶ Ibid., párr. 145 y 146.

¹⁸⁷ Ibid., párr. 146-148.

¹⁸⁸ TEDH, *Darboe y Camara c. Italia*, asunto núm. 5797/17, sentencia de 21 de julio de 2022.

Tampoco se le informó de sus derechos ni se le ayudó a tramitar la protección internacional que había solicitado. Sus solicitudes al Tribunal de Venecia para que se le nombrara un tutor tampoco tuvieron éxito. Solo después de solicitar unas medidas cautelares al TEDH a través de su abogado, que le fueron concedidas, fue trasladado a un centro para menores. Fue a través de la información que el Gobierno proporcionó al TEDH que se supo que la prueba ósea había sido interpretada en el sentido de que era mayor de edad¹⁸⁹.

El TEDH resuelve que Italia violó sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del CEDH relativo al derecho a la vida privada, un derecho con un ámbito de aplicación extenso que abarca tanto la integridad física como la psicológica de una persona. En este caso, lo considera relevante desde una doble vertiente. En primer lugar, porque este comprende el derecho al desarrollo y el derecho a establecer relaciones, y que las obligaciones de los Estados encaminadas a proteger este aspecto a través de ciertas garantías son aún más importantes cuando, como en el presente caso, están en juego las relaciones personales de un menor no acompañado, en un contexto migratorio que lo hace particularmente vulnerable¹⁹⁰.

En segundo lugar, el TEDH considera que la edad de una persona es parte de su identidad, en la misma línea de lo que ya había establecido el Comité de los derechos del niño en su jurisprudencia, y que en el caso de la CEDH la identidad está protegida en el marco del derecho a la vida privada. El TEDH afirma que el procedimiento de determinación de la edad es fundamental para garantizar los derechos de los niños, puesto que este aspecto de la identidad determina el acceso a los mismos. En este contexto, el Tribunal establece que el principio de la presunción de la menor edad es un elemento inherente a la protección del derecho a la vida privada de la persona extranjera no acompañada que declara ser menor de edad y

¹⁸⁹ Sobre este caso, véase DE LA FUENTE CARDONA, F.S., “El procedimiento de determinación de la edad y la criminalización indirecta de los menores extranjeros no acompañados Algunas reflexiones a raíz de la STEDH Darboe y Camara c. Italia de 21 de octubre de 2022”, *Revista Crítica Penal y Poder (Nueva Época)*, 2024, n.º 26, pp. 1-15; y MARCHIORO, I. “Riflessioni sull’effettività della tutela dei minori richiedenti asilo negli strumenti rimediali europei a margine della sentenza Darboe e Camara c. Italia”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, N.º. Extra 2, 2023, págs. 142-157.

¹⁹⁰ TEDH, *Darboe y Camara c. Italia*, cit., párr. 123 y 151.

que es un elemento clave para su protección. En efecto, es esta presunción la que exige que suficientes garantías procesales acompañarán al presunto menor durante el procedimiento¹⁹¹.

Refiriéndose a la legislación nacional y de la UE, el Tribunal identifica tres garantías procesales que considera las principales en este tipo de situación: la designación de un tutor legal, el acceso a un abogado y el derecho a la información en relación con el procedimiento¹⁹². En el presente caso, las autoridades italianas ni nombraron tutor legal para el demandante ni dieron ninguna información al demandante sobre el procedimiento de determinación de la edad. La vulneración de estas garantías procesales le impidió solicitar asilo, así como evitar una estancia de más de cuatro meses en condiciones muy duras en un centro para adultos superpoblado¹⁹³. Este hecho lo expuso a distintas vulneraciones de sus derechos fundamentales, entre las que destaca el derecho al desarrollo personal y a establecer relaciones de forma acorde a su edad, incluido en el derecho a la vida privada¹⁹⁴. Por tanto, el Tribunal establece que al vulnerar estas garantías procesales el estado italiano ha violado el artículo 8 de la Convención¹⁹⁵.

Asimismo, el TEDH resuelve que Italia violó el artículo 13 en conjunto con los artículos 3 y 8 porque el gobierno no proporcionó recursos efectivos para que el presunto menor pudiese denunciar la decisión relativa a la determinación de su edad y las condiciones de vida en las instalaciones del centro de recepción en el que fue acogido¹⁹⁶.

En otra sentencia similar y posterior, el Alto tribunal europeo vuelve a condenar a Italia por los fallos en su procedimiento de verificación de la edad, unos fallos que abocan a los menores no acompañados a acabar detenidos en centros para adultos durante largos periodos de tiempo. Este ha sido el caso de *Salimou Diakitè*, un menor de Costa de marfil que fue

¹⁹¹ *Ibid.*, párr. 153-154.

¹⁹² *Ibid.*, párr. 142 y 155.

¹⁹³ En relación con la valoración de las condiciones de la estancia a la luz del artículo 3 de la Convención ver el apartado 3.4.1.3. sobre la jurisprudencia del TEDH relativa a la detención de los menores migrantes no acompañados.

¹⁹⁴ TEDH, *Darboe y Camara c. Italia*, cit., párr. 150 y 156.

¹⁹⁵ *Ibid.*, párr. 157.

¹⁹⁶ Párr. 196-199.

internado en un centro para adultos en Roma durante más de cuatro meses. En este caso, el Tribunal indica que el menor fue internado en primer lugar en un centro para adultos sobre la base de una evaluación radiológica que demostró que tenía al menos dieciocho años a pesar de que, a su llegada, el menor presentó a las autoridades un certificado de nacimiento que acreditaba su minoría de edad. El tribunal concluye que el menor no se benefició de las garantías procesales mínimas aplicables en estos casos y que, en este contexto, las autoridades violaron el principio de presunción de minoría de edad, un elemento clave del derecho al respeto a la vida privada de una persona extranjera no acompañada que se declara menor de edad.

El Tribunal considera que, en el momento de los hechos, las garantías de las que hubiera tenido que beneficiarse el menor incluían claramente, tanto en el derecho interno como en el de la UE, el nombramiento de un representante legal o tutor, el acceso a un abogado y la participación informada en el procedimiento de determinación de la edad. Puesto que no se respetaron estas garantías ni el principio de presunción de minoría de edad, el TEDH condena al estado italiano por vulnerar el artículo 8 del CEDH por el incumplimiento de su obligación positiva de garantizar el derecho del menor al respeto de su vida privada¹⁹⁷. Sin embargo, no profundiza más en su análisis de otros aspectos del procedimiento de determinación de la edad.

A pesar del avance que representan estas sentencias a la hora de identificar las obligaciones de los Estados en materia de garantías procesales para los menores no acompañados en el marco de los procedimientos de deter-

¹⁹⁷ TEDH, *Diakité c. Italia*, asunto núm. 44646/17, sentencia del 14 de septiembre de 2023, párr. 22 y 23. Sobre este y otros casos relativos a vulneraciones relacionadas con el procedimiento de determinación de la edad de menores no acompañados, que acaban detenidos en centros para adultos en Italia, véase DE FELICE, D., y GIURA, G., “From a sheltered to expulsion item, The transformation of unaccompanied minors’ legal culture”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 12(6), 2022, pp. 1358–1390. doi: www.10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1322; EUROPEAN LEGAL NETWORK ON ASYLUM (ELENA), *ECtHR: Italy violated Article 8 ECHR by failing to diligently assess a minor’s age and unlawfully placing him in an adult centre*, 14 de septiembre de 2023, disponible en <https://elenaforum.org/ecthr-italy-violated-article-8-echr-by-failing-to-diligently-assess-a-minors-age-and-unlawfully-placing-him-in-an-adult-centre/>.

minación de la edad, resulta llamativo que el TEDH no haya tomado una posición más clara en relación con la utilización de las pruebas médicas basadas en radiografías ósea (y en particular el método de Greulich y Pyle). A pesar de que todos los órganos internacionales y nacionales a los que nos hemos referido –Comité de los Derechos del Niño, ACNUR, UNICEF, CESE, Comité de Ministros del Consejo de Europa, etc.– hayan afirmado de forma clara que este método no es fiable y que debe por lo tanto evitarse su uso o al menos dejarlo como último recurso, el Tribunal ignora estos argumentos y se centra exclusivamente en la falta de garantías procesales: el derecho a la información y el nombramiento de un tutor legal.

De hecho, sorprende todavía más porque en la sentencia *Darboe* el TEDH se refiere a la multitud de instrumentos y recomendaciones que adoptan una postura muy crítica respecto de este método y que abogan por un enfoque multidisciplinar. Y en la parte final de su razonamiento relativo a la vulneración del artículo 8, el Tribunal toma nota del hecho que “las garantías establecidas por el Derecho internacional y de la UE han ido más allá para garantizar un procedimiento de evaluación de la edad holístico y multidisciplinario” y “saluda este desarrollo, así como la implementación por parte de las autoridades nacionales, con posterioridad a los hechos del presente caso, de un sistema legal que parece ser plenamente compatible con estándares internacionales más elevados”¹⁹⁸. Por consiguiente, hubiera sido deseable la adopción de una postura mucho más clara acerca de si la utilización de este tipo de prueba como método principal para determinar la edad vulnera la Convención europea de derechos humanos.

Había mucha expectativa con respecto a dos casos pendientes en los que se esperaba que el TEDH aclararía esta cuestión, y en particular en un caso pendiente en contra de Bélgica que aborda esta misma cuestión en el caso de una joven que fue sometida a un triple test óseo y que, a raíz de los resultados, fue excluida del sistema de acogida y protección de menores¹⁹⁹. En las preguntas que formuló a las partes, el Tribunal solicitaba aclaraciones relativas a las cuestiones que consideraba más relevantes. Concretamente,

¹⁹⁸ Párr. 155.

¹⁹⁹ Véase Tercera sección del TEDH, Demanda núm. 47836/21, *F.B. c. Bélgica*, presentada el 24 de septiembre de 2021, Preguntas a las partes publicadas el 22 de noviembre de 2021. Disponible en el servidor HUDOC: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213768>

preguntó si se obtuvo el consentimiento de la solicitante antes de realizar la prueba ósea y de qué manera, cuál es el procedimiento aplicable y las garantías correspondientes, si se consideraron y/o implementaron otros medios para evaluar la edad del solicitante antes de recurrir a las pruebas óseas, y “cómo se tiene en cuenta la posible falta de fiabilidad relativa a los resultados a los que pueden conducir estas pruebas”²⁰⁰. Finalmente, preguntó si se miden los efectos de estas pruebas sobre la salud y si la demandante tenía a su disposición, como exige el artículo 13 del Convenio, un recurso interno efectivo a través del cual podía formular sus quejas.

Asimismo, en el *amicus curiae* presentado por el Centro de Derechos Humanos y el Centro de Estudios Sociales sobre Migración y Refugiados (CESSMIR) de la Universidad de Gante, se hace especial hincapié en el uso excesivo y a menudo exclusivo de las pruebas médicas para determinar la edad de los menores no acompañados en Bélgica. En este contexto, los investigadores recalcan que la dependencia exclusiva de pruebas médicas para determinar la edad contradice la falta de fiabilidad de dichas pruebas, ya que la variación biológica en el desarrollo humano de cada persona implica que cualquier evaluación de la edad infantil basada en el examen esquelético y dental adolecerá de una considerable inexactitud. Si bien el Servicio de Tutela de Bélgica aplique un margen de error de dos años, la investigación científica ha demostrado que dicho margen no es suficiente para compensar eficazmente dichas inexactitudes. En el contexto de la evaluación de la edad de menores no acompañados, esta inexactitud se ve agravada por las probables variaciones en los patrones de desarrollo entre distintos grupos étnicos y socioeconómicos, lo que podría entrañar una vulneración de la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 14 del CEDH²⁰¹.

En otro asunto muy similar, *A.C. c. Francia*²⁰², que fue examinado por el TEDH prácticamente de forma simultánea al de F.B., el Defensor de los

²⁰⁰ Traducción de la autora del texto original en francés.

²⁰¹ BRACKX, M. y COOLS, L., “Proving minority: the Human Rights Centre and CESSMIR submit a third party intervention regarding age assessment of unaccompanied minors”, *Strasbourg Observers*, 23 de mayo de 2022, disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2022/05/23/proving-minority-the-human-rights-centre-and-cessmir-submit-a-third-party-intervention-regarding-age-assessment-of-unaccompanied-minors/>.

²⁰² TEDH, *A.C. c. Francia*, asunto núm. 15457/20, sentencia del 16 de enero de 2025.

Derechos francés presentó asimismo un *amicus curiae* en el que puso de manifiesto su oposición a la realización de exámenes de la edad ósea, al tratarse de unas pruebas cuya fiabilidad está ampliamente cuestionada y que en cualquier caso deberían utilizarse solo como medida subsidiaria²⁰³.

Sin embargo, en estas dos últimas sentencias relativas a esta cuestión, adoptadas a principio de 2025 en los dos casos mencionados, el TEDH vuelve a poner el foco en las garantías que deben asistir al menor en el procedimiento de determinación de la edad, pero sin pronunciarse directamente sobre los problemas fundamentales inherentes a las pruebas médicas de edad, en particular las pruebas óseas, y la validez de su uso.

En su sentencia de enero de 2025 en el asunto *A.C. c. Francia*, las autoridades decidieron someter al demandante a una prueba ósea para determinar su edad, justificándolo por el hecho de que no había presentado documentación a su llegada y que su apariencia física no permitía descartar que fuese mayor de edad. Puesto que el examen reveló una edad fisiológica mayor de 18 años, el demandante fue excluido del sistema de protección de menores. En este contexto, el Tribunal examina si se respetaron las garantías necesarias para salvaguardar los derechos de los menores en el marco de estos procedimientos, y constata una serie de fallos que lo llevan a establecer una vulneración por parte del Estado francés del artículo 8²⁰⁴. En primer lugar, porque A.C. no fue informado de los resultados de la valoración administrativa ni tampoco de los resultados del test médico. En segundo lugar, porque el propio test no incluía mención alguna del margen de error que presentan los resultados de estos exámenes en el estado actual de la ciencia. Y, finalmente, porque la decisión relativa a su exclu-

²⁰³ Ibid., párr. 148. Véase también un examen exhaustivo de esta cuestión por parte del Defensor de los Derechos francés en el *amicus curiae* presentado ante el Comité de los derechos del niño distintos casos que se presentaron en relación con España: DÉFENSEUR DES DROITS, *Décision du Défenseur des droits n° 2018-138 relative à une tierce intervention devant le Comité des droits de l'enfant de l'ONU portant sur la pratique tendant à soumettre les mineurs non accompagnés (MNA) migrants aux tests de détermination de l'âge (test Greulich & Pyle) et la détention de ces derniers dans des centres pour adultes dans l'attente de leur expulsion, ainsi que sur leur conformité à la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)*, 2 de mayo de 2018, disponible en: https://juridique.defenseurdes-droits.fr/index.php?vol=notice_display&id=25284&opac_view=1

²⁰⁴ Ibid., párr. 183 y 184.

sión del sistema de protección de menores no incluía información clara acerca de los procedimientos y plazos de apelación.

La decisión más reciente del Tribunal sobre esta cuestión es la adoptada en el asunto *F.B. c. Bélgica*²⁰⁵, un caso relativo a una menor guineana de 16 años que, al presentar una solicitud de protección internacional en Bélgica por haber huido de los malos tratos derivados de su matrimonio forzado, declaró su minoría de edad y aportó una copia no legalizada de su certificado de nacimiento para corroborarlo. El mismo día, fue entrevistada por un empleado del Departamento de Menores de la Oficina de Extranjería, quien completó el formulario que la registraba marcando las casillas “duda sobre la condición de menor”, “solicitud de examen médico”, “persona interesada informada de las dudas”, así como la casilla que certificaba que F.B. no se oponía a someterse a la determinación de edad. Fue solo después de la realización de las pruebas óseas que fue entrevistada por un empleado especialmente capacitado en la recepción de menores.

Sin embargo, en sus sucesivos recursos, F.B. alegó que no se le informó ni antes ni durante la entrevista de que existía una duda sobre su edad y que no había recibido ninguna información sobre las pruebas óseas solicitadas ni sobre la posibilidad de negarse a someterse a ellas. Posteriormente, F.B. remitió a la oficina de tutela el original de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Conakry y un acta de nacimiento abreviada original que indicaban que nació el 15 de enero de 2003. Sin embargo, la oficina de tutela consideró que los documentos carecían de valor probatorio al no haber sido legalizados y priorizó la determinación de la edad sobre la documentación presentada por la demandante. En consecuencia, su derecho a recibir protección de la oficina de tutela fue revocado y fue trasladada a un centro para adultos.

En vista de estos hechos, el Tribunal determinó que el proceso de toma de decisiones que dio lugar a la revocación de su derecho a la protección como menor no acompañada no había contado con las garantías suficientes a efectos del artículo 8 del Convenio. En particular, señaló la falta de información y de consentimiento en relación con la prueba médica²⁰⁶. Además, enfatizó que, dada su naturaleza invasiva, los exámenes médicos

²⁰⁵ TEDH, *F.B. c. Bélgica*, asunto núm. 47836/21, sentencia del 6 de marzo de 2025.

²⁰⁶ *Ibid.*, párr. 87-90.

solo deben realizarse como último recurso y que F.B. hubiera tenido que ser entrevistada por un empleado especializado antes de la realización de las pruebas óseas, ya que esta entrevista hubiera podido permitir determinar si la duda sobre su edad podía disiparse con medios menos intrusivos y proporcionarle la información necesaria para defender sus derechos²⁰⁷.

Este punto es muy relevante, ya que refuerza la idea de que para cumplir con los estándares exigidos bajo el artículo 8 de la CEDH, el estado debe en primer lugar efectuar una entrevista en profundidad con el o la menor en la que se le informe del procedimiento y de sus derechos. Se debe luego proporcionar tiempo suficiente para que los menores puedan recabar y presentar documentos de estado civil, y si estos no fueran conclusivos, se deberán realizar pruebas psicosociales. Los exámenes óseos solo se podrían realizar como último recurso y sólo en caso de que la duda persistiera en esta fase avanzada del procedimiento. De hecho, estos estándares son los que han sido integrados en el artículo 25 del nuevo Reglamento de procedimiento de la UE, por lo que muy pronto se convertirán en normativa de obligado cumplimiento en los países de la Unión europea. Sin embargo, el TEDH no se pronuncia sobre la legalidad de la utilización de las pruebas óseas en el marco de estos procedimientos, es decir, sobre si su uso no supone en sí mismo una merma de las garantías relativas al proceso de determinación de la edad, debido a su baja fiabilidad.

Es sin duda muy bienvenida la consolidación de la jurisprudencia del TEDH sobre la obligación de los Estados de respetar las garantías procedimentales identificadas, ya que estas resultan esenciales para que la presunción de minoría de edad y el interés superior del menor sean siempre considerados prioritarios en el marco de los procedimientos de determinación de la edad. Sin embargo, no podemos no criticar el hecho de que el tribunal no se pronuncie sobre otro aspecto clave de los mismos: la fiabilidad y la validez de las pruebas óseas para la determinación de la edad, unas pruebas que se siguen utilizando en muchos países europeos a pesar de su amplio margen de error y que siguen generando situaciones de grave desprotección. Lamentablemente, el TEDH no se aleja del enfoque adoptado en los casos anteriores, dejando sin respuesta las numerosas dudas planteadas de forma reiterada por distintos demandantes y por las organizaciones

²⁰⁷ Ibid., párr. 91-93.

internacionales, sociedades científicas, ONGs de derechos humanos y organismos nacionales de protección de los derechos humanos relativas a la compatibilidad con los estándares de europeos de derechos humanos del uso de las pruebas óseas para determinar la edad. Un posicionamiento más claro al respecto, en la misma línea del adoptado por el Comité Europeo de Derechos Sociales, podría haber contribuido a acelerar la adopción de enfoques más fiables, de carácter multidisciplinario y respetuosos del marco internacional de protección de los derechos humanos.

b. El Comité Europeo de Derechos Sociales

La jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos en esta materia se ve complementada por los pronunciamientos de otro órgano perteneciente al sistema europeo de protección de los derechos humanos: el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), el grupo de 15 expertos encargado de monitorear el cumplimiento por los Estados parte de la Carta social europea²⁰⁸. Este instrumento, ratificado por España y por una amplia mayoría de los países miembros del Consejo de Europa, reconoce los derechos económicos y sociales en el ámbito europeo, complementando la protección brindada por el Convenio europeo de derechos humanos, que se centra esencialmente en los derechos civiles y políticos.

El CEDS se ha pronunciado sobre la cuestión de la determinación de la edad en el caso *EUROCEF c. Francia*²⁰⁹, en el que dictaminó que las evaluaciones médicas de la edad tal como se aplican en Francia pueden tener graves consecuencias para los menores y que “el uso de pruebas óseas para

²⁰⁸ El cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados es verificado por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) a través de dos mecanismos de control:

- Los informes que elaboran periódicamente los Estados parte sobre cómo aplican la Carta y cómo compensan las insuficiencias o deficiencias que les hayan sido alegadas por el CEDS.
- El procedimiento de denuncia colectiva que permite a los interlocutores sociales (organizaciones sindicales de empleados y empleadores), así como a determinadas organizaciones no gubernamentales internacionales autorizadas a tal efecto, remitir a la CEDS cualquier incumplimiento observado por parte de los Estados parte en la Carta.

²⁰⁹ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, *EUROCEF c. Francia*, decisión del 15 de junio de 2018, n.º 114/2015.

determinar la edad de los menores extranjeros no acompañados es inapropiado y poco fiable”²¹⁰. En este contexto, trae a colación también la recomendación hecha a Francia por el Comité de los derechos del niño dos años antes, solicitando al Estado “que deje de utilizar los exámenes óseos como método principal para determinar la edad de los niños y recurra a otros métodos que han demostrado ser más precisos”²¹¹.

Por tanto, el CEDS declara por unanimidad que el uso de tales pruebas viola el artículo 17, apartado 1, de la Carta Social Europea²¹². Asimismo, establece que este mismo artículo se ve violado por las deficiencias observadas en el sistema nacional de acogida, evaluación y orientación de los menores extranjeros no acompañados, en particular los retrasos en el nombramiento de un representante, la detención de

²¹⁰ Ibid., párr. 113. Sobre la decisión del CEDS en este caso, véase LECORNE, P., “La charte sociale européenne, un recours pour la défense des droits sociaux des mineurs étranger non accompagnés en France et en Europe”, *Lex Social*, vol. 9(1), 2019, pp. 415-428.

²¹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Francia, 23 de febrero de 2016, CRC/C/FRA/CO/5, párr. 74 b). En el mismo sentido, véase también COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA, Rapport du Commissaire aux droits de l’homme suite à sa visite en France du 22 au 26 septembre 2014, CommDH (2015), 17 de febrero de 2015, párr. 94 y 96-98.

²¹² El artículo 17, apartado 1, de la Carta social europea establece:

“Artículo 17. Derecho de los niños y jóvenes a protección social, jurídica y económica.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los niños y los jóvenes a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales, las Partes se comprometen a adoptar, bien directamente o bien en cooperación con las organizaciones públicas o privadas, todas las medidas necesarias y adecuadas encaminadas:

1.a) a garantizar a los niños y jóvenes, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus progenitores, los cuidados, la asistencia, la educación y la formación que necesiten, en particular disponiendo la creación o el mantenimiento de instituciones o servicios adecuados y suficientes a tal fin;

b) a proteger a los niños y jóvenes contra la negligencia, la violencia o la explotación;

c) a garantizar una protección y una ayuda especial por parte del Estado a los niños y jóvenes que se vean privados temporal o definitivamente del apoyo de su familia.”

estos menores en zonas de espera y centros de acogida y la inseguridad jurídica que rodea el acceso a un recurso efectivo para los menores extranjeros no acompañados²¹³.

El CEDS ha abordado esta cuestión también en su labor de monitoreo realizada a través del examen de los informes que los Estados le remiten periódicamente en relación con las medidas desplegadas para cumplir con las obligaciones establecidas en la Carta. En relación con el artículo 17, que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que los NNA puedan ejercer efectivamente su derecho a crecer en un entorno favorable al desarrollo de su personalidad y de sus capacidades físicas y mentales, el CEDS indica en su informe anual de actividades que durante el año 2023 dirigió preguntas específicas a los Estados Partes pidiendo información sobre las medidas adoptadas para proteger y ayudar a los niños en distintas situaciones de crisis y emergencias. En sus conclusiones, identifica varias cuestiones en relación con las cuales los Estados no están cumpliendo con sus obligaciones de protección de acuerdo con el artículo 17 de la Carta. Entre los motivos de vulneración de la Carta relacionados con los menores migrantes figura el hecho de utilizar pruebas óseas para evaluar la edad de los niños en situación de migración irregular, y España figura entre los países incumplidores, junto con otros nueve Estados (de entre los 32 Estados que fueron objeto de examen durante el periodo que abarca el informe)²¹⁴.

²¹³ Párr. 110 y 117. En su decisión, el CEDS determina también que habido también falta de acceso a la educación de los menores extranjeros no acompañados de edades comprendidas entre 16 y 18 años (violación del artículo 17.2 de la Carta); alojamiento inadecuado de menores o su exposición a la vida en la calle; (violación del artículo 7.10 de la Carta); falta de acceso a la asistencia sanitaria para los menores extranjeros no acompañados (violación del artículo 11, apartado 1 de la Carta); falta de acceso a la asistencia social y médica para los menores extranjeros no acompañados (violación del artículo 13, apartado 1 de la Carta); y falta de alojamiento a menores extranjeros no acompañados (violación del artículo 31.2 de la Carta).

²¹⁴ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, Informe de actividades 2023, junio de 2024, p. 31. Disponible en: <https://rm.coe.int/prems-018624-gbr-2005-ra-web-16x24-for-publication/1680b0e272>

3.3. Las garantías del debido proceso y el derecho a solicitar asilo

3.3.1. Estándares internacionales

3.3.1.1. Convención sobre los derechos del niño

El principio del interés superior del menor, así como su derecho a ser escuchado y acompañado en los procedimientos que afectan a su vida y a su desarrollo, son principios fundamentales del Convenio sobre los derechos del niño que deben guiar cualquier acción relativa a un menor extranjero no acompañado. De estos derivan una serie de garantías del debido proceso que deben aplicarse a estos menores desde el momento de su detección e independientemente del hecho de que soliciten o no protección internacional. Sin embargo, en un contexto de migración y en particular de niños que están migrando solos y se encuentran por tanto en una situación de especial vulnerabilidad, es también esencial que los Estados garanticen el ejercicio efectivo de su derecho a pedir asilo, de acuerdo con el artículo 22, apartado 1, de la Convención sobre los derechos del niño, que reza:

Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañando de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Este derecho debe ir acompañado de una serie de garantías procedimentales que permitan su ejercicio efectivo. Una de las más importantes es el deber del Estado de informar al menor de su derecho a solicitar protección internacional y, en este contexto, de facilitarle el acceso a los procedimientos pertinentes y al asesoramiento necesario. A este respecto, el Comité indica que, además de garantizar que los menores no acompañados que soliciten asilo tengan acceso a los procedimientos pertinentes, los estados deben facilitar este acceso de forma proactiva cuando viniera a

saberse que el menor puede tener un temor fundado de persecución que incluso no pueda articular expresamente²¹⁵.

En sus distintas Observaciones generales, el Comité de los derechos del niño aclara el alcance de las garantías procesales que asisten al menor extranjero no acompañado en el marco de los procedimientos de asilo, pero también al margen de estos. En primer lugar, los Estados deben incorporar en sus leyes, políticas, medidas y prácticas unas “garantías procesales adaptadas a los niños” en todos los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con la migración y el asilo que les afecten. Las garantías a las que se refieren son las siguientes:

- Principio de presunción de minoría de edad: que toda persona que afirme ser un niño sea tratada como tal hasta que el procedimiento de determinación de su edad no haya finalizado²¹⁶.
- Designación de un tutor: derecho a que se le designe un tutor, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito, para que sirva de garantía procesal básica para el respecto de su interés superior. El tutor debe ser plenamente informado durante todos los procedimientos que afectan al o la menor que tutela²¹⁷.

²¹⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, párr. 66. Para un análisis de este derecho y de la correspondiente obligación del Estado, incluso desde una perspectiva de género, véase ARENAS HIDALGO, N., “El derecho de acceso al procedimiento de protección internacional de la infancia extranjera no acompañada. Interés superior del mejor y enfoque de género en el Sistema Europeo de Asilo”, en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1419-1446.

²¹⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 32 h).

²¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, párr. 69; *Observación general núm. 12 (2009)*, párr. 123-124; *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 32 h) y 36; y *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos*

- Procedimiento de determinación del interés superior: elaborar y poner en práctica un procedimiento de determinación del interés superior dirigido a encontrar y aplicar soluciones globales, seguras y sostenibles, como una integración y un asentamiento mayores en el país de residencia actual, la repatriación al país de origen o el reasentamiento en un tercer país. Entre esas soluciones también cabe citar opciones de mediano plazo y garantizar que existan posibilidades de que los niños y las familias logren obtener la residencia segura en el interés superior del niño. Los procedimientos de determinación del interés superior deben ser guiados por las autoridades encargadas de la protección infantil dentro de los sistemas de protección de menores²¹⁸.
- Derecho del niño a ser escuchado: deben aplicarse medidas adecuadas para garantizar el derecho del niño a ser escuchado, ya que éste puede encontrarse en una situación especialmente vulnerable y por lo tanto tiene que poder expresar sus opiniones sobre todos los aspectos que afectan a sus vidas, también como parte integrante de los procedimientos de inmigración y asilo, y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta. Los niños pueden tener sus propios proyectos de migración y factores que los impulsan a migrar, y las políticas y decisiones no pueden ser eficaces ni adecuadas sin su participación²¹⁹.
- Derecho a la información: se debe proporcionar toda la información pertinente sobre sus derechos, los servicios disponibles, los

los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017), cit., párr. 17 i) y j).

²¹⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017), cit., párr. 32 j).*

²¹⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 12 (2009), párr. 123.; Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017), cit., párr. 35; Observación general núm. 12 (2009), párr. 124; Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017), cit., párr. 15.*

medios de comunicación, los mecanismos de denuncia, los procesos de inmigración y asilo y sus resultados. La información debe proporcionarse en el propio idioma del niño en tiempo oportuno, de una manera adaptada a él y apropiada a su edad, para que pueda participar activamente en los procesos²²⁰.

- Representación letrada: se debe designar a un representante legal cualificado tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito. Deben tratarse de un profesional que tenga un conocimiento especializado de la infancia y de las cuestiones relativas a la migración, y los menores deben poder comunicarse con él o ella libremente y recibir asesoramiento y representación adecuados, incluso para permitirles presentar denuncias cuando se violen sus derechos²²¹.
- Mecanismos de denuncia: deben garantizarse mecanismos de denuncia accesibles para los niños²²². Estos deben tener acceso a recursos administrativos y judiciales contra las decisiones que afecten a su propia situación, a fin de que todas las decisiones se adopten teniendo en cuenta su interés superior, y que estas tengan efecto suspensivo. Deben adoptarse medidas para evitar dilaciones indebidas en los procedimientos sobre la migración y el asilo que puedan afectar negativamente a los derechos de los niños. Salvo que ello vaya en contra del interés superior del niño, deben

²²⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 12 (2009)*, párr. 124.; *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares* y *núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 35; y *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares* y *núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 17 b) y j).

²²¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 12 (2009)*, párr. 123-124; *Observación general núm. 12 (2009)*, párr. 124; *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares* y *núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 36; *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares* y *núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 16 y 17 f).

²²² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 12 (2009)*, párr. 123-124; *Observación general núm. 12 (2009)*, párr. 124; *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares* y *núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 36.

alentarse procedimientos rápidos, siempre que de esta manera no se restrinjan las garantías procesales²²³. Asimismo, deben poder presentar denuncias ante los tribunales de justicia, los tribunales administrativos u otros órganos de menor rango a los que puedan acceder fácilmente por ejemplo en instituciones de protección de la infancia y la juventud, escuelas e instituciones nacionales de derechos humanos²²⁴.

- Interpretación: a lo largo de todo el proceso, debe ofrecerse a los niños la posibilidad de contar con un traductor para que puedan expresarse plenamente en su idioma materno o recibir apoyo de una persona familiarizada con el origen étnico y el contexto religioso y cultural del niño. Esos profesionales deben recibir capacitación sobre las necesidades específicas de los niños en el contexto de la migración internacional, que incluya los aspectos de género, culturales, religiosos y otros aspectos concomitantes²²⁵.
- Comunicación con el consulado: garantizar que el o la menor tenga acceso efectivo a la comunicación con funcionarios consulares y reciba asistencia consular, así como protección consular de sus derechos. A estos efectos, los Estados deben formar su personal consular sobre la protección que deben otorgar a los menores migrantes²²⁶.

²²³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 15 y 17 h).

²²⁴ *Ibid.*, párr. 16.

²²⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 12 (2009)*, párr. 123-124; *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 36; y *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 17 b).

²²⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 17 e) y 19.

- Tiempos: disponer de tiempo suficiente para preparar los procedimientos en los que se encuentren involucrados, contando con todas las garantías procesales²²⁷.
- Procedimientos claros y accesibles: los Estados deben garantizar la existencia de procedimientos claros y accesibles para los menores migrantes, para reducir el impacto negativo de su situación precaria e insegura²²⁸.

Finalmente, en relación con los casos en los que puedan detectarse indicios de trata de seres humanos u otras formas de explotación o de violencia o maltrato, los Estados deben aplicar las siguientes garantías²²⁹:

- Establecer rápidas medidas de identificación para detectar a las víctimas de la venta, la trata y el abuso, así como mecanismos de remisión, y a este respecto impartir formación obligatoria a los trabajadores sociales, la policía de fronteras, los abogados, los médicos y todos los demás funcionarios que estén en contacto con NNA.
- Cuando existan diferentes estatutos migratorios, aplicar el más protector (es decir, el asilo o la residencia por razones humanitarias) y la concesión de dicho estatuto debe determinarse caso por caso de conformidad con el interés superior del NNA.
- Asegurarse de que la concesión del permiso de residencia o de la asistencia a los NNA migrantes víctimas de la venta, la trata u otras formas de explotación sexual no dependa del inicio de ningún procedimiento penal ni de su cooperación con las autoridades competentes.
- Reconocer y abordar las situaciones de vulnerabilidad por razones de género de las niñas y niños que son víctimas potenciales de la trata con fines de explotación sexual, laboral y de otros tipos.
- Garantizar la protección global, los servicios de apoyo y el acceso a mecanismos efectivos de reparación, incluida la asistencia psicosocial y la información acerca de estos recursos, para los niños

²²⁷ Ibid., párr. 17 g).

²²⁸ Ibid., párr. 18.

²²⁹ Ibid., párr. 43 y 44.

y niñas que denuncien casos de violencia, abuso o explotación, y reconocer el papel importante que pueden desempeñar las organizaciones de la sociedad civil en este respecto.

3.3.1.2. Derecho de la Unión europea

Algunas de las garantías que el Comité de los derechos del niño considera necesarias para cumplir con el interés superior del menor en virtud de la Convención se han incorporado en el Derecho de la Unión europea: tanto en el corpus jurídico actualmente en vigor como en los instrumentos adoptados en el marco del Pacto sobre migración y asilo de 2024, que aporta algunas mejoras destacables a la vez que introduce otros elementos que implican retrocesos.

a. La normativa UE actualmente en vigor

En primer lugar, el artículo 13, apartado 3, de la Directiva de Retorno establece que las personas nacionales de terceros países en situación irregular que estén afectadas por un procedimiento de retorno “tendrán la posibilidad de obtener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística”. En cuanto al derecho a ser escuchado, esta Directiva no lo menciona. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental recogido en la CDFUE, que lo reconoce como parte integrante del derecho a una buena administración y lo define como “el derecho de toda persona a ser escuchada, antes de que se adopte cualquier medida individual que le afecte negativamente”²³⁰. Además, queda clara su aplicación a los menores extranjeros no acompañados puesto que este derecho se reconoce a “toda persona” y no se circunscribe a “todo ciudadano” de la Unión, como ocurre con otros derechos reconocidos en la Carta.

A pesar de que este derecho haya sido interpretado de forma restrictiva por el TJUE en el sentido de que pueda considerarse suficiente la oportunidad dada al migrante de proporcionar información por escrito²³¹, la CDFUE

²³⁰ Carta de derechos fundamentales de la Unión europea, artículo 41 (2) (a).

²³¹ Véase los casos TJUE, C-166/13, *Sophie Mukarubega v Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis*, de 6 de noviembre de 2014 ; y C249/13, *Khaled Boudjlida v Préfet des*

reconoce expresamente el derecho del menor a ser oído, por lo que esta garantía resulta sin duda irrenunciable en el caso de los menores²³².

Por último, la Directiva de Retorno establece el derecho de las personas migrantes sujetas a un procedimiento de retorno a “recurrir o solicitar la revisión” de las decisiones relacionadas con el retorno o devolución ante “una autoridad judicial o administrativa competente o un órgano competente formado por miembros que son imparciales y gozan de garantías de independencia”²³³. Por su parte, el TEDH ha establecido reiteradamente que, en base al artículo 13 del CEDH, leído conjuntamente con el artículo 4 del Protocolo núm. 4 a la CEDH sobre prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, las personas migrantes en situación irregular, incluso cuando son interceptadas en la frontera o en alta mar, tienen derecho a un recurso efectivo contra una decisión de expulsión y a que este recurso tenga efecto suspensivo cuando exista riesgo de devolución²³⁴. También, ha identificado la disponibilidad de intérpretes como uno de los factores que afectan a la accesibilidad de un recurso efectivo, especificando que el derecho de las personas sujetas a una orden de devolución a recibir asistencia lingüística debe concederse de forma que dé a la persona una posibilidad concreta y práctica de utilizarla, para garantizar que este derecho funcione en la práctica.

Pyrénées-Atlantiques, de 11 de diciembre de 2014. Sobre estos casos, véase LAPOUTRE, N., “Le droit d’être entendu avant l’adoption d’une mesure d’éloignement, un droit fondamental réduit à portion congrue”, *Revue des droits de l’homme, Actualités Droits-Libertés*, 2015, pp. 1-9.

²³² Artículo 24 de la CDFUE. Sobre el derecho de los y las menores migrantes no acompañados a ser oídos en los procedimientos de protección internacional, véase ARCE JIMÉNEZ, E., “El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación”, *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, 2018, vol. 38, pp. 1–40. <https://doi.org/10.7203/CEFD.38.13143>

²³³ Directiva de Retorno, artículo 13, apartado 1.

²³⁴ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (Gran Sala), núm. 27765/09, 2012, párr. 198-200 y 204-207; *Khlaifia y otros c. Italy* (Gran Sala), núm. 16483/12, 2016, párr. 268 y 281; *N.D. y N.T. c. España*, 2017, párr. 115, 118 y 120-122; y *M. K. y otros c. Polonia*, núm. 40503/17, 42902/17 y 43643/17, párr. 143, 144 y 147. Véase también RENEMAN, A. M., “Speedy Asylum Procedures in the EU: Striking a Fair Balance Between the Need to Process Asylum Cases Efficiently and the Asylum Applicant’s EU Right to an Effective Remedy”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 25(4), 2014, pp. 717-748.

Asimismo, la Directiva sobre procedimientos de asilo establece la obligación de los Estados de informar a los extranjeros que se encuentren en centros de internamiento o en puestos fronterizos sobre la posibilidad de formular una solicitud de protección internacional cuando se presuma que pueden desear formular una, facilitando además acceso a servicios de interpretación cuando sea necesario y a las organizaciones y personas que prestan asesoramiento en materia de protección internacional²³⁵.

En cuanto a los y las menores que solicitan protección internacional, el artículo 25 de la Directiva, relativo a las garantías para los menores no acompañados que manifiesten la necesidad de protección internacional, requiere que se nombre cuanto antes a un representante que deberá informar y preparar al menor para la entrevista relativa a la solicitud de asilo²³⁶. Asimismo, el Estado debe garantizar que el representante y/o un abogado u asesor jurídico facultado esté presente en dicha entrevista, teniendo la oportunidad de formular preguntas o alegaciones²³⁷, y que la persona que celebre la entrevista y la que redacte la decisión tengan los conocimientos necesarios sobre las necesidades especiales de los menores²³⁸. Finalmente, incluye indicaciones relativas al procedimiento de determinación de la edad de los menores no acompañados a las que ya nos hemos referido y, en el caso en que se determine que son menores de edad, limita fuertemente la posibilidad de aplicarles unos procedimientos de asilo fronterizos, tratándose de unos procedimientos acelerados y con menos garantías²³⁹.

También, la Directiva de procedimiento permite a los Estados dar prioridad al examen de las solicitudes de protección internacional relativas a los menores no acompañados al tratarse de personas vulnerables de acuerdo con la definición de las mismas incorporada en el artículo 21 de la Directiva de acogida²⁴⁰.

²³⁵ Directiva de procedimiento, Artículo 8, apartado 1.

²³⁶ *Ibid.*, artículo 25, apartado 1a)

²³⁷ *Ibid.*, artículo 25, apartado 1b).

²³⁸ *Ibid.*, artículo 25, apartados 2a) y b).

²³⁹ *Ibid.*, artículo 25, apartados 5 y 6.

²⁴⁰ *Ibid.*, artículo 31, apartado 7. El artículo 21 de la Directiva de acogida incluye en la categoría de personas vulnerables a los menores, los menores no acompañados, las personas con discapacidades, las personas de edad avanzada, las mujeres embarazadas, las familias monoparentales con hijos menores, las víctimas de la trata de

Además de estas garantías, las personas menores gozan de las garantías generales previstas para los solicitantes adultos, entre las que figuran el derecho a ser informados acerca del procedimiento que debe seguirse, de disponer de los servicios de un intérprete para exponer sus argumentos ante las autoridades, de poderse poner el contacto con ACNUR u otras organizaciones de asesoramiento, de tener acceso a la información que se ha tenido en cuenta para tomar la decisión, de que le notifique al solicitante o a su abogado la decisión en un plazo razonable, y de ser informado del resultado de la resolución y de cómo impugnarla²⁴¹.

b. Garantías procesales y condiciones de acogida en el Pacto de migración y asilo.

El Pacto sobre Migración y Asilo de 2024 introduce varias disposiciones dirigidas a proporcionar un trato más garantista a los niños, niñas y adolescentes, y principalmente a los no acompañados. En primer lugar, se reitera la obligación de las autoridades competentes de considerar primordial el interés superior del niño al aplicar el conjunto de las disposiciones del Reglamento de procedimiento y de aplicarlo de conformidad con lo establecido en la nueva Directiva de acogida. En efecto, esta directiva aporta una descripción más detallada de lo que significa en la práctica valorar este interés superior, lo que ha de valorarse muy positivamente. En este contexto, la directiva establece que a la hora de determinar el interés superior del o de la menor, las autoridades deberán tener especialmente en cuenta:

- a) las posibilidades de reagrupación familiar;
- b) el bienestar y el desarrollo social del menor, teniendo especialmente en cuenta el contexto del menor y la necesidad de estabilidad y continuidad de la asistencia;
- c) consideraciones de seguridad y protección, especialmente en caso de riesgo de que el menor sea víctima de cualquier forma de violencia o explotación, incluida la trata de seres humanos;

seres humanos, las personas con enfermedades graves, las personas con trastornos psíquicos y las personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina.

²⁴¹ Artículo 12 de la Directiva de procedimiento.

d) la opinión del menor, atendiendo a su edad y grado de madurez²⁴².

Asimismo, los estados deberán garantizar que los menores tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico, espiritual, moral y social, que tengan acceso a actividades de ocio, incluido el juego y actividades de recreo propias de su edad, así como actividades al aire libre y material escolar. Las y los menores que sean víctimas de conflictos armados, abuso, explotación, tortura o trata inhumano o degradante deberán tener acceso a servicios de rehabilitación²⁴³.

En cuanto a las garantías que deben reconocerse al menor no acompañado que manifieste su voluntad de solicitar protección internacional, el artículo 33 del nuevo Reglamento de procedimiento establece ante todo la obligación de nombrar tan pronto como sea posible una persona con las capacidades necesarias para asistir provisionalmente al menor y poder así garantizar el disfrute de sus derechos y su interés superior hasta que se nombre un representante. Asimismo, se introduce otra garantía antes inexistente relativa al plazo máximo para el nombramiento del representante: el representante definitivo deberá nombrarse a más tardar quince días hábiles a partir de la fecha en que se formule la solicitud —aunque en casos excepcionales en los que se dé un número desproporcionado de solicitudes se podrá tardar hasta veinticinco días hábiles—, y si se trata de una organización, esta deberá nombrar una persona física²⁴⁴.

De todas formas, la autoridad competente deberá informar inmediatamente al niño, niña o adolescente, de manera adaptada a su condición de menor y en una lengua que pueda comprender, de la designación de un representante provisional o definitivo, así como de la forma de presentar una queja contra este representante. El representante se reunirá con él o ella y tendrá en cuenta su opinión. Le informará de los procedimientos previstos por el mismo reglamento y, si procede, sobre el procedimiento de determinación de la edad —regulado en el artículo 25, como se ha examinado en el apartado correspondiente—. Asimismo, le asistirá en la formulación de su solicitud y en la preparación y realización de la entre-

²⁴² Artículo 26, apartado 2, de la Directiva de acogida refundida.

²⁴³ Artículo 26, apartados 3 y 4, de la Directiva de acogida refundida.

²⁴⁴ Reglamento de procedimiento, artículo 33, apartados 2 a 4.

vista personal, junto al asesor jurídico cuando proceda, pudiendo tanto el representante como el asesor jurídico formular preguntas y comentarios durante la misma. El representante —tanto el provisional como el definitivo— y al asesor jurídico tendrán acceso al contenido de los documentos pertinentes del expediente del o de la menor. Finalmente, el derecho a consejo jurídico y a asistencia jurídica legal se reconoce a todo solicitante, de acuerdo con el derecho nacional (artículo 15), y se prestará consejo legal gratuito en los procedimientos de solicitud de asilo, así como asistencia y representación legal gratuitas en los procedimientos de recurso, a petición del o de la solicitante (artículos 16 y 17).

Para garantizar que el representante pueda velar efectivamente por el interés superior de cada menor, cada representante no podrá representar a más de 30 menores no acompañados, pudiendo este número llegar a los 50 en situaciones excepcionales, lo que nos parece un número excesivo. Finalmente, es positivo que una solicitud de protección internacional se considerará formulada cuando un solicitante, incluido un menor no acompañado, exprese ante una autoridad competente el deseo de recibir protección internacional, y que las autoridades deberán registrar dichas solicitudes sin demora y, en todo caso, a más tardar cinco días después de la formulación de la misma. Este plazo puede alargarse hasta un máximo de quince días en circunstancias excepcionales en las que un número desproporcionado de solicitudes se hayan presentado en un mismo periodo de tiempo²⁴⁵. Esta solicitud deberá luego ser formalizada por el solicitante, una acción que realizará el representante en el caso de los menores no acompañados²⁴⁶.

i) Los procedimientos fronterizos y acelerados

Es muy positiva la previsión de que los menores no acompañados quedarán excluidos del procedimiento fronterizo, a menos que se consideren un peligro para la seguridad nacional o el orden público²⁴⁷. Esto resulta fundamental considerando que los procedimientos fronterizos son procedimientos acelerados con garantía procesales reducidas y que, además,

²⁴⁵ Artículo 26, apartado 1, y artículo 27, apartados 1 y 5.

²⁴⁶ Artículo 33, apartado 1.

²⁴⁷ Reglamento de procedimiento, artículo 53, apartado 1.

implican la detención durante largos períodos en las zonas fronterizas. Sin embargo, preocupa la interpretación potencialmente muy distinta que pueda hacer cada estado del concepto de “peligro para la seguridad nacional o el orden público”, que no queda definido en el reglamento, lo que deja, a nuestro parecer, demasiado margen de discrecionalidad a la hora de su aplicación en la práctica por cada Estado miembro.

Otra preocupación se refiere al hecho de que el Reglamento no solo mantiene, sino que amplía los motivos por los que un Estado miembro puede someter a un menor no acompañado al otro procedimiento especial: el procedimiento acelerado (pero no fronterizo). Más concretamente, se podrá aplicar el procedimiento acelerado a un menor no acompañado si procede de un país de origen seguro o con una tasa de reconocimiento de asilo que es inferior al 20% de la media UE, si representa un peligro para el orden público o la seguridad nacional, si se trata de una solicitud posterior no inadmisibles, si presenta información o documentación falsa, oculta información relevante o si existen motivos fundados para considerar que haya destruido o se haya desecho de documentos de identidad o de viaje con el fin de ocultar su identidad o nacionalidad²⁴⁸. Es muy cuestionable esta previsión, ya que la situación de extrema vulnerabilidad de un menor que se encuentra solo en un país extranjero requiere que se lo otorguen todas las garantías. Entre ellas figuran unos plazos suficientes para que pueda ser asesorado adecuadamente con el fin de poder presentar una solicitud bien argumentada y para que pueda asimismo tener tiempo suficiente para preparar un recurso en contra de una decisión denegatoria, si fuera necesario.

Tal y como lo indica CEAR, los procedimientos acelerados, en los que el procedimiento entero no puede durar más de 3 meses, no son ni siquiera lo suficientemente garantistas para las personas adultas, ya que “la aplicación de estos procedimientos pone en riesgo el análisis individualizado de las solicitudes al introducir criterios discriminatorios en función de la nacionalidad, valorando las necesidades de protección de manera general y sin atender a las circunstancias específicas de cada persona solicitante”²⁴⁹. Por tanto, desde una perspectiva de la infancia, estos procedimientos ace-

²⁴⁸ Reglamento de procedimiento, artículo 42, apartado 3.

²⁴⁹ CEAR, “El Pacto europeo sobre migración y asilo. Retos y amenazas para los derechos humanos”, 2024, pp. 45-46.

lerados no se deberían aplicar a los menores no acompañados bajo ninguna circunstancia²⁵⁰.

Finalmente, señalamos que mientras borradores anteriores del Pacto contemplaban la exclusión no solo de los menores no acompañados sino también de los menores de 12 años y sus familiares de los procedimientos fronterizos, esta previsión ha sido reducida drásticamente para convertirse en una excepción que se aplicará únicamente en determinados contextos de crisis, a los que la nueva normativa denomina situaciones de “instrumentalización”²⁵¹. En efecto, el Reglamento de crisis y fuerza mayor prevé que, en una situación de instrumentalización de un grupo de migrantes o solicitantes de asilo, que haya sido declarada por la Comisión y autorizada por el Consejo a raíz de una solicitud del Estado en cuestión para poder aplicar determinadas excepciones, el artículo 11(6) permite al Estado miembro solicitar el examen de todas las solicitudes de este grupo en el procedimiento fronterizo, independientemente de la tasa de reconocimiento o de cualquier otro factor. Se trata de una excepción significativa que tendrá graves consecuencias para los solicitantes, ya que generaliza todavía más el procedimiento fronterizo, suprimiendo las pocas salvaguardas que establece el Reglamento de procedimiento para determinados grupos de solicitantes²⁵².

En este contexto, la única excepción que se prevé es la exclusión de este procedimiento fronterizo de los menores de 12 años y los miembros de su familia, así como a las personas con necesidades procedimentales

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ El reglamento establece en su considerando 14 que “Podría darse una situación de instrumentalización cuando un tercer país o un agente no estatal hostil fomente o facilite el desplazamiento de nacionales de terceros países o de apátridas a las fronteras exteriores de la Unión o a un Estado miembro, cuando tales acciones sean indicativas de la intención del tercer país o del agente no estatal hostil de desestabilizar a la Unión o a un Estado miembro, y cuando tales acciones puedan poner en peligro funciones esenciales de un Estado miembro, como el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de su seguridad nacional.

²⁵² Véase, por ejemplo, ECRE, “Comments on the Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum and amending Regulation (EU) 2021/1147”. Mayo de 2024, accesible en https://ecre.org/wp-content/uploads/2024/05/ECRE_Comments_Crisis-and-Force-Majeure-Regulation.pdf

o de acogida especiales, definidas en la Directiva (UE) 2024/1346 y el Reglamento (UE) 2024/1348. Se trata, además, de una exclusión que no se establece en términos absolutos, ya que el estado puede elegir entre excluir a los menores de 12 años y sus familias de forma general o proceder a evaluaciones individuales de cada caso y decidir excluir solo aquellos núcleos familiares para los que consideren probable que sus solicitudes estén bien fundadas²⁵³. Considerando las vulneraciones de los derechos fundamentales que se producen en contextos fronterizos, en particular pero no solo en relación con la detención, nos parece inaceptable que los menores no sean excluidos de forma general de los procedimientos fronterizos, que no lo sean de forma obligada y automática en las situaciones de crisis e instrumentalización, y que se introduzca esta distinción entre menores y mayores de 12 años. Esta distinción no se encuentra en ninguna norma de Derecho internacional o europeo, razón por la cual no tiene ninguna fundamentación: en Derecho internacional y europeo, los niños, niñas y adolescentes son personas menores y vulnerables hasta que no hayan cumplido los 18 años. Como tales, tienen derecho a una protección especial que resulta sin duda incompatible con la experiencia de un procedimiento fronterizo de asilo, que implica vivir en asentamientos o instalaciones precarias durante semanas o meses, sin acceso a servicios esenciales y a una vida en condiciones mínimamente normalizada que eviten tener que experimentar vivencias traumáticas.

ii) Estado responsable del examen de la solicitud

La nueva normativa del Pacto introduce asimismo novedades en relación con el Estado responsable del examen de la solicitud, incorporadas al Reglamento de gestión del asilo y de la migración (RAM) que derogará el Reglamento Dublín III a partir de mediados de 2026. El RAM establece que el representante del menor no acompañado participará en el proceso de establecimiento del Estado miembro responsable del examen de la solicitud, ya que en algunos casos podría no ser el Estado en el que el menor se encuentra y haya presentado la solicitud. Asimismo, ayudará al menor no acompañado a facilitar la información pertinente para la valoración de su interés superior, incluido a través del ejercicio del derecho a ser escuchado²⁵⁴.

²⁵³ Reglamento de Crisis y de Fuerza Mayor, artículo 11, apartado 6 y 7 a) y b).

²⁵⁴ RAM, Artículo 22, apartado 4, y artículo 23, apartados 2 y 3.

En cuanto a los criterios que determinan la designación del Estado responsable de examinar la solicitud de protección internacional de los menores no acompañados, estos son distintos de los que se establecen para el resto de los solicitantes, puesto que la especial vulnerabilidad de estos menores hace que su interés superior tenga que ser una consideración primordial. En este sentido, y de acuerdo con lo que ya establecía el Reglamento Dublín III y la jurisprudencia del TJUE, el Reglamento de gestión del asilo y de la migración prevé que el Estado responsable de examinar la solicitud de protección internacional formulada por un menor extranjero no acompañado será el Estado miembro de la UE en el que se encuentre legalmente un miembro de la familia del menor no acompañado o un pariente que se haya comprobado que puede ocuparse de él, a menos que se demuestre que ello va en contra del interés superior del menor²⁵⁵.

Sin embargo, a falta de miembro de la familia o pariente en otro Estado miembro, el Reglamento prevé que el Estado miembro responsable será aquel en el que se haya registrado por primera vez la solicitud de protección internacional del menor no acompañado, a menos que se demuestre que ello va en contra del interés superior del menor²⁵⁶. Esta previsión representa un retroceso respecto de la normativa anterior y de la jurisprudencia del TJUE que establecen que, en ausencia de familiares que se encuentren en la Unión europea y puedan cuidar de él o ella, el Estado responsable es aquel en el que se encuentra el menor, y no el Estado en que presentó su primera solicitud, para evitar así tener que trasladar al o a la menor²⁵⁷. Esto responde a la necesidad de tomar en cuenta la especial vulnerabilidad de los NNA no acompañados y a la correspondiente necesidad de evitar traslados innecesarios que podrían ser traumáticos y que, a su vez, provocarían demoras en el procedimiento de examen, lo que no redundaría en beneficio del menor y de su interés superior²⁵⁸. El punto de partida del reglamento, que establece como norma el traslado cuando la

²⁵⁵ RAM, Artículo 25, apartado 2 y 3.

²⁵⁶ RAM, Artículo 25, apartado 5.

²⁵⁷ TJUE, *MA y otros*, C-648/11, sentencia de 6 de junio de 2013, ECLI:EU:C:2013:367. Y Reglamento Dublín III, Artículo 8, apartado 4.

²⁵⁸ En este sentido, véase GUARDIOLA LOHMÜLLER, A. V., “El Derecho de Asilo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: entre la Soberanía del Estado y los Derechos Humanos”, tesis doctoral presentada para la obtención del doctorado en Derecho, Universidad de Alicante, noviembre de 2024, p. 64.

normativa anterior y el TJUE establecían la permanencia en el Estado en el que se encuentra el o la menor, constituye por tanto un retroceso.

Finalmente, el RAM integra algunas de las mejoras en términos de acceso a la tutela judicial efectiva que ha aportado la jurisprudencia del TJUE a la hora de aplicar el artículo 27 del Reglamento de Dublín III sobre el derecho a presentar un recurso en contra de la decisión de traslado. Esta jurisprudencia ha ampliado el abanico de situaciones recurribles, pasando de una interpretación limitada a la existencia de deficiencias sistemáticas en el sistema de asilo del Estado al que se pretendía trasladar el solicitante que le expondrían a un riesgo de trato inhumano y degradante, a una más amplia que incorpora casos de una deficiente aplicación de los criterios de asignación de la responsabilidad, entre otras situaciones²⁵⁹. A pesar de que se tenga que lamentar que el RAM incorpore solo en parte esta jurisprudencia, dejando fuera algunos de los motivos de recurso que el TJUE sí había reconocido como válidos, es positivo que entre las tres situaciones que este Reglamento prevé como válidas para la presentación de un recurso contra una decisión de traslado figure el incumplimiento de criterios familiares, de dependencia o relativos a los menores no acompañados, junto con el riesgo de trato inhumano o degradante y la existencia de nuevas circunstancias relevantes para la aplicación del Reglamento²⁶⁰.

Esta incorporación confirma el derecho del menor no acompañado a impugnar la decisión por la que un Estado miembro deniega la petición de toma a cargo por no haber tenido en cuenta el artículo 8, apartado 2, relativo a la reagrupación de los menores no acompañados con un pariente que se encuentra en otro Estado miembro, tal y como lo estableció el TJUE en su sentencia *I y S*²⁶¹. Sin embargo, no se reconoce el derecho del pariente que se encuentra en otro Estado miembro a impugnar la decisión de denegación de traslado para la toma a cargo, de acuerdo otra vez con la jurisprudencia del TJUE²⁶². Sin embargo, lo que resulta muy difícil de entender es que el recurso contra la decisión de traslado no tenga auto-

²⁵⁹ Para esta jurisprudencia, véase GUARDIOLA LOHMÜLLER, A. V., “El Derecho de Asilo ante el Tribunal de Justicia...”, cit., apartado V.3, pp. 114 y ss.

²⁶⁰ RAM, artículo 43, apartado 1, a), b) y c).

²⁶¹ TJUE, *I y S*, asunto C-19/21, sentencia de 1 de agosto de 2022, ECLI:EU:C:2022:605.

²⁶² TJUE, *I y S*, cit., apartado 50.

máticamente efecto suspensivo, sino que la persona solicitante deberá solicitar expresamente este efecto suspensivo. Si no lo hace, la ejecución del traslado no quedará suspendida mientras se examine el recurso. Además, el efecto suspensivo podría no concederse²⁶³.

También, se estipula que cualquier decisión relativa al traslado de un menor no acompañado debe ir precedida de una evaluación de su interés superior, que deberá llevarse a cabo con celeridad por personal cualificado²⁶⁴, quedando así la norma conforme a las exigencias establecidas por el TJUE en su jurisprudencia²⁶⁵. Ahora bien, una vez determinado el Estado responsable y antes de trasladar a un menor no acompañado a otro Estado miembro, el Estado deberá iniciar las actuaciones necesarias para localizar a los familiares en el otro Estado miembro y, antes de efectuar el traslado, deberá asegurarse de que el Estado miembro de acogida adopte sin demora las medidas necesarias que garanticen su acogida con arreglo al Reglamento sobre los procedimientos de asilo y la Directiva sobre las condiciones de acogida. Entre estas medidas, destaca el nombramiento inmediato de un representante o representantes que se encarguen de velar por el respeto de todos los derechos que correspondan al menor²⁶⁶.

iii) Condiciones de acogida

Estas obligaciones se ven complementadas por las establecidas por la Directiva de acogida que prevé que las autoridades faciliten a los solicitantes información relativa a las condiciones de acogida establecidas en la misma Directiva, incluida información específica de sus sistemas de acogida, utilizando una plantilla que elaborará la Agencia de Asilo de la Unión Europea. Dicha información deberá facilitarse lo antes posible y a más tardar tres días después de la formulación de la solicitud de protección internacional²⁶⁷, por escrito de forma concisa, transparente, inteligible y fácilmente accesible, utilizando un lenguaje claro y sencillo y en una len-

²⁶³ RAM, artículo 43, apartado 3.

²⁶⁴ RAM, artículo 23, apartado 5.

²⁶⁵ TJUE, *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, asunto C-441/19, sentencia del 14 de enero de 2021, ECLI:EU:C:2021:9, apartado 1) de la decisión sobre el fondo.

²⁶⁶ RAM, artículo 23, apartado 5.

²⁶⁷ Directiva de acogida, artículo 5.1.

gua que los solicitantes comprendan o cuya comprensión por los solicitantes sea razonable suponer²⁶⁸. En caso de que fuera necesario, dicha información se facilitará asimismo oralmente o, si procediera, de forma visual, adaptándose a las necesidades de los solicitantes. En particular, en el caso de un o una menor no acompañado/a, los Estados deben facilitar esta información de manera adaptada a su edad y de manera que se garantice que el menor o la menor no acompañado/a la entienda, utilizando, cuando proceda, materiales informativos específicamente adaptados a los menores, y siempre en presencia del representante provisional o definitivo²⁶⁹.

En relación con las condiciones de acogida, según el TJUE y la Directiva de acogida (refundida), los Estados de la UE tienen la obligación de velar por que los solicitantes puedan disponer de las condiciones materiales de acogida, pero esta obligación no es absoluta. Entre los motivos por los que los Estados miembros podrán reducir o retirar la asignación de gastos diarios u otras condiciones materiales de acogida establecidos en el artículo 23 de la Directiva —el alojamiento, la alimentación, la ropa y los artículos de higiene personal—, figuran los casos en los que el o la solicitante haya infringido grave o reiteradamente las normas del centro de acogida, o se haya comportado de manera violenta o amenazante en el centro de acogida —siendo este motivo el único que justifique que se pueda llegar no ya a reducir sino a retirar las condiciones de acogida que no sean la asignación de gastos diarios—. Sin embargo, debe lamentarse que la Directiva de acogida no incorpora la salvedad introducida por la jurisprudencia del TJUE según la cual no se puede privar al solicitante de protección internacional del núcleo elemental de alojamiento, alimentación o vestido por haberse comportado de manera violenta²⁷⁰. Peor aún, ni siquiera contempla esta salvedad para los menores extranjeros no acompañados, lo que resulta especialmente preocupante y constituye una vulneración flagrante del interés superior de menor.

Así lo estableció el TJUE en el caso *Haqbin* relativo a un menor no acompañado de nacionalidad afgana que solicitó asilo en Bélgica y fue

²⁶⁸ Directiva de acogida, artículo 5.2.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ TJUE, *Haqbin*, asunto C-233/18, sentencia de 12 de noviembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:956, apdo. 47; y TJUE, *TO*, asunto C-422/21, sentencia de 1 de agosto de 2022, ECLI:EU:C:2022:616, apdo. 39.

acogido en un centro en el que se vio implicado en una reyerta y fue detenido. El director del centro decidió privarlo, como consecuencia de este suceso, de la ayuda material del centro de acogida durante un período de quince días, lo que lo obligó a dormir en la calle durante más de una semana. En la sentencia dictada a raíz de la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de lo Laboral de Bruselas ante el que el Sr. Haqbin interpuso un recurso, el Alto tribunal estableció que:

“En lo que atañe, más concretamente, al requisito de preservar la dignidad de las condiciones de vida, del considerando 35 de la Directiva 2013/33 se desprende que esta pretende garantizar el pleno respeto de la dignidad humana y promover la aplicación, en particular, del artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales, y debe aplicarse en consecuencia. A este respecto, el respeto de la dignidad humana en el sentido de este artículo exige que la persona de que se trata no se encuentre en una situación de privación material extrema que no le permita hacer frente a sus necesidades más elementales, como alojarse, alimentarse, vestirse y lavarse, y que menoscabe por ello su salud física o mental o la coloque en una situación de degradación incompatible con tal dignidad (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2019, *Jawo*, C163/17, EU:C:2019:218, apartado 92 y jurisprudencia citada)”²⁷¹.

La mencionada obligación de los Estados miembros de garantizar un nivel de vida digno obliga a los Estados “a asegurar permanentemente y sin interrupción tales condiciones de vida en todo momento”²⁷², y garantizando que cualquier medida adoptada sea proporcionada y no conduzca a una situación de condiciones de vida indignas²⁷³. Además, el TJUE concluye indicando que, cuando se trate de menor no acompañado, que es una persona vulnerable de acuerdo con el Derecho de la UE, las autoridades deberán tener muy en cuenta su situación particular y, a la vista del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, muy especialmente su interés superior²⁷⁴. Y concluye que, incluso en relación con una persona adulta, en caso de violación grave de la normativa aplicable en los centros de acogida o de comportamiento violento grave, los Estados no pueden retirar, aunque solo sea temporalmente, el beneficio de las condiciones materiales de acogida

²⁷¹ Apartado 46 de la sentencia.

²⁷² Apartado 50 de la sentencia.

²⁷³ Apartado 51 de la sentencia.

²⁷⁴ Apartados 53, 56 y parte dispositiva de la sentencia.

relativas al alojamiento, a la alimentación o al vestido “ya que ello tendría como efecto privar al solicitante de la posibilidad de satisfacer sus necesidades más elementales”²⁷⁵. A la luz de lo que acabamos de exponer, resulta por lo menos sorprendente que la Directiva de acogida no incorpore esta garantía que deriva del artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales y que no incluya ni siquiera una excepción para los menores no acompañados. Desde nuestra perspectiva, esta previsión debe considerarse claramente incompatible con los artículos 1 y 24 de la Carta.

3.3.2. La práctica española a la luz de la jurisprudencia del Comité de los derechos del niño

Muchas de las vulneraciones relacionadas con el respeto de las garantías procedimentales han sido abordadas en el apartado relativo a la jurisprudencia del Comité sobre los procedimientos de determinación de la edad y los numerosos casos que involucran a España. Como se ha señalado, de los quince dictámenes en los que el Comité ha determinado la responsabilidad internacional de España por vulnerar la CDN respecto de menores extranjeros no acompañados en contextos fronterizos, catorce conciernen el procedimiento de determinación de la edad. Por tanto, resulta complicado separar la cuestión de las garantías procedimentales de la cuestión de la determinación de la edad. Sin embargo, consideramos relevante hacerlo ya que algunas cuestiones de garantías procedimentales van más allá de las carencias relativas al procedimiento de determinación de la edad.

Por tanto, abordamos a continuación algunas de las principales cuestiones relacionadas con las garantías que deben reconocerse a los menores no acompañados, extraídas de la jurisprudencia del Comité de los derechos del niño en relación con España. Sumándolas al análisis realizado en el apartado relativo a la jurisprudencia del Comité sobre la determinación de la edad, conseguiremos una visión más completa de las mismas.

El caso de R.Y.S., al que ya nos hemos referido²⁷⁶, puede sin duda ser un buen punto de partida, ya que plantea un amplio abanico de cuestiones

²⁷⁵ Parte dispositiva de la sentencia.

²⁷⁶ Véase apartado 3.2.2.2.

relevantes, más amplio también por el hecho de que se trata de una adolescente que ha sufrido, además, abusos de carácter sexual, por lo que añade cuestiones importantes relacionadas con la discriminación por motivos de género y la necesidad de una perspectiva de género. En este caso, el Dictamen del Comité deja constancia en primer lugar de numerosos fallos en relación con las necesidades de protección internacional de la menor, unas necesidades que fueron ignoradas en relación tanto con el deber de información como con el de acompañamiento para la obtención efectiva de una protección en términos de regularización de su situación administrativa y de consecución de una protección efectiva de sus derechos fundamentales. También manifiesta fallos en relación con la prestación de la atención especializada, en especial psicológica, que esta menor requería en virtud de los traumas sufridos.

En efecto, a pesar de haber sido considerada por la policía como menor de edad —más concretamente de 16 años— y llevada al Centro de Primera Acogida de Menores de Hortaleza de la Comunidad Autónoma de Madrid, durante los dos meses en los que permaneció allí este centro de menores no realizó ninguna de las actuaciones debidas a raíz de su relato de persecución por motivos de género. La menor relató su miedo por la violencia sexual padecida a manos de su padre y el informe médico dejó constancia de las secuelas físicas de esta violencia. Sin embargo, el centro responsable de su tutela no le informó de sus derechos como solicitante de asilo, no documentó por escrito un acta que recogiera esa información y no estableció comunicación con la Oficina de Asilo y Refugio. Tampoco promovió ni acompañó el proceso para formalizar una entrevista o tramitar una solicitud de protección internacional. En cambio, la instó a contactar con sus padres para que le mandasen la documentación acreditativa de su edad y, frente a su negativa y sin considerar su miedo indudablemente justificado por la grave violencia sufrida a manos de su padre, puso finalmente en duda su edad y solicitó a la Fiscalía de menores una prueba de determinación de la edad.

Por consiguiente, la adolescente fue trasladada a la sede de la Fiscalía de Menores de Madrid, que también ignoró su necesidad de protección internacional y tampoco la informó de su derecho a tramitar una solicitud ni realizó ninguna gestión en ese sentido. Además, tampoco reflejó en su decreto de mayoría de edad y, posteriormente, de no revisión, las circuns-

tancias de persecución y de violencia que ella padeció²⁷⁷. Asimismo, la menor no tuvo representación legal durante el proceso de determinación de la edad y tampoco contó con la asistencia de un intérprete.

A estas numerosas vulneraciones de las garantías básicas a las que tenía derecho, se suman las relativas al examen al que fue sometida por una médica forense que incluyó un desnudo integral y la exploración de sus genitales, y sin que se le explicase el motivo o la necesidad de esa prueba especialmente invasiva ni sus posibles consecuencias. Además, no se le realizó ninguna entrevista personal en las que se valorase su historia, circunstancias médicas, antecedentes personales o familiares, ni su madurez psicológica. Finalmente, no obtuvo información alguna sobre el resultado de las pruebas médicas realizadas y no se le otorgó la posibilidad de oponerse a las pruebas de determinación de la edad que se le practicaron²⁷⁸.

Este caso ejemplifica como las garantías previstas en los instrumentos de Derecho internacional que España ha suscrito, muchas de ellas previstas asimismo en la legislación española, no se aplican en la práctica. Este no es, además, un caso aislado, puesto que son muchos más los casos en los que las autoridades españolas han vulnerado las garantías esenciales para la protección de los derechos fundamentales de los menores. Por ejemplo, vulneraciones similares se han producido en el caso de A.L., que con 17 años fue considerado un adulto únicamente sobre la base de una prueba ósea y fue detenido cuatro días en una celda y luego enviado al CIE para adultos de Aluche, estando a punto de ser devuelto. Cuando gracias al apoyo de la Fundación Raíces pudo obtener su acta de nacimiento, la presentó al juzgado de Almería para que se revisara el decreto de determinación de la edad, pero no obtuvo ninguna respuesta. Lo que resulta chocante es que, en todo este tiempo, este menor no fue escuchado ni informado de sus derechos en ningún momento, ni tuvo acceso a un abogado ni tampoco a un intérprete en árabe o francés, a pesar de no hablar español²⁷⁹. Tampoco se respetó la presunción de minoría de edad a partir del momento en que declaró ser menor, ni se le asignó tutor o representante, lo que constituye una garantía procesal de fundamental importancia para el respeto del interés superior

²⁷⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.Y.S c España*, cit., párr. 2.2-2.5.

²⁷⁸ *Ibid.*, párr. 2.6.

²⁷⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *A.L. c España*, cit., párr. 2.3.

del menor no acompañado²⁸⁰. Ninguna de las garantías procesales previstas para los menores, e incluso para los adultos, ha sido respetada en su caso.

Violaciones de las garantías del debido proceso muy similares a las de los dos casos anteriores se han producido asimismo en los casos que han llevado a los demás dictámenes en contra de España. Considerando los quince casos en su conjunto, aportamos a continuación una recapitulación de las principales recomendaciones que el Comité ha formulado al Estado español relacionadas con las garantías procedimentales que deben reconocerse a los NNA extranjeros recién llegados, en el marco de un procedimiento de asilo o al margen del mismo. Esencialmente, y añadiéndose a las recomendaciones que atañen de forma más específica al procedimiento de determinación de la edad a las que ya nos hemos referido²⁸¹, el Comité solicita a España lo siguiente:

- que a los y las jóvenes no acompañadas que afirman ser menores de 18 años, que sean solicitantes de asilo o no, se les asigne un tutor o tutora competente lo antes posible para que sean informados de sus derechos y puedan solicitar asilo como menores si así lo desean, incluso cuando haya un proceso de determinación de su edad todavía pendiente²⁸²;
- que exista un proceso formalizado y con garantías para determinar la edad y que mientras este procedimiento no haya terminado, se aplique la presunción de minoría de edad de la persona que debe ser tratada como tal²⁸³.
- que el Estado español desarrolle un mecanismo de reparación efectivo y accesible para que estos menores puedan solicitar una revisión de los decretos o decisiones que establezcan la mayoría

²⁸⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general n° 6(2005)*, cit., párr. 21.

²⁸¹ Véase apartado 3.2.2.

²⁸² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.Y.S c España*, cit., párr. 8.9 y 9 b); *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.15 y 10 b); y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.15.

²⁸³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.8; *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.8; y *C.O.C. c. España*, cit., párr. 8.8. Véase también *M.B c España*, cit., 9.8.

de edad cuando consideran que el interés superior del menor y su derecho a ser escuchados no han sido respetados²⁸⁴;

- que se integre una perspectiva de género cuando se trata de niñas migrantes, que garantice que se tomen en cuenta las posibles violencias que hayan sufrido por razón de género tanto en relación con su derecho a solicitar asilo como en todos los demás aspectos relacionados con la especial atención que merecen como personas en situación de vulnerabilidad²⁸⁵. Entre otros aspectos, deben asegurar que las personas que aleguen ser menores y haber sido víctimas de violencia sexual o de otro tipo, explotación o cualquier otra forma de trato cruel, inhumano degradante reciban servicios de rehabilitación, en particular asesoramiento psicosocial cualificado²⁸⁶.
- que a los y las jóvenes que afirman ser menores y que las autoridades somete a un procedimiento de determinación de la edad se les asigne sin demora, si todavía no lo tienen, un representante legal cualificado de forma gratuita que les ayude durante todo el proceso²⁸⁷;
- que se capacite a los funcionarios de inmigración, policías, funcionarios del ministerio público, jueces y otros profesionales competentes sobre los derechos de los menores migrantes, y en particular sobre la observación general núm. 6 (2005) del Comité y las observaciones generales conjuntas núm. 3 y 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 y 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017)²⁸⁸.

²⁸⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.Y.S c España*, cit., párr. 9 c); *M.B.S. c. España*, cit., párr. 10 c); *M.B c España*, cit., párr. 10; y *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 12; *C.O.C. c. España*, cit., párr. 10 c); *M.A.B. c. España*, cit., párr. 11 b); y *R.K. c. España*, cit., párr. 10.

²⁸⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.Y.S c España*, cit., párr. 8.4, 8.7 y 9 d).

²⁸⁶ *Ibid.*, párr. 8.15 y 9 e).

²⁸⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *A.L. c. España*, cit., párr. 13; *R.Y.S c España*, cit., párr. 9 a) ii); *M.B.S. c. España*, cit., párr. 10 a) ii); y *M.A.B. c. España*, cit., párr. 11 a) ii).

²⁸⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 10 d); *M.A.B. c. España*, cit., párr. 11 c); y *C.O.C. c. España*, cit., párr. 10 d).

- que se proporcione una reparación adecuada a la víctima de las violaciones, que pueden incluir la regularización administrativa, una indemnización financiera, una rehabilitación por el daño sufrido y/o el acceso a medidas de protección y asistencia, entre otras medidas de reparación²⁸⁹.

Además, en sus últimas Observaciones finales sobre España, el Comité señala otras cuestiones relativas a la derivación de estos menores y recomienda a España asegurar en todo su territorio la protección jurídica efectiva de los niños y niñas no acompañadas, establecer centros de recepción para niños y niñas que estén adaptados a sus necesidades y que tengan mecanismos de denuncia accesibles, y mejorar la reunión y el intercambio de información para asegurar la derivación a los servicios de protección de la infancia de personas menores no acompañadas, de menores que son víctimas de la trata de personas y menores solicitantes de protección internacional²⁹⁰.

3.3.3. *Jurisprudencia posterior del Comité relativa a otros Estados*

Fallos similares a los señalados en relación con España han sido recientemente identificados también en relación con el trato proporcionado a los menores no acompañados por las autoridades francesas y suizas. En *S.E.M.A. c. Francia*²⁹¹, el primer caso relativo a la determinación de la edad que no iba dirigido a España y al que nos hemos referido anteriormente, el Comité examina la situación de un adolescente paquistaní que con 16 años llegó solo a Lyon y que, a pesar de presentar documentación que acreditaba su minoría de edad, no recibió ningún tipo de apoyo por parte de las autoridades responsables. Sobre la base de una entrevista de una hora que mantuvieron con él, con la asistencia telefónica de un intérprete de urdu —a pesar de que la lengua materna del adolescente era el punyabí—, y examinando su documentación, concluyeron que subsistían dudas

²⁸⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO *A.L. c. España*, cit., párr. 13; *M.B.S. c. España*, cit., párr. 10; y *M.A.B. c. España*, cit., párr. 11; y *D.D. c. España*, cit., párr. 15.

²⁹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de España*, cit., párr. 45.

²⁹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *S.E.M.A. c. Francia*, 2023, cit.

acerca de su identidad y minoría de edad. En lugar de aplicar la presunción de minoría de edad que siempre debe prevalecer en cuanto las dudas subsistan, las autoridades francesas faltaron a su obligación de iniciar un procedimiento de determinación de la edad y rechazaron proporcionarle cualquier ayuda. No se le facilitó acceso a un abogado durante la única entrevista que tuvo, ni se le nombró un tutor, ni tampoco se establecieron contactos con las autoridades consulares de Pakistán para verificar la autenticidad de sus documentos.

En relación con la falta de garantías procedimentales, el Comité reitera los mismos argumentos utilizados en los dictámenes relativos a España, estableciendo que Francia ha vulnerado los artículos 3 y 12 de la Convención porque la evaluación de la edad de S.E.M.A. fue somera, no fue acompañado por un abogado ni por un representante, tampoco se le proporcionó un intérprete adecuado, y los documentos oficiales que presentó fueron descartados sin ser impugnados. El conjunto de estas actuaciones constituye una vulneración de las obligaciones del Estado en virtud de la obligación de garantizar su interés superior y su derecho a ser escuchado, así como una vulneración de la presunción de minoría de edad hasta que no se haya establecido la edad a través de un procedimiento con las debidas garantías.

Además, el Comité establece que el conjunto de estas irregularidades llevó a una negación de su edad y por tanto a una vulneración de su derecho a la identidad establecido en el artículo 8, y que al mismo tiempo se vulneró su derecho a ser protegido y asistido como menor no acompañado y por lo tanto carente de cualquier apoyo familiar, reconocido en el artículo 20, apartado 1. En opinión del Comité, la acumulación de todas estas vulneraciones reviste especial gravedad y, tomada conjuntamente con el rechazo a proporcionarle ni siquiera una asistencia de emergencia, y todo esto en condiciones extremas debidas a la pandemia de COVID 19, equivale a un trato que alcanza el umbral de un trato inhumano y degradante prohibido por el artículo 37(a) de la Convención.

Unos hechos muy similares ocurrieron en *U.A. c. Francia*, un asunto que ha sido dictaminado por el Comité en mayo de 2024. Las autoridades realizaron una evaluación somera para determinar su edad y el adolescente no dispuso de un representante que lo acompañara durante el procedimiento, los recursos que presentó no tuvieron efecto suspensivo y se consi-

deró que la documentación aportada por él carecía de valor probatorio sin que el Estado parte impugnara la validez de la misma. Por consiguiente, el Comité considera que las autoridades francesas no tomaron el interés superior del niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad, lo que constituye una vulneración de los artículos 3 y 12 de la Convención, y que no respetaron su derecho a la identidad, en violación del artículo 8 de la Convención²⁹².

Finalmente, en *A.M. c. Suiza*, el otro caso que ha adoptado en 2024 sobre esta cuestión, el Comité vuelve a insistir sobre el principio de la presunción de minoría de edad y otras garantías de procedimiento que derivan de la obligación de garantizar el interés superior del menor. En este caso relativo a un menor afgano, el Comité constata que las autoridades suizas partieron de la base de que le correspondía al solicitante demostrar su minoría de edad, haciendo recaer enteramente en él la carga de la prueba, en contra del deber de las autoridades de establecer la edad y de presumir la minoría de edad hasta haber finalizado el procedimiento de determinación de la edad.

Otra violación identificada en este caso es la falta de nombramiento de un tutor. El Comité recuerda a Suiza que los Estados parte deben designar un representante legal cualificado y un intérprete en caso de necesidad para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad tan pronto como sea posible a su llegada y a título gratuito. Tratándose de una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser escuchadas, no hacerlo conlleva una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención, como ha sucedido en este caso²⁹³. Por tanto, el Comité concluye que, ante la falta de una evaluación completa de su desarrollo físico y psicológico y de la designación de un representante para acompañarlo durante el procedimiento de asilo, las autoridades suizas no tomaron el interés superior del niño como consideración primordial, incumpliendo así sus obligaciones en virtud de los artículos 3 y 12 de la Convención²⁹⁴.

²⁹² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *U.A. c. Francia*, cit., párr. 8.7 y 8.10.

²⁹³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *A.M. c. Suiza*, párr. 4.9.

²⁹⁴ *Ibid.*, párr. 4.11.

Se confirma por tanto la jurisprudencia elaborada en relación con España. En resumen, a partir de 2023 el Comité aplica los mismos conceptos y argumentos a actuaciones realizadas por otros países, sin apartarse de su línea jurisprudencial ni introducir ninguna novedad. Se trata, en efecto, de hechos fundamentalmente similares que, muy lamentablemente, se producen también en otros países europeos. Esto no hace más que demostrar que se trata de un problema generalizado que requiere de una respuesta mucho más contundente y concertada a nivel europeo.

3.3.4. El posicionamiento del TEDH

La vulneración de las garantías procedimentales esenciales para el disfrute de los derechos fundamentales de los menores migrantes que llegan a Europa ha sido constatada también por el TEDH en relación con distintos Estados, y muy especialmente los países de la zona del Mediterráneo, más expuestos a las llegadas de carácter irregular. En numerosos casos, muchos de la cuáles han sido examinados en el apartado relativo a la jurisprudencia europea sobre los procedimientos de determinación de la edad, el tribunal ha declarado que los Estados incumplían su deber de garantizar el ejercicio por parte de los menores del derecho a un recurso efectivo debido a la imposibilidad de los menores de presentar un recurso en contra de la decisión de mayoría de edad adoptada por las autoridades o de denunciar las condiciones de detención en las que se encontraban, a veces junto con adultos, y que por lo tanto se había producido una vulneración del artículo 13 del CEDH o del artículo 5, apartado 4, del CEDH²⁹⁵.

También, el Alto Tribunal se ha referido a la vulneración de otras garantías procesales, pero esta vez no como vulneraciones de derechos consideradas de forma autónoma, sino como elementos que contribuyen a conformar la vulneración de otros derechos sustantivos. Se trata, por una parte, del derecho a no ser sometido a trato inhumano y degradante y, por otra parte, del derecho a la vida privada y familiar, que incluye el derecho

²⁹⁵ TEDH, *Darboe y Camara c. Italia*, cit., párr.196-199; *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, cit., párr. 123 y 124; *J.B. y otros c. Malta*, cit., párr. 67-71 y 149-159; *A.D. c. Malta*, cit., párr. 202 y 203; y COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, *EUROCEF c. Francia*.

de los menores a un desarrollo en un ambiente y en unas condiciones de acompañamiento, seguridad y protección acordes a su edad.

Las garantías cuya vulneración incide en estos derechos son, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el deber de nombrar un representante del menor que vele por sus derechos y su interés superior²⁹⁶, el deber de nombrar a un abogado o asesor jurídico²⁹⁷, el deber de proporcionar un intérprete cuando sea necesario²⁹⁸ y el deber de informar al menor del funcionamiento, de las consecuencias y del resultado del procedimiento de determinación de la edad y de recabar su consentimiento informado para que se le practiquen pruebas médicas²⁹⁹. En este contexto, el TEDH señala también la vulneración de la obligación de realizar una entrevista en profundidad que permita una valoración por parte de personal especializado antes de la realización de pruebas médicas, ya que esta puede permitir disipar la duda sobre la edad con medios menos intrusivos³⁰⁰.

Asimismo, el Alto Tribunal ha hecho referencia a la vulneración de la obligación de completar el procedimiento en un lapso razonable de tiempo, *a fortiori* en caso de privación de libertad³⁰¹ y a la vulneración del deber de notificar a la persona que alega ser menor la decisión relativa a las pruebas y a la determinación final de su edad, que incluya la posibilidad de recurrirla e indicaciones claras acerca de cómo hacerlo³⁰². Finalmente, ha considerado también fundamental la obligación de los Estados de permitir que el o la menor que así lo desee pueda presentar una solicitud de pro-

²⁹⁶ TEDH, *Diakité c. Italia*, cit., párr. 16 y 21-23; *Darboe y Camara c. Italia*, cit., párr. 143-144; *A.D. c. Malta*, asunto núm. 12427/23, sentencia del 17 de octubre de 2023, párr. 125; y COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, *EUROCEF c. Francia*.

²⁹⁷ TEDH, *Diakité c. Italia*, cit., párr. 21-23; *Darboe y Camara c. Italia*, cit., párr. 112, 149 y 155.

²⁹⁸ TEDH, *Darboe y Camara c. Italia*, cit., párr. 113 y

²⁹⁹ TEDH, *Diakité c. Italia*, cit., párr. 21-23; *Diakité c. Italia*, cit., párr. 146 y 155-157; *F.B. c. Bélgica*, cit., párr. 87-90.

³⁰⁰ TEDH, *F.B. c. Bélgica*, cit., párr. 91-93.

³⁰¹ TEDH, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, cit., párr. 145-148; *Darboe y Camara c. Italia*, cit., párr. 122, y *J.B. y otros c. Malta*, asunto núm. 1766/23, sentencia del 22 de octubre de 2024, párr. 44-53.

³⁰² TEDH, *Darboe y Camara c. Italia*, cit., párr. 147-149 y 198-199; *A.C. c. Francia*, cit., párr. 178-179 y 181; y *A.D. c. Malta*, cit., párr. 125.

tección internacional y de proporcionarle la ayuda necesaria para poder hacerlo en la práctica³⁰³.

En este contexto, el TEDH se ha pronunciado también sobre la falta de asistencia adecuada durante el periodo de acogida de un o una migrante menor, principalmente en casos en los que se planteaban cuestiones relativas a la determinación de la edad³⁰⁴. Como se ha mencionado, en el caso *Rahimi* el Alto Tribunal ha declarado por primera vez que el hecho de dejar sin asistencia y por lo tanto en desamparo a una persona menor una vez puesta en libertad constituye un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 del CEDH³⁰⁵. Situaciones similares se han ido repitiendo, hasta el caso reciente de *W.S.*, un menor afgano que, a pesar de alegar su minoría de edad, fue dejado en un primer momento viviendo en la calle sin ayuda, para luego ser detenido en dependencia policiales durante casi un mes, circunstancias que lo llevaron a intentar suicidarse debido tanto a la falta de protección y acompañamiento como a las condiciones extremas a la que fue sometido en las dependencias policiales griegas³⁰⁶.

Pero la cuestión de la falta de asistencia adecuada a una persona menor migrante no acompañada se ha dado también en situaciones en las que la determinación de la edad no estaba en juego puesto que las autoridades no ponían en duda la minoría de edad del o de la menor. Esta circunstancia se ha dado en el caso *M.A. c. Italia*³⁰⁷, relativo a una menor migrante no acompañada de Ghana que, habiendo aceptado en un primer momento dejar un centro para menores y ser alojada en un centro para adultos, poco después de su llegada a este último centro reveló haber sido víctima de abuso sexual, tanto en Ghana como en Libia, unas alegaciones que reiteró en su solicitud de asilo. Su representante presentó cuatro solicitudes a la Prefectura, la jefatura de policía y la Cruz Roja solicitando el traslado de la demandante a un centro adecuado para menores, para

³⁰³ TEDH, *Darboe y Camara c. Italia*, cit., párr. 143-144 y 150.

³⁰⁴ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, *EUROCEF c. Francia*. Véase también TEDH, *A.C. c. Francia*, cit., párr. 180 y 183.

³⁰⁵ *Ibid.*, párrs. 87-95. En el mismo sentido, véase también TEDH, *Housein c. Grecia*, asunto núm. 71825/11, sentencia del 24 de octubre de 2013, párrs 76-78.

³⁰⁶ TEDH, *W.S. c. Grecia*, asunto 65275/19, sentencia del 23 de mayo de 2024.

³⁰⁷ TEDH, *M.A. c. Italia*, asunto n. 70583/17, sentencia de 31 de agosto de 2023.

poder atender su delicada situación postraumática. Sin embargo, las mencionadas solicitudes quedaron todas sin respuesta.

La situación de la demandante se mantuvo sin cambios hasta que el TEDH adoptó una medida cautelar solicitando al Gobierno su traslado a un centro donde se pudiera garantizar un trato adecuado para su condición de menor no acompañada y una adecuada atención psicológica en relación con los abusos sufridos³⁰⁸. En este contexto, el Tribunal consideró que la permanencia continua de la demandante en un centro para adultos que no estaba equipado para brindarle la asistencia psicológica adecuada, sumada a la prolongada inacción de las autoridades nacionales respecto a sus necesidades como menor particularmente vulnerable, constituyó una vulneración de su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos, protegido por el artículo 3 del Convenio³⁰⁹.

Como se puede constatar, son numerosos los casos en los que el TEDH se ha pronunciado respecto de las garantías que se aplican a los menores no acompañados y cuyo ejercicio les es denegado en demasiados casos. Sin embargo, a pesar de esta jurisprudencia y de la gravedad de las situaciones denunciadas en ella, siguen llegando casos al tribunal que demuestran que estas graves vulneraciones de los derechos fundamentales de los menores siguen produciéndose.

En efecto, el 5 de septiembre de 2024, el TEDH comunicó los casos *S.C. c. Francia*³¹⁰, *A.D.S. c. Francia*³¹¹, *K.N. c. Francia*³¹² y *J.A. c. Francia*³¹³, que decidió reagrupar para tratarlos de forma conjunta³¹⁴. Estos casos se refieren a la falta de atención por parte de las autoridades francesas a los extranjeros identificados como menores no acompañados durante el período en que se impugnó su condición de minoría. Apoyándose en el artículo 3 del CEDH, los menores demandantes denuncian un trato inhumano y degradante debido a una atención inadecuada para su edad. En virtud del artículo 8 del

³⁰⁸ Ibid., párr. 41 a 45.

³⁰⁹ Ibid., párr. 48.

³¹⁰ TEDH, *S.C. c. Francia*, demanda n.º 4067/22.

³¹¹ TEDH, *A.D.S. c. Francia*, demanda n.º 10844/23.

³¹² TEDH, *K.N. c. Francia*, demanda n.º 19697/23.

³¹³ TEDH, *J.A. c. Francia*, demanda n.º 42429/23.

³¹⁴ TEDH, *S.C. c. Francia y 3 otras demandas*, demanda n.º 4067/22.

CEDH, S.C., A.D.S. y K.N. sostienen que se les negó la presunción de minoría de edad y se les impidió acceder a los servicios de bienestar infantil. J.A. alega además una violación de su derecho a la vida privada y familiar. Todos los demandantes, invocando el artículo 13 junto con los artículos 3 y/o 8 del CEDH, afirman que carecieron de recursos efectivos mientras esperaban la decisión del juez sobre su condición de minoría de edad. El TEDH ha planteado a las partes varias preguntas, entre ellas si el trato violaba el artículo 3 del CEDH, si se violaron los artículos 3 y 8 debido a la falta de atención al bienestar infantil y si el proceso de determinación de la edad cumplía con los requisitos procesales del artículo 8 del CEDH. Se trata por tanto de situaciones que siguen produciéndose y que requieren de un abordaje común a nivel europeo, tal y como se ha mencionado.

3.4. La detención de menores

3.4.1. Estándares internacionales

3.4.1.1. Marco normativo en el ámbito universal

De acuerdo con el Estudio mundial sobre los niños privados de libertad de la ONU, al menos 77 países tienen leyes y políticas que permiten que los niños sean detenidos en función de su estatus legal o migratorio, y al menos 330.000 niños en todo el mundo son privados de su libertad cada año en función de su estatus legal o migratorio (o el de sus padres)³¹⁵. La detención, incluso por períodos muy breves, tiene graves efectos negativos a corto y largo plazo en la salud física y mental de los niños, niñas y adolescentes. Además de privarlos del ejercicio de derechos fundamentales como son el derecho a una vida familiar, a la educación y a una atención sanitaria adecuada, existe un alto riesgo de que los niños detenidos sean sometidos a diferentes formas de abuso y violencia³¹⁶.

³¹⁵ NACIONES UNIDAS, *Estudio mundial de las sobre los niños privados de libertad*, A/74/136, 11 de julio de 2019, párr. 57.

³¹⁶ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución 2020 (2014), *The alternatives to immigration detention of children*, 3 de octubre de 2014.

En relación con la detención de niños y niñas, la Convención sobre los derechos del niño establece que:

“Los Estados velarán por que: [...] b) ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”³¹⁷.

Además, requiere que “todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño [...]”³¹⁸. Finalmente, establece que todo niño o niña privado de libertad “tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”³¹⁹.

Estas disposiciones deben leerse de forma conjunta con las demás obligaciones contempladas en la Convención, y en particular con la obligación de brindar protección y asistencia a los niños privados de su entorno familiar (artículo 20) y a los niños que necesitan protección internacional, tanto si están solos como si están acompañados (artículo 22). En el contexto de la migración, esto implica que la detención de menores solo puede aplicarse como último recurso y nunca de manera sistemática. Como todas las demás decisiones que afectan a la situación de los menores, y más si cabe dado el impacto que tiene la privación de libertad en el goce de sus derechos fundamentales y su desarrollo futuro, puede ser únicamente el resultado de una valoración individual fundamentada en el interés superior del menor. Si se llega a la conclusión que, como medida de último recursos que redunde en la protección de su interés superior, se debe proceder a su internamiento, el

³¹⁷ Artículo 37 b) de la Convención.

³¹⁸ Artículo 37 c) de la Convención.

³¹⁹ Artículo 37 d) de la Convención.

niño o la niña debe colocarse en instalaciones adecuadas en las que pueda acceder al apoyo social, sanitario y educativo necesario³²⁰.

Varios órganos de la ONU han destacado que la detención de migrantes en situación irregular debe ser siempre una excepción y una medida de último recurso, que puede justificarse sólo si, después de una evaluación minuciosa e individual de las circunstancias en cada caso, se ha establecido que no se pueden aplicar medidas menos coercitivas. Sin embargo, como regla general recomiendan que se apliquen medidas alternativas a la detención. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria y el Relator especial sobre los derechos de los migrantes de Naciones Unidas consideran que, en lugar de una detención automática de migrantes irregulares, se deberían aplicar medidas menos restrictivas, como el depósito de documentos de identidad, condiciones de notificación periódica a las autoridades, la residencia designada o la vigilancia electrónica³²¹.

En cuanto a los menores no acompañados, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria afirmaba hace ya más de veinte años que nunca deben ser detenidos³²², de la misma forma que el Relator Especial sobre los derechos de los migrantes consideraba que la detención de menores no acom-

³²⁰ FRA, *European legal and policy framework on immigration detention for children*, 2017.

³²¹ RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES, Informe al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/20/24, 2012, pp. 14-16; Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Informe E/CN.4/1999/63/Add.3, párr. 33.

³²² GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo, 18 de diciembre de 1998, E/CN.4/1999/63/Add.3, párr. 37. Véase también GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, “Principios y Directrices Básicos sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal”, elaborados por el Grupo en cumplimiento de la resolución 20/16 del Consejo de Derechos Humanos que le solicitaba la elaboración de los mismos, y cuyo Principio 21 establece: “Se prohíbe la privación de libertad de un niño migrante no acompañado o separado o solicitante de asilo, refugiado o apátrida. La detención de niños debido a la situación migratoria de sus padres constituirá siempre una violación del interés superior del niño y de los derechos del niño”, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, A/HRC/30/37, 6 de julio de 2015, párr. 46.

pañados debería estar prohibida por ley³²³. Durante los últimos 20 años, el Relator Especial sobre los derechos de los migrantes ha abordado la cuestión de la detención de los niños y niñas migrantes en distintos informes, entre los que destaca su informe anual a la Asamblea general del año 2020 dedicado enteramente a la detención de los niños en el contexto de la migración.

En este documento, el Relator pide a los Estados que pongan fin a la detención de los menores por razones de migración, haciendo hincapié en el consenso que ha surgido en los últimos años no solo entre los órganos internacionales y regionales de derechos humanos sino también de la comunidad internacional en el sentido de que la privación de libertad perjudica la salud física y el desarrollo emocional y psicológico de los y las menores, privándolos de sus derechos fundamentales y de su infancia³²⁴. Para preservar su interés superior, los Estados deben trabajar en el sentido de eliminar la detención de los niños y niñas, elaborando e implementando soluciones alternativas. Para guiarles en esta tarea, el Relator especial formula en su informe recomendaciones prácticas sobre cómo mejorar la protección de los derechos de los niños migrantes y sus familias mediante soluciones no privativas de la libertad basadas en los derechos humanos.

En la misma línea se ha pronunciado el Consejo de Derecho Humanos de la ONU en una resolución de 2017 sobre los menores migrantes no acompañados, en la que recuerda a los Estados que la detención de menores migrantes en razón de su estatus migratorio rara vez, o nunca, responde al interés superior del niño, y les insta a trabajar para poner fin a esta práctica y a adoptar alternativas a la detención de niños y niñas que tengan en cuenta su interés superior³²⁵. ACNUR y otras agencias de la ONU han adoptado también la misma postura³²⁶.

³²³ RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES, Informe al Consejo de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 75 a).

³²⁴ RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES, Informe a la Asamblea General, titulado “Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles el cuidado y la acogida adecuados”, A/75/183, 22 de julio de 2020, párr. 13.

³²⁵ CONSEJO DE DERECHO HUMAMOS, Resolución 36/5 de 2017 “Los niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos”, 28 de septiembre de 2017, A/HRC/RES/36/5, párr. 6.

³²⁶ Véase, por ejemplo, ACNUR, *Guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention*, 2012, Directriz 9.2,

En cuanto al Comité de los Derechos del Niño, ha afirmado en su Observación general núm. 6 del año 2005 que no debe privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia y que la privación de libertad no puede justificarse solamente por su condición de inmigrante o residente, o solo por el hecho de estar separado de su familia³²⁷. Sin embargo, en este mismo documento acepta que la privación de libertad puede estar excepcionalmente justificada por otras razones, y que en estos casos deberá ajustarse a lo dispuesto en el párrafo b) del artículo 37 de la Convención, es decir que se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Sin embargo, su posición sobre esta cuestión ha evolucionado en tiempos más recientes, ya que en la Observación conjunta núm. 4 y 23 de 2017 se pronuncia en término bastante más tajantes, señalando que:

Los Estados deben cesar o erradicar de manera rápida y completa la detención de niños como migrantes. La detención de cualquier tipo de niño como inmigrante debería estar prohibida por ley y esta prohibición debería aplicarse plenamente en la práctica.³²⁸

Además de hacer hincapié en el daño inherente a cualquier privación de libertad y en la repercusión negativa que la detención como migrantes puede tener en la salud física y mental de los niños y en su desarrollo, los dos Comités autores de esta Observación conjunta aclaran que la referencia que hace el artículo 37 b) de la Convención a la posibilidad de recurrir

y ACNUDH, OIT, OIM, UNESCO, ACNUR, UNICEF, UNODC, UNU, ONU Mujeres y OMS, *Principios y Directrices, respaldados por orientación práctica, sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones vulnerables*, Principio núm. 8, disponible en : <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>

³²⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, cit., párr. 61.

³²⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, *Observación general conjunta núm. 4 (2017) y núm. 23 (2017)*, cit., párr. 5 y 12. Para una análisis de esta Observación general en relación con la detención de menores, véase SMYTH, C.M., “Towards a complete Prohibition on the Immigration Detention of Children”, *Human Rights Law Review*, 2019, vol 19(1), pp. 1-36

a la detención de menores como último recurso se aplica al ámbito penal pero no al de la migración. En concreto, señalan que:

la posibilidad de detener a niños como último recurso, que puede aplicarse en otros contextos como la justicia penal de los menores, no es aplicable a los procedimientos relativos a la inmigración, ya que estaría en contradicción con el principio del interés superior del niño y el derecho al desarrollo.³²⁹

Por tanto, los Estados deben encontrar modalidades alternativas a la detención en relación con los menores cuando se trate de aplicar medidas relacionadas con el control migratorio. En el caso de los niños y niñas migrantes no acompañados, estos deberán recibir la protección y la asistencia especiales del Estado en forma de cuidados alternativos y alojamiento adecuados, en concreto por parte de los servicios encargados de la protección de los menores³³⁰. Finalmente, los niños y niñas deben tener acceso a recursos efectivos cuando se produzca alguna detención por razones de inmigración³³¹.

3.4.1.2. Marco normativo en el ámbito europeo

A la hora de examinar el marco normativo europeo a la luz de los estándares universales que acabamos de analizar, cabe preguntarse si la posición del Comité y de los demás órganos de la ONU ha quedado reflejada en el Derecho de la Unión europea. Lamentablemente, la respuesta es negativa, ya que la detención de menores en espera de ser devueltos no ha quedado excluida, sino únicamente limitada, en la legislación comunitaria. Asimismo, preocupa especialmente el hecho de que, a pesar de que el Derecho de la UE prevea que se recurra a ella de forma relativamente restrictiva, en la práctica se sigue utilizando con demasiada frecuencia y hasta de forma sistemática³³².

³²⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, *Observación general conjunta núm. 4 (2017) y núm. 23 (2017)*, cit., párr. 10.

³³⁰ *Ibid.*, párr. 12 y 13.

³³¹ *Ibid.*, párr. 12.

³³² CONSEJO DE EUROPA, *A study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children*, 2017, p. 45.

La detención de migrantes en situación administrativa irregular está prevista tanto por la Directiva de Retorno como por la Directiva sobre condiciones de acogida. Sin embargo, ambas hacen hincapié en que los niños deben ser detenidos solo como último recurso y solo si no se pueden aplicar con eficacia medidas menos coercitivas³³³. Dicha detención debe ser por el período de tiempo más breve posible³³⁴. Asimismo, en el contexto del asilo se debe hacer todo lo posible para poner en libertad a los menores y colocarlos en un centro adecuado para ellos, y los menores internados deberán tener la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluido el juego y actividades de recreo propias de su edad³³⁵. En cuanto a los menores no acompañados que han indicado necesitar protección internacional, la normativa es todavía más restrictiva. La Directiva sobre las condiciones de acogida permite el internamiento de niños no acompañados solo en circunstancias excepcionales, siempre que no sea en instalaciones penitenciarias y que estén detenidos separados de los adultos, y siempre que se hagan todos los esfuerzos para que sean puestos en libertad lo más rápido posible³³⁶.

Sin embargo, en la práctica la detención de niños no acompañados que solicitan asilo en aeropuertos u otras fronteras no es infrecuente, en particular en los procedimientos de asilo fronterizos en el marco de los cuales se sigue practicando la detención de menores en los *hotspots*³³⁷. Los procedimientos fronterizos, regulados por el artículo 43 de la Directiva sobre procedimientos de asilo, permiten la detención de un solicitante de asilo en la frontera para decidir sobre la admisibilidad o el fondo de una solicitud de asilo y conlleva la privación de libertad en la frontera. Bajo algunas condiciones, por ejemplo, cuando los solicitantes provienen de un “país de origen seguro”, los niños no acompañados no están exentos de este procedimiento, y son por lo tanto privados de libertad³³⁸.

³³³ Directiva de Retorno, Artículo 17 (1), y Directiva sobre condiciones de acogida, artículo 11, apartado 2.

³³⁴ Ibid.

³³⁵ Directiva sobre condiciones de acogida, artículo 11, apartado 2.

³³⁶ Ibid., artículo 11 (3).

³³⁷ FRA Opinion 3/2019, *FRA, Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the ‘hotspots’ set up in Greece and Italy*, 2019, pp. 39-44.

³³⁸ Sobre la práctica de la detención en el marco de los procedimientos fronterizos, incluso para menores, véase MILANO, V., “Acceso a la protección internacio-

Finalmente, en cuanto a los niños no acompañados que no han solicitado protección internacional, además de los mencionados principios aplicables a todos los menores —el internamiento como último recurso y por el menor tiempo posible—, la Directiva de retorno exige que sean alojados en instituciones con personal e instalaciones que respondan a las necesidades propias de su edad, pero solo “en la medida de lo posible”³³⁹.

La nueva normativa adoptada en 2024 incluye algún matiz más protector en relación con el internamiento de los menores, pero sin llegar a descartarlo del todo. En su preámbulo, la Directiva de acogida refundida reza:

Por regla general, los menores no deben ser internados. Deben ser instalados en alojamientos adecuados acondicionados especialmente para menores, incluidos, en su caso, alojamientos de instituciones de carácter comunitario que no supongan la privación de libertad. Habida cuenta de las repercusiones negativas del internamiento en los menores, dicho internamiento solo debe utilizarse, de conformidad con el Derecho de la Unión, en circunstancias excepcionales, cuando sea estrictamente necesario, como medida de último recurso y durante el período más breve posible, una vez que se haya determinado que no pueden aplicarse eficazmente otras medidas alternativas menos coercitivas y una vez que se haya evaluado que el internamiento redundaría en su interés superior. Los menores nunca deben ser internados en un centro penitenciario u otro centro utilizado con fines policiales³⁴⁰.

La falta de una prohibición total de la detención de los niños en el contexto de la migración ha sido criticada por numerosos organismos de derechos humanos. Una vez adoptado el Pacto, un grupo de Relatores especiales, Grupos de trabajo y presidentes de Comités de la ONU han emitido un comunicado en el que reiteran que la detención de niños migrantes

nal: uso y abuso de los procedimientos fronterizos de asilo en la Unión Europea”, en FERRER LLORET, J. y SOLER GARCÍA, C. (ed.), *La Unión Europea y el Mediterráneo. Entre la cooperación y el conflicto*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 342-346; y BAEYENS, P. and OTT, J. D., “The Implementation of Article 43 of Directive 2013/32/EU in practice: Comparative Analysis”, in VAN BALLEGOOIJ, W., y EISELE, K., *Asylum procedures at the border. European Implementation Assessment*, EPRS, PE 654.201, noviembre de 2020, pp. 199-206.

³³⁹ Artículo 17, apartado 4.

³⁴⁰ Considerando 40 del preámbulo.

y solicitantes de asilo debido a su estatus migratorio o al de sus padres nunca responde al interés superior del niño y siempre constituye una violación de sus derechos, y hacen un llamamiento a los Estados miembros de la UE para que, a falta de una prohibición regional unificada en el Pacto, prohíban explícitamente la detención de niños por motivos de inmigración en su legislación nacional³⁴¹.

De acuerdo con la nueva normativa, el internamiento puede intervenir en distintas fases del procedimiento y por distintos motivos. La Directiva de acogida (refundida), a la que remite el artículo 26 del Reglamento de procedimiento en relación con la regulación del internamiento, estipula que un solicitante de protección internacional no puede ser internado por la única razón de que sea un solicitante³⁴². Sin embargo, los Estados miembros pueden decidir internar a un solicitante, siempre que se cumplan una serie de condiciones: que se haga sobre la base de una evaluación individual de cada caso, que se constate que no se puedan aplicar efectivamente medidas menos coercitivas³⁴³, y que el internamiento se basa en uno o varios de los motivos de internamiento previstos por la Directiva³⁴⁴.

³⁴¹ GEHAD MADI, SPECIAL RAPPORTEUR ON THE HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS; SIOBHÁN MULLALLY, SPECIAL RAPPORTEUR ON TRAFFICKING IN PERSONS, ESPECIALLY WOMEN AND CHILDREN, TOMOYA OBOKATA, SPECIAL RAPPORTEUR ON CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY, INCLUDING ITS CAUSES AND CONSEQUENCES, ANN MARIE SKELTON, CHAIRPERSON OF THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, EDGAR CORZO SOSA, CHAIRPERSON OF THE COMMITTEE ON MIGRANT WORKERS, MATTHEW GILLET (Chair-Rapporteur), GANNA YUDKIVSKA (Vice-Chair on Communications), PRIYA GOPALAN (Vice-Chair on Follow-Up), MIRIAM ESTRADA-CASTILLO, AND MUMBA MALILA, WORKING GROUP ON ARBITRARY DETENTION, SELMA SASSI-SAFER, SPECIAL RAPPORTEUR ON REFUGEES, ASYLUM SEEKERS, INTERNALLY DISPLACED PERSONS AND MIGRANTS IN AFRICA OF THE AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS, "Child immigration detention must be prohibited following adoption of EU migration and asylum pact, UN experts say", Ginebra, 2 de mayo de 2024.

³⁴² Directiva de acogida, Artículo 10, apartado 1.

³⁴³ *Ibid.*, artículo 10, apartado 2

³⁴⁴ *Ibid.*, artículo 10, apartado 4, que prevé la siguiente lista cerrada de motivos:

- a) para determinar o verificar su identidad o nacionalidad;
- b) para determinar los elementos en que se basa la solicitud de protección internacional que no podrían obtenerse sin el internamiento, en particular cuando exista riesgo de fuga;

En cuanto a los menores, por regla general no serán internados, y tampoco los serán las familias con menores a las que se proporcionarán alternativas adecuadas al internamiento de acuerdo con el principio de la unidad familiar³⁴⁵. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, se podrá internar a los menores, siempre como medida de último recurso y tras haberse determinado la imposibilidad de aplicar eficazmente otras medidas alternativas menos coercitivas. Esto podrá hacerse solo después que se haya valorado que el internamiento redunda en su interés superior, y solo en dos casos: en el caso de los menores acompañados, cuando el progenitor del menor o su principal cuidador esté internado, o en el caso de los menores no acompañados, si el internamiento protege al menor³⁴⁶. Esta última previsión carece de concreción y debe criticarse por permitir un margen de discrecionalidad demasiado amplio: ¿qué criterios deben seguir los Estados para determinar que el internamiento protege al menor? Como se examinará en el apartado siguiente, en Naciones Unidas se ha llegado a un consenso para declarar que la detención de los menores es tan perjudicial para su desarrollo y tiene un impacto tan devastador en su salud mental que nunca puede considerarse como una solución que redunde en su interés superior. En este sentido, la previsión de la directiva europea es contraria a los estándares fijados por Naciones Unidas, y espe-

c) para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas al solicitante mediante una decisión individual de conformidad con el artículo 9, apartado 1, en aquellos casos en que no haya cumplido dichas obligaciones y siga existiendo riesgo de fuga;

d) para decidir, en el marco de un procedimiento fronterizo de conformidad con el artículo 43 del Reglamento (UE) 2024/1348, sobre el derecho del solicitante a entrar en el territorio;

e) cuando el solicitante sea internado como parte de un procedimiento de retorno con arreglo a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (14), para preparar el retorno, o ejecutar el proceso de expulsión, y el Estado miembro pueda demostrar sobre la base de criterios objetivos —en particular, que el solicitante ya ha tenido la oportunidad de acceder al procedimiento de protección internacional— que hay motivos razonables para pensar que el solicitante únicamente formula la solicitud de protección internacional para retrasar o frustrar la ejecución de la decisión de retorno;

f) cuando así lo exija la protección de la seguridad nacional y el orden público;

g) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento (UE) 2024/1351.

³⁴⁵ Ibid., artículo 13, apartado 2.

³⁴⁶ Ibid.

cialmente por los organismos de derechos humanos, entre los que figura el Comité de los derechos del niño.

En cuanto a las garantías relativas al internamiento de los menores, tanto acompañados como no acompañados, la Directiva de acogida establece que el período de tiempo de dicho internamiento tendrá que ser el más breve posible y que se realizarán todos los esfuerzos necesarios para ponerlos en libertad y para proporcionarles alojamiento adecuado a su condición de menores. Asimismo, se establece que “en ningún caso se internará a los menores en un centro penitenciario u otra instalación utilizada con fines policiales”³⁴⁷. Los menores internados tendrán derecho a la educación, a no ser que la educación que se pueda impartir no parezca útil debido a la breve duración de su internamiento, y tendrán la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluido el juego y actividades de recreo propias de su edad³⁴⁸.

Refiriéndose ya de forma específica a los menores no acompañados, la Directiva prescribe que cuando se les interne, se les alojará en instalaciones adaptadas para albergar a menores no acompañados, que cuenten con personal cualificado para salvaguardar los derechos de estos menores y atender sus necesidades³⁴⁹. Sin embargo, también establece excepciones a esta regla, ya que en casos debidamente justificados y por un período razonable que sea lo más breve posible, los Estados miembros podrán establecer excepciones a esta previsión cuando se trate de un internamiento en puestos fronterizos o de tránsito³⁵⁰.

Lo que no puede sufrir excepciones es la obligación de garantizar que los menores, acompañados o no, sean alojados separadamente de los adultos³⁵¹, mientras que resulta chocante que la obligación de alojar por separado a hombres y mujeres solicitantes de protección internacional —salvo que sean miembros de una familia y que todos los interesados consientan en ser alojados juntos—, una obligación que lógicamente debe aplicarse

³⁴⁷ Directiva de acogida (refundida), artículo 13, apartado 2.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.*, artículo 13, apartado 3.

³⁵⁰ *Ibid.*, artículo 13, apartado 6.

³⁵¹ *Ibid.*, artículo 13, apartado 3.

también a los menores, pueda sufrir excepciones cuando los solicitantes estén internados en puestos fronterizos o de tránsito³⁵². A pesar de que esta excepción puede aplicarse solo en casos debidamente justificados y por un período razonable que sea lo más breve posible, esta previsión nos parece inaceptable.

La violencia sexual en contra de mujeres, niñas y niños en las zonas de internamiento para migrantes ha sido documentada en distintos países y ha sido objeto de investigación por parte de distintos organismos, tratándose de abusos perpetrados no solo por internos sino también por agentes y funcionarios de los mismos centros³⁵³. En Estados Unidos, se ha documentado que entre los años 2014 y 2016 la Oficina del Inspector General recibió al menos 1.016 denuncias de abuso sexual presentadas por personas detenidas en centros para migrantes³⁵⁴. En los centros de detención para migrantes en Grecia, ACNUR ha documentado un número muy elevado de alegaciones de violencia de género y sexual que estarían sufriendo mujeres y niñas. De las 622 supervivientes de esta violencia que entrevistó, 28 por ciento de ellas sufrieron esta violencia después de haber llegado a Grecia, es decir en las zonas de internamiento en Grecia³⁵⁵, lo que demuestra la falta de seguridad en estas instalaciones, que se ubican justamente en zonas fronterizas.

Se trata por tanto de una cuestión de extrema gravedad, en las que delitos tan graves como la violencia sexual se están produciendo bajo la cus-

³⁵² Ibid., artículo 13, apartado 6.

³⁵³ Véase GISEL ZARATE, V., “Disposable Immigrants: The Reality of Sexual Assault in Immigration Detention Centers”, *Saint Mary’s Law Journal*, vol. 53(2), 2022, pp. 619-648; AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU), “Sexual Abuse in Immigration Detention”, 12 de abril de 2024, accesible en: <https://www.aclu.org/sexual-abuse-in-immigration-detention>;

³⁵⁴ FREEDOM FOR IMMIGRANTS, “Widespread Sexual Assault”, 2017, <https://www.freedomforimmigrants.org/sexual-assault>

³⁵⁵ ACNUR, *Mujeres y niños en riesgo de violencia sexual por hacinamiento en centros de las islas griegas*, 9 de febrero de 2018, accesible en <https://www.acnur.org/es-es/noticias/notas-de-prensa/mujeres-y-ninos-en-riesgo-de-violencia-sexual-por-hacinamiento-en-centros>. Véase también HUMAN RIGHTS WATCH, *Human Rights Watch submission to the Committee on the Elimination of Discrimination against Women List of Issues for the Review of Greece*, November 2020; y COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observaciones finales sobre Grecia, CAT/C/GRC/CO/7, 2019, párrs. 22-25.

todia y por lo tanto responsabilidad de las autoridades, y en relación con la cual las medidas preventivas necesarias, entre las que figura la separación por sexo como medida imprescindible, deben ser prioritarias y siempre irrenunciables.

Sin duda, es muy positiva la previsión a la que ya nos hemos referido de que los menores no acompañados quedarán excluidos del procedimiento fronterizo, a menos que se consideren un peligro para la seguridad nacional o el orden público³⁵⁶. Más allá de la preocupación que genera el hecho de que esta excepción basada en la seguridad nacional o el orden público es demasiado amplia y debería definirse de una forma más precisa y acotada³⁵⁷, reiteramos que esta exclusión resulta fundamental, considerando que los procedimientos fronterizos son procedimientos acelerados con garantía procesales reducidas y, además, implican la detención durante largos períodos en las zonas fronterizas. En este respecto, es importante señalar que el Reglamento de procedimiento supone un retroceso en la medida en que convierte el procedimiento fronterizo en la norma para la mayoría de los solicitantes de asilo, menoscabando el derecho al asilo y a la no-devolución ya que su objetivo es promover el rechazo acelerado y por lo tanto sumario de las solicitudes de asilo³⁵⁸. Además, el nuevo reglamento triplica el período de tiempo tras el cual, si no ha sido resuelto el procedimiento fronterizo, los Estados miembros deberán dejar entrar en su territorio a los solicitantes: si este límite era de cuatro semanas, ahora se extiende a doce semanas de internamiento en la frontera³⁵⁹.

³⁵⁶ Reglamento de procedimiento, artículo 53, apartado 1.

³⁵⁷ En este sentido se ha pronunciado UNICEF, en *EU migration and asylum deal must uphold our collective responsibility to protect children*, Statement by Regina De Dominicis, Regional Director for UNICEF Europe and Central Asia Regional and Special Coordinator for the Refugee and Migrant Response in Europe, 9 de abril de 2024, disponible en: <https://www.unicef.org/eca/press-releases/eu-migration-and-asylum-deal-must-uphold-our-collective-responsibility-protect>

³⁵⁸ CHETAIL, V., y FEROLLA VALLANDRO DO VALLE, M., “The Asylum Procedure Regulation and the Erosion of Refugee’s Rights”, Post N. 3 of the Series of the Odyssey Blog on the Pact on Migration & Asylum, Blog *Inmigration and Asylum Law and Policy*, 23 de mayo de 2024; disponible en <https://eumigrationlawblog.eu/the-asylum-procedure-regulation-and-the-erosion-of-refugees-rights/>

³⁵⁹ Véase artículo 43, apartado 1, de la Directiva de procedimiento, y el Artículo 51, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento.

En este contexto, el nuevo enfoque del Pacto basado en un uso extensivo de los procedimientos fronterizos y acelerados podría contribuir a que la exclusión de los menores no acompañados de los procedimientos fronterizos no surta efecto en la práctica, debido sobre todo a otra novedad del Pacto: la introducción de una fase previa de triaje o control, que se aplica a todos, menores incluidos³⁶⁰. Esta fase de triaje consiste en realizar controles de identidad, salud y seguridad, un examen preliminar de las vulnerabilidades y el registro de datos biométricos en Eurodac, con el objetivo de canalizar adecuadamente a las personas solicitantes de protección internacional al procedimiento en frontera u ordinario de asilo y a las personas sin necesidades de protección internacional al procedimiento de retorno.

Cuando se trate de personas aprehendidas al intentar cruzar la frontera exterior, este triaje se realizará en la misma frontera o en lugares cercanos a estas, lo que implica que durante toda la fase del triaje, queda vedada la entrada en el territorio de la Unión Europea. En este respecto, esta fase crea un retraso en el mejor de los casos, y un obstáculo en el peor de los casos, en el acceso al procedimiento de solicitud de protección internacional y, por lo tanto, en el acceso a las garantías que se establecen en el marco de este procedimiento, dejando a las personas en un limbo o situación de “ficción de no entrada”³⁶¹, que rebaja fuertemente sus garantías en términos de derechos y es, además, contraria a la jurisprudencia del TEDH. Este procedimiento, con todas sus consecuencias, se aplica también a los menores.

El Reglamento de triaje incluye un artículo sobre las garantías para los menores, que no figuraba en las versiones anteriores y que reiteran la prevalencia del interés superior del menor. En relación con los menores no acompañados, establece que los Estados de la UE deberán adoptar lo antes posible medidas para garantizar que un representante o, cuando no se haya nombrado a un representante, una persona formada para salva-

³⁶⁰ Reglamento (UE) 2024/1356 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se introduce el triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817 (*DOUE* L, de 22 de mayo de 2024) (Reglamento de triaje).

³⁶¹ CEAR, *El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Retos y amenazas para los Derechos Humanos*. 2024, p. 27

guardar el interés superior y el bienestar general del menor, acompañe y asista al menor no acompañado durante el procedimiento de triaje³⁶². Asimismo, establece que la persona encargada de acompañar y asistir a un menor no acompañado no será una persona responsable de ninguno de los elementos del triaje, actuará con independencia y no recibirá órdenes ni de las personas y autoridades responsables del triaje, debiendo cumplir sus obligaciones de acuerdo con el principio del interés superior del menor y teniendo los conocimientos y formación necesarios a tal efecto³⁶³. Por lo tanto, deberán ser personas formadas para ello.

Sin embargo, el reglamento no incluye ninguna disposición que establezca cómo se determinará la minoría de edad en caso de falta de documentación o de duda por parte de las autoridades y con qué garantías, ni cuál es el procedimiento para derivar a estos menores hacia el procedimiento de asilo normal (no fronterizo). Por consiguiente, las garantías relativas al procedimiento de determinación de la edad que establece el Pacto se aplican en la fase sucesiva, la del procedimiento de asilo como tal, pero no en la fase de triaje ya que el Reglamento de triaje no prevé la activación de este procedimiento ni de ningún otro que tenga que aplicarse en caso de duda en relación con la edad del solicitante.

Por lo que, si no se detecta la minoría de edad o no se considera fundada la minoría de edad declarada por la persona en esta fase de triaje, y por consiguiente se decidiera no nombrarle un representante, ¿qué garantías tiene la persona que se declara menor en esta fase en relación con su derecho a que se establezca su edad a través de un procedimiento establecido, que es el que prevé el reglamento de procedimiento de asilo? ¿Y qué posibilidades de recurso tendría si no se le reconociera la minoría de edad y se le derivara a un procedimiento de asilo fronterizo, del que debería quedar excluido como menor no acompañado, o incluso a un procedimiento de retorno? En efecto, si en esta fase el supuesto menor no acompañado no formulara una solicitud de asilo antes de la conclusión del triaje, es decir dentro de un máximo de siete días en zonas fronterizas, o de tres días cuando la persona ha sido detectada en el territorio nacional³⁶⁴, se le derivará

³⁶² Reglamento de triaje, artículo 13, apartado 3.

³⁶³ Reglamento de triaje, artículo 13, apartado 4.

³⁶⁴ Reglamento de triaje, artículo 8, apartados 3 y 4.

directamente a un procedimiento de retorno, sin posibilidad de acceder al procedimiento de asilo³⁶⁵.

En resumen, de poco sirve establecer un procedimiento de determinación de la edad con determinadas garantías relativas a la entrevista y a la representación de un menor no acompañado si estas garantías no se aplican desde el primer momento en que una persona, potencialmente menor, entra en contacto con las autoridades del Estado en cuestión. Si se establece una fase previa de triaje en la que la persona no goza de estas garantías durante los primeros siete días en una zona de frontera, y si durante esta fase se decide ya hacia que procedimiento se le derivará, queda claro que la introducción de esta fase desvirtúa la pretendida lógica garantista hacia los menores no acompañados del conjunto del sistema. Y esto porque el sistema tal y como está diseñado, en particular con esta fase previa de triaje, no garantiza que se hagan efectivas las garantías previstas por los demás instrumentos, en particular el Reglamento de asilo y la Directiva de acogida. Las garantías que establecen estos instrumentos, lejos de aplicarse a todos, se aplicarán únicamente a aquellos menores no acompañados que tendrá la suerte de superar la fase de triaje siendo identificados como tales y siendo derivados al procedimiento de asilo no fronterizo. Esta derivación hacia un procedimiento u otro sin que quede establecida la aplicación de garantías procedimentales para estos menores implica un recorte muy significativo y absolutamente inaceptable de sus derechos, puesto que la derivación hacia dos de los tres posibles procedimientos implica que se vean drásticamente mermadas las posibilidades de reconocimiento de sus necesidades de protección.

Además, la práctica demuestra que la falta de identificación de menores no acompañados en España y en otros países de la Unión europea es frecuente debido a la falta de capacidades y de medios para detectarlos adecuadamente³⁶⁶. Además de la jurisprudencia del Comité y del TEDH

³⁶⁵ Reglamento de triaje, artículo 18, apartado 4.

³⁶⁶ Sobre la detención de menores en distintos países de la Unión europea, véase: EURO-MED HUMAN RIGHTS MONITOR, *Unaccompanied asylum-seeking minors in Europe face inadequate protection: New report documents disparities*, Press release, 18 de mayo de 2023, disponible en: <https://euromedmonitor.org/en/article/5641/Unaccompanied-asylum-seeking-minors-in-Europe-face-inadequate-protection:-New-report-documents-disparities>; EURO-MED HUMAN RIGHTS MONITOR,

a la que no hemos referido anteriormente, el Parlamento europeo ha denunciado que los Estados miembros no disponen de mecanismos adecuados para identificar a las personas con necesidades especiales en zonas fronterizas con el fin de eximirlos del procedimiento fronterizo y de la detención asociada al mismo, y muy especialmente en el caso de los menores³⁶⁷.

Asimismo, resulta preocupante que tampoco se indique donde se alojarán las personas menores o que declaren ser menores mientras dure el procedimiento de triaje, ni se prevé una excepción que excluya su internamiento que, en esta fase de triaje, es sin lugar a duda la regla general. Se establece simplemente que cuando existan indicios de vulnerabilidades o de necesidades especiales en materia de acogida o procedimentales, la persona en cuestión recibirá “un apoyo adecuado y en tiempo oportuno en instalaciones adecuadas en vista de su salud física y mental” y, en el caso de los menores, este apoyo se prestará “de una forma adaptada a los niños y a su edad a través de personal formado y cualificado para encargarse de los menores, y en cooperación con las autoridades nacionales de protección de menores”³⁶⁸. Estas previsiones resultan mucho más imprecisas y bastante menos garantistas de las establecidas en los demás instrumentos que se aplican a las fases sucesivas del procedimiento, y no excluyen ni limitan de ninguna manera el internamiento de los menores no acompañados.

Happiness, Love and Understanding: The Protection of Unaccompanied Minors in the 27 EU Member States, mayo 2023; UNICEF, Making the invisible visible. The identificación of unaccompanied and separated girls in Bulgaria, Greece, Italy and Serbia, 2020; EU FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (FRA), *Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the ‘hotspots’ set up in Greece and Italy*, FRA Opinion 3/2019, February 2019, pp. 39-44; y MOUZOURAKIS, M., et al., “All but last resort: The last reform of detention of asylum seekers in Greece”, 18 Noviembre 2019, Blog *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, disponible en <http://eumigrationlawblog.eu/all-but-last-resort-the-last-reform-of-detention-of-asylum-seekers-in-greece/>

³⁶⁷ PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la aplicación del artículo 43 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional(2020/2047(INI))*, A9-0005/2021, 20 de enero de 2021, p. 5.

³⁶⁸ Reglamento de triaje, artículo 12, apartado 4.

Este último aspecto es especialmente relevante, ya que este procedimiento puede durar hasta siete días, sin que se prevea un plazo más corto para los menores no acompañados, por lo que los niños y las niñas que lleguen solos a la UE podrían terminar detenidos hasta siete días en el marco de este procedimiento de triaje. Como se ha denunciado, la inclusión de niños en centros de detención en las fronteras exteriores con fines de control, prevista en el Reglamento de triaje, viola la Convención sobre los Derechos del Niño³⁶⁹. Asimismo, es la primera vez que en el Derecho de la UE la detención de niños migrantes se convierte en la regla en lugar de una medida de último recurso³⁷⁰.

La detención de menores no acompañados ha sido objeto de especial preocupación en los llamados *hotspots* creados en el contexto de la llegada de un número muy importante de refugiados a Europa en 2015 a raíz del conflicto en Siria. Sin embargo, en lugar de alejarse de este modelo de vulneración flagrante y masiva de los derechos de la infancia, el Pacto europeo de migración y asilo lo adopta como norma, extendiendo a los demás Estados miembros de la Unión el enfoque de los hotspots fronterizos establecido en 2016 en Italia y Grecia y posteriormente en una versión modificada en Hungría³⁷¹. Lejos de reducirlas, este sistema aumenta las probabilidades de que los y las menores no acompañados acaben detenidos en zonas fronterizas: no solo durante unos días durante la fase de triaje, sino también durante semanas o meses si no se les identifica correctamente en el momento del triaje y se les deriva hacia el procedimiento fronterizo o de retorno.

³⁶⁹ EUROCHILD, *The EU Migration and Asylum Pact Will put children in danger*, 11 April 2024, disponible en: <https://eurochild.org/news/the-eu-migration-and-asylum-pact-will-put-children-in-danger/>

³⁷⁰ SAVE THE CHILDREN ET AL., *Joint Statement on the impact of the Pact on Migration and Asylum on children in migration*, cit., p. 2. Véase también DUIĆ, D., y ČEPO, M., “Impact of the new pact on migration and asylum on child refugees and unaccompanied minors”, *Balkan Social Science Review*, Vol. 17, 2021, pp. 117-143, p. 129.

³⁷¹ BRANDL, U., “Mix and Match. Detention, “De-Facto Detention” or just Restrictions of Freedom of Movement in the New Pact”, Post N. 19 of the Series of the Odysseus Blog on the Pact on Migration & Asylum, Blog *Immigration and Asylum Law and Policy*, 14 de octubre de 2024; disponible en <https://eumigrationlawblog.eu/mix-and-match-detention-de-facto-detention-or-just-restrictions-of-freedom-of-movement-in-the-new-pact/?print=print>

3.4.1.3. La posición del TEDH y de otros organismos europeos

Sobre la detención de niños migrantes, el TEDH se ha posicionado históricamente en el sentido que dicha detención es compatible con la Convención solo cuando sea estrictamente necesaria y adaptada a las necesidades específicas de los niños, siendo necesario un escrutinio en cada caso³⁷². Sin embargo, a lo largo de los años, todos los casos de detención migratoria de niños que ha examinado han sido declarados constitutivos de una violación de la Convención, debido a diferentes motivos. Entre ellos, destacan las condiciones materiales de la detención, consideradas inapropiadas para los niños, o la duración de la detención, a menudo combinada con la edad del niño detenido³⁷³. Al determinar en numerosos casos que se había violado el artículo 3 del Convenio por haber sometido a los menores a un trato inhumano y degradante, el Tribunal tuvo en cuenta varios elementos, como la edad de los niños en cuestión, la duración de su detención, las condiciones materiales de los centros de detención y su idoneidad para alojar a los niños, la especial vulnerabilidad de los niños causada por acontecimientos estresantes previos y los efectos de la detención en el estado psicológico de los niños³⁷⁴.

³⁷² Véase COOLS, L. “L’enfermement d’enfants migrants à la lumière de la jurisprudence belge et strasbourgeoise”, en SAROLÉA, S. y SINON, A. (eds), *20 ans après l’affaire Tabitha. De nouvelles plumes pour analyser la détention d’enfants migrants à la lumière des droits humains*, 2021, pp. 265-283.

³⁷³ Sobre esta jurisprudencia, véase HAUMONT, G., “M.D. and A.D. v. France: Milestone towards a principled prohibition on the immigration detention of children?”, *Strasbourg Observers*, 11 de febrero de 2022, disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2022/02/11/m-d-and-a-d-v-france-milestone-towards-a-principled-prohibition-on-the-immigration-detention-of-children/>

³⁷⁴ Véase, por ejemplo, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar c. Malta*, cit., párr. 103; *S.F. y otros contra Bulgaria*, no. 8138/16, sentencia del 7 de diciembre de 2017, párr. 79-83; *Salimou Diakite v Italy*, cit.; *H.A. y otros contra Grecia*, asunto núm. 19951/16, sentencia del 28 de febrero de 2019, párr. 166-170. En este último caso, el Tribunal concluyó que había habido una violación del artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) del Convenio debido a las condiciones de detención de los demandantes en comisarías de policía. En particular, consideró que las condiciones de detención a las que habían sido sometidos los menores no acompañados durante períodos que oscilaban entre veintiún y treinta y tres días en las distintas comisarías de policía en los que habían estado retenidos constituían un trato degradante ya que la detención en estos locales, hacinados, sin calefacción, mal ventilados y mal iluminados, sin posibilidad de salir ni caminar, durmiendo en el suelo, les había podido hacer sentir aislados

Por ejemplo, el TEDH ha condenado a Francia por “las consecuencias ineludiblemente perjudiciales” para niñas y niños pequeños de un encierro en un centro de internamiento, consideradas contrarias al artículo 3, basándose en el artículo 3, apartado 1, del CDN relativo a la obligación de tomar en consideración el interés superior del o de la menor como consideración primordial³⁷⁵. En otros asuntos, el Tribunal ha determinado que la detención de una persona menor no acompañada en centros fronterizos y/o de internamiento de migrantes constituye un trato inhumano y degradante prohibido por el artículo 3 debido a las condiciones de detención y a los efectos de la misma en su salud mental. En el caso *Rahimi c. Grecia*³⁷⁶, el Tribunal estableció que se había producido una vulneración del artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) del Convenio al considerar que, incluso teniendo en cuenta que la detención había durado sólo dos días, y a pesar de no haber podido establecer con certeza si el menor había sido detenido junto con adultos, las condiciones de detención de este menor afgano solicitante de asilo en el centro de Pagani habían supuesto en sí mismas un trato degradante. Señaló en particular que estas condiciones, especialmente en lo que respecta al alojamiento, la higiene y la infraestructura, habían sido tan malas que atentaban contra el sentido mismo de la dignidad humana³⁷⁷.

Para corroborarlo, el TEDH cita, a título de ejemplo, dos informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes en el que se destacan las “abominables condiciones de detención” en el centro de Pagani y que este era “insalubre más allá de toda descripción”, razón por la cual el Comité consideraba que los

del mundo exterior, con consecuencias potencialmente negativas para su bienestar físico y moral.

³⁷⁵ TEDH, *Popov c. Francia*, núm. 39472/07 y 39474/07, sentencia del 19 de enero de 2012.

³⁷⁶ TEDH, *Rahimi c. Grecia*, núm. 8687/08, sentencia del 5 de abril de 2011, párr. 30 y 31. Sobre este asunto, véase LÓPEZ ULLA, J.M., “La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 46, 2013, pp. 1061-1090; y LÓPEZ ULLA, J.M., “About the Case Law of the European Court of Human Rights Regarding Unaccompanied Children”, *Peace & Security – Paix et Sécurité Internationales*, N° 9, 2021, pp. 1-12.

³⁷⁷ TEDH, *Rahimi c. Grecia*, cit., párr. 86 y 95.

inmigrantes eran detenidos en condiciones que les ponían en peligro, tanto a ellos como al personal del centro, y que podrían calificarse de tratos inhumanos y degradantes³⁷⁸. En este contexto considerado ya de por sí inhumano para los adultos, el menor se encontraba en una posición extremadamente vulnerable debido a su edad y a sus circunstancias personales, y las autoridades no habían tenido en cuenta sus circunstancias individuales a la hora de internarlo, en particular su situación de menor no acompañado, aplicándole automáticamente una decisión de internamiento, lo que refuerza la decisión del tribunal de declarar que Grecia violó el artículo 3 del Convenio³⁷⁹.

La aplicación automática de la decisión de internamiento ha sido examinada por el Tribunal también desde el ángulo del artículo 5, apartado 1, que prohíbe la detención arbitraria. Al determinar que el Estado no cumplió con su obligación de examinar la situación particular del migrante en cuanto menor no acompañado antes de adoptar una decisión de internamiento, lo que constituye una vulneración del artículo 5, apartado 1 f) CEDH³⁸⁰, el TEDH se refiere al interés superior del menor y, en este contexto, recuerda el artículo 3 de la CDN así como el artículo 37 de la misma convención que establece que la detención de un niño sólo puede ser una medida de último recurso³⁸¹. El Tribunal asume por lo tanto las obliga-

³⁷⁸ Ibid., párr. 30 y 31, y 82-84. Le sentencia se refiere también a informes del Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados y de las organizaciones no gubernamentales Pro Asyl, Amnistía internacional, Médicos sin fronteras y Human Rights Watch, que hacen todos referencia a condiciones de detención absolutamente insalubres e inhumanas, párrs. 32-50. A título de ejemplo, el informe de Médicos sin fronteras citado por el Tribunal describe que los migrantes eran detenidos en grandes almacenes no aptos para albergar seres humanos, con cuatro veces más personas respecto de su capacidad (más de 1200 en lugar de 300), y en con una letrina para 150 personas en los momentos de más ocupación. Los baños y duchas desbordados a veces inundaban parte del suelo sobre el que se apilaban los colchones. Según el informe, con excepción de las mujeres y los niños, a los migrantes detenidos no se les permitió salir al patio exterior del centro durante semanas, lo que causó graves problemas de convivencia y de salud mental, y el personal médico de la organización solo podía atender a los migrantes detenidos a través de las rejas, párr. 46-48 de la sentencia.

³⁷⁹ Ibid., párr. 86 y 95.

³⁸⁰ Ibid., párr. 109-110.

³⁸¹ Ibid., párr. 108.

ciones de los artículos 3 y 37 de la CDN como parámetros interpretativos obligados a la hora de valorar el cumplimiento de la obligación de no detener de forma arbitraria a menores migrantes no acompañados. Se trata sin duda de un elemento positivo, que pone de relieve la importancia del interés superior del menor, un concepto que como tal no está incorporado en la CEDH pero que el Tribunal incorpora a través de su jurisprudencia³⁸².

Sin embargo, en su jurisprudencia sobre la detención de menores la incorporación de este principio se está haciendo esencialmente desde su vertiente procedimental, incorporándolo como una garantía de procedimiento de fundamental importancia cuya ausencia entraña una desprotección que expone al menor a un trato contrario al convenio. La vertiente procedimental del interés superior del menor es sin duda de capital importancia, tal y como lo plasma el Comité de los derechos del niño en su Observación general n° 14 relativa a este principio³⁸³. Pero la vertiente de derecho sustantivo es también esencial, y puede criticarse que el Tribunal no de unos pasos más para llenar de contenido este principio, apuntando a los elementos que los Estados deben tener en cuenta en la evaluación y determinación del interés superior del o de la menor. Para hacerlo de una forma muy ágil, el TEDH hubiera podido simplemente referirse a las dos observaciones generales del CDN que hacen referencia a esta ponderación: la núm. 6 sobre menores no acompañados y la núm. 14 sobre el interés superior del menor, para llenar de contenido esta obligación de procedimiento³⁸⁴, y para aportar también más claridad sobre las garantías

³⁸² A este respecto, véase por ejemplo el caso *Anayo c. Alemania*, asunto n. 20578/07, sentencia del 21 de diciembre de 2010, en el que el interés superior del menor ha sido central para el TEDH en la determinación de que se había violado el derecho a la vida privada y familiar en la toma de decisión relativa al derecho de acceso de un padre biológico a sus hijas gemelas; o el caso *Elsholz c. Alemania* (GC), asunto n. 25735/94, sentencia del 3 de julio de 2000, en el que el Tribunal subrayó la importancia de que las autoridades tengan en cuenta el interés superior del niño en contextos de relaciones familiares interrumpidas.

³⁸³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, CRC/C/GC/14. Sobre el particular, véase el apartado I.4.

³⁸⁴ Sobre el interés superior del menor como una obligación de procedimiento, véase SORMUNEN, M., “Understanding the Best Interests of the Child as a Procedural Obligation: The Example of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 20, 202, pp. 745-768; LELOUP, M., “The principle of the best interests

procedimentales aplicables, como el derecho del menor a ser oído y a ser informado sobre el procedimiento en curso.

Decisiones similares han sido adoptadas en casos más recientes, como en *M.D. y A.D. c. Francia*³⁸⁵, o en *Darboe y Camara c. Italia*. En este último asunto, el TEDH resuelve que Italia violó sus obligaciones positivas en virtud del artículo 3 de la Convención en relación con el primer demandante, un menor no acompañado de nacionalidad gambiana. Teniendo en cuenta la duración y las condiciones de su estancia en el centro de internamiento para adultos de Cona, el Tribunal concluye que este internamiento equivale a un trato inhumano y degradante³⁸⁶.

Las sentencias del TEDH siguen confirmando que las condiciones inherentes a los centros de detención o a las comisarías, en las que menores no acompañados siguen siendo detenidos durante días o semanas, son una fuente de ansiedad y exacerbaban la vulnerabilidad de los niños, lo que lleva a una violación del artículo 3 del CEDH³⁸⁷. Casos de estas características siguen llegando al Alto tribunal europeo, tal y como se constata en su jurisprudencia más reciente, entre los que figuran los asuntos *A.D. c. Malta* y *J.B. y otros c. Malta*. En el primero, un menor extranjero no acompañado recién llegado a Malta y que padecía tuberculosis, trastorno de estrés pos-

of the child in the expulsion case law of the European Court of Human Rights: procedural rationality as a remedy for inconsistency”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* vol. 37 (1), 2019, pp. 50-68; LAVRYSEN L., “Rahimi v. Greece and the proceduralization of children’s rights”, *Strasbourg Observers*, 15 de abril de 2011, disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2011/04/15/rahimi-v-greece-and-the-proceduralization-of-childrens-rights/>. Para una propuesta relativa a cómo el TEDH podría ir más allá de la vertiente procedimental e integrar el interés superior del menor como un derecho sustantivo, véase COLLINSON J., “Making the best interests of the child a substantive human right at the centre of national level expulsion decisions”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2020, vol. 38(3), pp. 169–190.

³⁸⁵ TEDH, *M.D. y A.D. c. Francia*, asunto núm. 57035/18, sentencia del 22 de julio de 2021.

³⁸⁶ TEDH, *Darboe y Camara c. Italia*, asunto núm. 5797/17, sentencia de 21 de julio de 2022, párr. 183.

³⁸⁷ TEDH, *A.B. c. Francia*, asunto núm. 11593/12, sentencia de 12 de julio de 2016; *A.D. c. Malta*, asunto núm. 12427/23, sentencia del 17 de octubre de 2023, párr. 135-136; y *J.B. y otros c. Malta*, asunto núm. 1766/23, sentencia del 22 de octubre de 2024, párr. 51 and 52.

traumático y depresión, no solo no recibió el apoyo médico que necesitaba, sino que fue detenido en condiciones del todo inadecuadas, incluso en un container, en aislamiento o con menores infractores, lo que constituyó un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 del CEDH³⁸⁸.

En cuanto al asunto *J.B. y otros c. Malta*, resuelto por el TEDH en octubre de 2024, Malta ha sido condenada por la detención arbitraria de cinco menores no acompañados de entre 16 y 17 años que fueron rescatados de una patera y detenidos durante 6 meses en centros de internamiento de migrantes para adultos. El Tribunal sostuvo que había habido una violación del artículo 3 del Convenio puesto que, teniendo en cuenta su edad, el tiempo que estuvieron detenidos, su vulnerabilidad como menores y los efectos de la detención en su salud mental, las condiciones de detención de los cinco menores no acompañados habían ascendido a un trato inhumano y degradante³⁸⁹.

El Tribunal también sostuvo que había habido una violación del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) en relación con el artículo 3 ya que los demandantes no tuvieron acceso a un recurso efectivo³⁹⁰. Además, sostuvo que había habido una violación del artículo 5, apartado 1, al considerar la detención arbitraria, incluso porque no se aplicó como una medida de último recurso y no se valoró primero si había otra alternativa disponible³⁹¹, y una violación del artículo 5, apartado 4, por vulnerar el derecho a que un tribunal decida rápidamente sobre la legalidad de la detención. En efecto, el TEDH establece que los recursos de carácter constitucional que ofrece Malta no son un recurso efectivo a los efectos de las quejas sobre las condiciones de detención en virtud del artículo 3 y que se requieren modificaciones legislativas para que el Tribunal de Apelaciones de Inmigración se ajuste a los requisitos de independencia e imparcialidad y para que se establezca un recurso, eficaz tanto en la ley como en la práctica, para que los detenidos puedan quejarse de las condiciones de detención³⁹².

³⁸⁸ TEDH, *A.D. c. Malta*, cit., párr. 129-136.

³⁸⁹ TEDH, *J.B. y otros c. Malta*, cit., párr. 44-53.

³⁹⁰ *Ibid.*, párr. 67-71. Véase también *A.D. c. Malta*, cit., párr. 202 y 203.

³⁹¹ TEDH, *J.B. y otros c. Malta*, cit., párr. 118-120. Véase también *A.D. c. Malta*, cit., párr. 165-171 y 190-191.

³⁹² *Ibid.*, párr. 149-159.

Por otra parte, Grecia ha sido condenada una y otra vez por trato inhumano y degradante por las condiciones inhumanas de detención de menores no acompañados que las autoridades siguen poniendo bajo “custodia protectora” en las comisarías de policía de Grecia. En el último de esta serie de casos, relativo a W.S., ciudadano afgano que fue dejado primero sin ayuda viviendo en la calle y fue detenido luego en dependencia policiales durante casi un mes a pesar de alegar su minoría de edad, el menor llegó a intentar suicidarse debido a la falta de acompañamiento y a las condiciones extremas a la que fue sometido en las dependencias policiales³⁹³.

Finalmente, señalamos que, en junio de 2024, el Comité de ministros del Consejo de Europa adoptó una decisión relativa a la ejecución por parte de Italia de una serie de sentencias relativas a la detención ilegal y en malas condiciones de migrantes en los *hotspots* de Lampedusa y Taranto, la expulsión colectiva de algunos de ellos y la falta de recursos internos para que los menores no acompañados puedan presentar quejas relativas a las condiciones de su detención³⁹⁴. En su decisión, el Comité de ministros toma nota con preocupación de la información que indica que continúa la privación ilegal de libertad en estos centros, incluso de menores no acompañados. Lamentando que las autoridades no hayan proporcionado información al respecto, les pide que proporcionen información completa sobre el funcionamiento actual de los centros, las disposiciones legales y salvaguardias aplicables y las medidas administrativas y judiciales tomadas al respecto. Asimismo, pide a las autoridades que garanticen que el marco jurídico interno que prohíbe la detención de menores no acompañados se aplique efectivamente en la práctica y que informen al Comité sobre las medidas adoptadas y su impacto, refiriéndose en particular al grupo de asuntos Darboe y Camara en los que se abordan estas cuestiones³⁹⁵.

En este contexto, señalamos que casos de este tipo siguen denunciándose ante el Tribunal, como por ejemplo en el asunto *B.Z.C c. Italia* que ha sido comunicado al Estado italiano en mayo de 2024 y que se refiere a un menor no acompañado, presuntamente internado en el centro de acogida

³⁹³ TEDH, *W.S. c. Grecia*, asunto 65275/19, sentencia del 23 de mayo de 2024.

³⁹⁴ COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Decisión H46-18 J.A. and Others group v. Italy (Application No. 21329/18), CM/Del/Dec(2024)1501/H46-18, del 14 de junio de 2024, apartado 1.

³⁹⁵ *Ibid.*, apartados 5 y 6.

para solicitantes de asilo de Restinco (Brindisi) durante dos meses y que fue posteriormente trasladado a un centro específico para menores no acompañados a raíz de la solicitud de medidas provisionales del TEDH³⁹⁶.

En conclusión, en el contexto de esta amplia jurisprudencia que apunta a que la detención de menores migrantes no acompañados es *de facto* siempre incompatible con la Convención, sorprende que la cuestión de una prohibición *de iure* de este tipo de detención no haya sido abordada por el TEDH y que, a pesar de sus repetidas condenas, la Corte persista en afirmar que la detención de menores migrantes puede, en teoría, ser compatible con la protección de los derechos humanos. Sin duda, para lograrlo resultaría esencial una consideración del interés superior del menor no solo en su vertiente de garantía procedimental, sino también como derecho sustantivo, valorando su compatibilidad con la detención *per se*.

Finalmente, señalamos que los posicionamientos adoptados por otros órganos del Consejo de Europa y de la Unión Europea secundan la línea a la que está apuntando *de facto* el TEDH, en coherencia también con la línea adoptada por los mecanismos de protección de los derechos humanos de la ONU. A partir de 2011, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se ha posicionado de forma clara en contra de la detención de los menores extranjeros no acompañados, independientemente de las circunstancias³⁹⁷. Una posición que ha reiterado en resoluciones más reciente, en las que hace un llamamiento a los Estados para que adopten medidas alternativas a la detención, como el acogimiento familiar o bajo supervisión familiar o el acogimiento residencial, respetando siempre el principio de no-detención³⁹⁸.

³⁹⁶ TEDH, *B.Z.C. c. Italia*, asunto núm. 42909/23, comunicado al estado en 23 de mayo de 2024.

³⁹⁷ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución 1810 (2011), *Unaccompanied children in Europe: issues of arrival, stay and return*, de 15 de abril de 2011.

³⁹⁸ ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución 2020 (2014), *The alternatives to immigration detention of children*, cit., y Resolución 2449 (2022), *Protection and alternative care for unaccompanied and separated migrant and refugee children*, de 22 de junio de 2022, párr. 11. Véase también CONSEJO DE EUROPA, *A study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children*, cit.

También, el Comité de Ministros de esta organización se ha posicionado en contra de la privación de libertad de los menores no acompañados en el marco de los procedimientos de determinación de la edad³⁹⁹. En este contexto, el Comité de Ministros recuerda que, al iniciar el procedimiento de determinación de la edad, la solución relativa al alojamiento debe tener en cuenta la seguridad y el bienestar inmediatos del presunto menor y que, durante todo el procedimiento, este debe tener acceso a un alojamiento que se adapte a sus necesidades específicas, teniendo en cuenta su presunta minoría, su sexo, su origen cultural y cualquier vulnerabilidad particular, como por ejemplo que haya sido víctima de violencia, de trata de seres humanos u otra forma de explotación y abuso, o que tenga cualquier forma de discapacidad, ya sea física o mental. Asimismo, siempre deberán alojarse por separado de los adultos que no están relacionados con él o ella⁴⁰⁰.

Finalmente, en su dictamen sobre los menores no acompañados, el Comité Económico y Social Europeo ha reiterado la posición que ya había asumido con anterioridad a favor de “la prohibición absoluta de detener a menores, independientemente de su situación administrativa”, y donde “condena enérgicamente” esta práctica, que puede tener consecuencias muy graves para la salud y el desarrollo de los menores, independientemente de la duración de la misma⁴⁰¹. Por estos motivos, insta a los Estados del Consejo de Europa a que

promulguen legislaciones nacionales que prohíban la detención y que fomenten el desarrollo de alternativas adaptadas a la especial vulnerabilidad

³⁹⁹ CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ DE MINISTROS, *Recomendación CM/Rec(2022)22 a los Estados sobre principios y directrices relativos a los derechos humanos para la determinación de la edad en el ámbito de la migración*, cit., párr. 21.

⁴⁰⁰ CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ DE MINISTROS, *Recomendación CM/Rec(2022)22 a los Estados sobre principios y directrices relativos a los derechos humanos para la determinación de la edad en el ámbito de la migración*, cit., párr. 15.

⁴⁰¹ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen sobre “La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa”*, cit., párr. 3.5; y, con anterioridad, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión Marco 2004/68/JAI, DO C 48 de 15.2.2011*, p. 144

de los MENA, como la inserción en familias de acogida y en espacios donde puedan desarrollar una vida autónoma bajo vigilancia.⁴⁰²

3.4.2. *La detención de menores no acompañados en España*

Como ya se ha podido constatar en la descripción de los hechos que han motivado la adopción de los dictámenes del Comité de los Derechos del Niño relativos a España examinados en apartados anteriores, son muchos los casos en lo que, siguiendo el mismo *modus operandi*, los menores no acompañados acaban en una situación de detención, a menudo en un CIE para adultos, en violación flagrante de la normativa aplicable. Son varios los patrones seguidos por las autoridades españolas que tienen como consecuencia directa la detención de estos menores. Uno de ellos consiste en que, a raíz de la entrada de una persona joven, sin documentación, que alega ser menor de edad, se le práctica una radiografía (generalmente de la muñeca, a veces dental), en algunos casos inmediatamente, en otros al cabo de días o semanas de haber estado en un centro para menores.

Al determinar su mayoría de edad exclusivamente sobre la base de una prueba radiológica, se traslada a la persona en cuestión a un CIE para adultos, sin entrevistarla para valorar su edad o sus necesidades especiales desde una perspectiva multidisciplinar. En toda esta fase del procedimiento, los menores no son asistidos ni por un intérprete ni por un abogado, ni tampoco se le ha designado un tutor⁴⁰³.

En resumidas cuentas, nos encontramos ante situaciones en las que un procedimiento plagado de una larga serie de irregularidades genera una grave vulneración de los derechos de los menores no acompañados: la privación de libertad. Además, esta se produce en un centro donde se encuentran conviviendo con adultos y donde no tienen acceso a los servicios

⁴⁰² COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen sobre “La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa”*, cit., párr. 3.6.

⁴⁰³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.Y.S c. España*, 17/08/2021, CRC/C/86/D/76/2019, *C.O.C. c. España*, 29/01/2021, CRC/C/86/D/63/2018, párr. 2.1. a 2.4; *S.M.A. c. España*, 28/09/2020, CRC/C/85/D/40/2018, párr. 2.1 a 2.6; *M.A.B. c. España*, 07/02/2020, CRC/C/83/D/24/2017, párr. 2.1-2.3.

socio-educativos y asistenciales a los que los menores tienen derecho, por lo que se priva así al menor no solo de su libertad, sino de todos los demás derechos que le asisten como menor y que son imprescindibles para garantizar su bienestar y sus posibilidades de desarrollo en condiciones adecuadas. Esto sería el caso, por ejemplo, de A.L., un adolescente argelino que llegó a la costa almeriense a bordo de una patera en 2017. A.L. no tenía documentos, no estaba acompañado e informó a la policía de que tenía 17 años. Se le trasladó al hospital donde se le practicó una radiografía de la mano izquierda, sobre la base de la cual se determinó que tenía más de 19 años. La Fiscalía emitió un decreto de mayoría de edad y, después de detenerle cuatro días en una celda, se le trasladó a un centro de internamiento de extranjeros para adultos, donde fue sometido a tratos inhumanos: en particular, fue golpeado con palos por un guardia del centro, una práctica que el menor describe como frecuente en este centro⁴⁰⁴.

Lo mismo ocurrió en el caso de M.B.S, un joven guineano interceptado por la policía a bordo de una patera tres meses después de A.L y trasladado asimismo a Almería. Después de haber alegado ser menor de edad, se le realizó una radiografía de la muñeca que determinó que tenía 19 años de edad. Basándose exclusivamente en esta prueba, la Fiscalía Provincial de Almería emitió un decreto de mayoría de edad y el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería acordó su internamiento en el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) de Madrid y le notificó el acuerdo de devolución a su país. Al cabo de un par de semanas, M.B.S. presentó su acta de nacimiento original, que demostraba su minoría de edad. Cuatro días después fue puesto en libertad por las autoridades españolas sin ningún tipo de apoyo ni asistencia, a pesar de ser conocedoras de su minoría de edad⁴⁰⁵. Un patrón similar aparece también en los casos de *R.Y.S c. España*, *C.O.C. c. España*, *S.M.A. c. España*, y *M.A.B. c. España*.

En otros casos, la situación es hasta peor, si cabe, ya que algunos de estos menores han sido privados de libertad a partir del primer momento, antes de la realización de las pruebas de determinación de la edad, generalmente detenidos en una comisaría y/o en un CIE, vulnerando abier-

⁴⁰⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *A.L. c España*, cit., párr. 2.1-2.5.

⁴⁰⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B.S. c. España*, cit., párr. 9.10-9.17.

tamente la presunción de minoría de edad que debe aplicarse en estos casos y que resulta determinante para la protección de la integridad del menor. Este ha sido el caso, por ejemplo, de M.B., un joven guineano de 17 años que llegó a Almería en junio de 2017 y que informó al personal de la Cruz Roja y a la policía que era menor de edad. Sin embargo, la policía le registró como adulto de 21 años sin aplicar la presunción de minoría de edad ni proceder a determinar su edad, dictando una orden de devolución y trasladándolo al Centro de internamiento para extranjeros (CIE) de Madrid. Además, cuando logró obtener una copia de su certificado de nacimiento de Guinea, que acreditaba su minoría de edad, las autoridades lo pusieron en libertad después de haber pasado 52 días en un centro de internamiento para adultos, pero sin proporcionarle ningún tipo de ayuda o asistencia⁴⁰⁶.

El caso B.G. también ilustra un patrón similar, e incluso peor dentro de la gravedad de ambas situaciones. Este joven argelino llegó a bordo de una patera a las costas de Lorca en noviembre de 2017. A pesar de manifestar su minoría de edad, quedó encerrado en un calabozo tres días hasta que se ordenó su detención en la prisión de Málaga II de Archidona y se emitió una orden de devolución: todo esto sin que se le aplicase ningún procedimiento de determinación de la edad, a pesar de que su abogado lo reclamara de forma reiterada⁴⁰⁷. El mismo trato recibieron también H.B.⁴⁰⁸, un adolescente guineano que fue detenido 3 días en los calabozos de la comisaría con adultos, y M.T.⁴⁰⁹, ciudadano de Côte d'Ivoire que huyó tras el arresto y posterior asesinato de su padre por sus actividades políticas contrarias al gobierno, y que quedó detenido en el CIE de Aluche durante 3 meses sin que se iniciara ninguna actuación para determinar su edad.

Hechos similares se produjeron en el caso de R.K., un adolescente guineano de 17 años que logró escapar de su pueblo después del asesinato de sus padres en el contexto de los enfrentamientos existentes entre cristianos y musulmanes en su región. Logró escapar con vida y decidió cru-

⁴⁰⁶ Ibid.,

⁴⁰⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 2.1.

⁴⁰⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *H.B. c. España*, 07/02/2020, CRC/C/83/D/25/2017, párr. 2.1-2.4

⁴⁰⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.T. c. España*, 18/09/2019, CRC/C/82/D/17/2017, párr. 2.1-2.4.

zar África solo en un viaje que duró un año y en el curso del cuál sufrió malos tratos. Llegó finalmente a Nador y, después de 6 meses, en patera a Almería. Allí fue trasladado a la comisaría de policía de Almería, donde le llevaron directamente a un calabozo en el que permaneció tres días junto con adultos. A pesar de declarar en todo momento que tenía 17 años, lo registraron como adulto de 21 años, le incoaron una orden de devolución y le internaron en el CIE de Aluche, en Madrid. Al conseguir un extracto de su acta de nacimiento, fue finalmente liberado al cabo de 52 días internado en el CIE, siendo sin embargo trasladado a un centro para adultos, sin que se le nombrara un tutor y sin recibir el tratamiento y la protección debida a un menor⁴¹⁰.

Por consiguiente, constatamos una práctica casi sistemática de detención de estos menores, inmediata o posterior a la determinación de la edad, y en todos los casos con graves vulneraciones de las garantías del debido proceso y del deber de anteponer el interés superior del menor frente a cualquier otra consideración, como el control de los flujos migratorios.

En estos casos, el Comité considera la detención como una grave consecuencia de la violación del deber de aplicar la presunción de minoría de edad hasta que se concluya el procedimiento correspondiente y de la violación de las demás garantías aplicables al mismo, por lo que la enmarca de forma general en la violación de la obligación de considerar el interés superior del menor como una consideración primordial recogida en el art. 3 de la Convención⁴¹¹.

También, considera la detención como una violación del art. 20, apartado 1, de la Convención que obliga al Estado a proporcionar una protección y asistencia adecuada a los menores que se encuentran privados de su medio familiar. Sin embargo, lo hace otra vez de una forma indirecta. En el caso de B.G., considera una violación del artículo 20, apartado 1, el hecho de haberlo privado de libertad, ingresándolo en una prisión en funciones de centro de internamiento para extranjeros, donde permaneció más de

⁴¹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.K. c. España*, 18/09/2019, CRC/C/82/D/27/2017, párr. 2.1.- 2.8.

⁴¹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B c España*, cit., 9.14 y 9.15; *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.15 y 10.16 y *R.K. c. España*, cit., párr. 9.9 y 9.10.

un mes junto a adultos, pese a que el Estado tuviera a su disposición un certificado de nacimiento que le señalaba como menor⁴¹². Mientras que en el caso de M.B, considera una violación de este mismo artículo el hecho de no proporcionarle acceso a recursos asistenciales para menores de edad a la hora de liberarle del CIE⁴¹³. Pero no se pronuncia sobre el internamiento en el CIE como una violación de las obligaciones del Estado, lo que resulta cuanto menos sorprendente.

En definitiva, llama la atención que el Comité no aborde la detención de manera más directa, como una vulneración de la Convención en sí misma, y no solo como una consecuencia de un procedimiento que vulnera el interés superior del menor y su derecho a recibir una protección y asistencia adecuadas a su edad y condición. Esta reticencia del Comité en declarar la detención de estos menores extranjeros no acompañados en los calabozos o en los CIEs una violación del artículo 37 b) de la Convención, que prohíbe la detención arbitraria de los niños, sorprende especialmente puesto que contradice la posición que asumió el mismo Comité en su Observación general n. 23 en la que estableció que la detención de niños por motivos migratorios debe ser prohibida por ser contraria al art. 37 b)⁴¹⁴.

3.5. La devolución

3.5.1. Normativa internacional aplicable

El deber del estado de examinar la posible situación de riesgo y las necesidades de protección internacional de una persona en la frontera antes de que se pueda tomar la decisión de devolverla responde a la obligación

⁴¹² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *L.D. y B.G. c. España*, cit., párr. 10.17.

⁴¹³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *M.B c España*, cit., párr. 9.17.

⁴¹⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 10.

de non-refoulement o de no-devolución, una obligación de naturaleza consuetudinaria y por tanto aplicable a todos los Estados.

Respecto de las personas que solicitan protección internacional, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967⁴¹⁵ establecen la obligación de los Estados de proporcionar acceso a los procedimientos de asilo y de examinar adecuadamente sus solicitudes. Sin embargo, el deber de protección de los Estados en relación con las personas extranjeras que entran en su territorio va más allá, ya que las personas cuya situación no cumple con los criterios de la definición de refugiado o refugiada pueden ser merecedoras de formas complementarias de protección que se fundamentan en la obligación de no devolución en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos. Esta obligación impide que los Estados devuelvan o extraditen a una persona a otro Estado cuando existan motivos fundados para creer que existe un riesgo grave para su vida o que la persona en cuestión sería sometida a tortura o a otras formas de malos tratos. El principio de no devolución se enuncia, explícita o implícitamente, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (art. 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) y la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 3). Asimismo, el artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH prohíbe la expulsión colectiva, garantizando el derecho de toda persona extranjera a no ser expulsada sin un escrutinio individual de su situación.

También, el alcance del principio de no devolución ha quedado claramente establecido en la jurisprudencia del TEDH desde 1996. Desde el asunto *Amuur*, el TEDH ha reafirmado que los Estados ejercen su jurisdicción en las zonas fronterizas y de tránsito y que tienen por tanto la obligación de asegurarse de que en las mismas se respeta el principio de no devolución y de garantizar el derecho de las personas solicitantes de asilo a “acceder efectivamente al procedimiento de determinación del estatuto de refugiado”⁴¹⁶. La ausencia de procedimientos en los que las solicitudes

⁴¹⁵ El Artículo 1(2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados define al refugiado o refugiada como una persona que se encuentra fuera de su país y que no puede o no quiere volver a ese país porque tiene fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.

⁴¹⁶ TEDH, *Amuur c. Francia*, asunto n. 19776/92, sentencia del 25 de junio de 1996. Véase también *D. c. Reino Unido*, asunto n. 30240/96, sentencia del 2 de mayo de

de protección internacional presentadas en la frontera puedan ser examinadas resultará en una violación de la prohibición de devolución derivada del artículo 3 del CEDH. También, la devolución de un grupo de personas sin “un examen razonable y objetivo del caso particular de cada individuo”⁴¹⁷ constituye una violación de la prohibición de expulsión colectiva, establecida en el artículo 4 del Protocolo núm. 4 del CEDH⁴¹⁸. Asimismo, desde la adjudicación del asunto *Hirsi*⁴¹⁹, el TEDH ha dejado claro que la devolución en caliente de personas interceptadas por agentes estatales está proscrita en Europa no sólo cuando se efectúa en la frontera terrestre sino también en alta mar⁴²⁰.

En este contexto, la sentencia del caso *N.D. y N.T. c. España*⁴²¹ relativa a la devolución de migrantes en la valla de Melilla representa un retroceso preocupante puesto que marca una ruptura con la jurisprudencia garantista del TEDH. Hasta este momento, el tribunal no había cuestionado el carácter absoluto del principio de no devolución. Sin embargo, en esta sentencia el TEDH crea una excepción, puesto que introduce la justificación de la “conducta culpable” del migrante que puede ser devuelto sin ningún examen de su situación personal si entra de forma violenta en lugar de utilizar “vías de acceso efectivo y genuino” cuando estas existen⁴²². A

1997, y *Gebremedhin c. France*, asunto n. 25389/05, 26 de abril de 2007.

⁴¹⁷ TEDH, *N.D y N.T. c. España* (Gran Sala), asunto n. 8675/15 y 8697/15, sentencia del 13 de febrero de 2020, párr. 193-199.

⁴¹⁸ España ha ratificado el Protocolo n. 4 a la CEDH el 28 de agosto de 2009.

⁴¹⁹ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (Gran Sala), asunto n. 27765/09, 23 de febrero de 2012.

⁴²⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles migratorios y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 121-131.

⁴²¹ TEDH, *N.D y N.T. c. España* (Gran Sala), cit. Sobre esta sentencia, véase ESCAMILLA, M. M., “Las “devoluciones en caliente” en el asunto N.D. y N.T. contra España (sentencia de la gran sala TEDH de 13 de febrero de 2020)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 78-79, 2021, pp. 309-337; y SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿apuntalando los muros de la Europa fortaleza?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72(2), 2020, pp. 235-259.

⁴²² Véase MILANO, V., “Acceso a la protección internacional: uso y abuso de los procedimientos fronterizos de asilo en la Unión Europea”, en FERRER LLORET, J. y SOLER GARCÍA, C. (ed.), *La Unión Europea y el Mediterráneo. Entre la cooperación y el conflicto*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 315-371, pp. 340-342.

pesar de la gran incertidumbre que genera esta decisión en relación con la situación en Ceuta y Melilla⁴²³ y de la injusticia que ha representado en este caso puesto que en la práctica estas supuestas “vía de acceso efectivo y genuino” no existen para la inmensa mayoría de los migrantes y solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla⁴²⁴, en casos posteriores en los que el TEDH ha vuelto a aplicar el test de la conducta culpable no lo ha hecho para legitimar situaciones de “devolución en caliente” como las de Melilla: o porque los migrantes habían entrado por la vías legales o porque habiendo entrado de forma irregular o clandestina, el Estado les derivó luego hacia las vías legales de entrada.

Por ejemplo, en la sentencia *M.K. y otros c. Polonia*⁴²⁵, el tribunal consideró que las devoluciones a Bielorrusia por parte de las autoridades pola-

⁴²³ Resulta preocupante que el TEDH haya inadmitido una demanda relativa a una devolución en caliente de un joven de 27 años en Ceuta apelando a la sentencia del caso *N.D y N.T. c. España*. Véase SÁNCHEZ, G., “Estrasburgo rechaza investigar la devolución del joven senegalés que abrazó a la voluntaria de Cruz Roja en Ceuta”, *elDiario.es*, 6 de junio de 2023, disponible en https://www.eldiario.es/desalambre/strasburgo-rechaza-investigar-devolucion-joven-senegales-abrazo-voluntaria-cruz-roja-ceuta_1_10269219.html

⁴²⁴ Las organizaciones concededoras de la situación de Melilla han indicado reiteradamente que el puesto fronterizo español que estaría habilitado para aceptar solicitudes de protección internacional es inaccesible para la gran mayoría de los migrantes, y en particular los de origen subsahariano. Véase, por ejemplo, UNHCR, *Supplementary observations by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of N.D. and N.T. v Spain before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights*, 2018, 8675/15 and 8697/15; disponible en <https://www.refworld.org/docid/5b92533f4.html>; COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 3, of the European Convention on Human Rights, Applications No. 8675/15 and No. 8697/15 N.D. v. Spain and N.T. v. Spain*, CommDH(2018)11, 2018, párr. 4.1; CEAR, *Refugiados y migrantes en España: Los muros invisibles tras la frontera sur*, 2017, p. 25; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones finales sobre España*, CCPR/C/ESP/CO/6, 2015, párr. 18.

⁴²⁵ TEDH, *M.K. y otros c. Polonia*, asuntos n. 40503/17, 42902/17 y 43643/17, sentencia del 23 de julio de 2020. Sobre esta sentencia, véase GATTA, F.L., “Systematic push back of ‘well behaving’ asylum seekers at the Polish border: M. K. and Others v. Poland”, *Strasbourg Observers*, 7 de octubre de 2020, disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2020/10/07/systematic-push-back-of-well-behaving-asylum-seekers-at-the-polish-border-m-k-and-others-v-poland>

cas fueron contrarias al artículo 3 de la CEDH y al artículo 4 del Protocolo n. 4 puesto que los solicitantes fueron devueltos de forma sumaria sin un examen individualizado de su situación a pesar de haberse presentado en los puestos fronterizos siguiendo escrupulosamente las vías legales establecidas. A la inversa, en la sentencia *Asady y otros c. Eslovaquia*⁴²⁶, el TEDH abordó la expulsión de un grupo de migrantes que cruzaron de manera clandestina la frontera entre Ucrania y Eslovaquia. Aunque los demandantes alegaron haber sido objeto de una expulsión colectiva sin un examen individualizado, el Tribunal consideró que las autoridades eslovacas les proporcionaron acceso a procedimientos legales de entrada y a recursos efectivos después de su entrada irregular⁴²⁷. El Tribunal destacó que, a diferencia del caso *N.D. y N.T.*, en este caso se ofrecieron vías legales que los demandantes no utilizaron, lo que llama mucho la atención, ya que el Tribunal se refiere al caso *N.D. y N.T.* como un ejemplo de falta de puesta a disposición de vía legales para solicitar asilo⁴²⁸. Esto revela una incoherencia con la principal conclusión a la que llegó el Tribunal en aquel caso —la existencia de vías legales que los migrantes no utilizaron— y refuerza la opinión que formulamos anteriormente: si nos las utilizaron ni antes de después de los hechos, es porqué estas vías legales no estaban ni están disponibles.

Más allá de la controvertida interpretación del doble test de la conducta culpable y de las vías legales disponibles hecha en el caso de Melilla, la posición del Tribunal de Estrasburgo permanece esencialmente la misma en relación con el quid de la cuestión: la obligación de realizar un examen individualizado de la situación de cada persona extranjera que llega de forma irregular a un territorio antes de poderla devolver, para asegurarse

⁴²⁶ TEDH, *Asady y otros c. Eslovaquia*, asunto n. 24917/15, sentencia del 24 de marzo de 2020.

⁴²⁷ Para un examen crítico de esta sentencia desde la perspectiva de la realización de un examen individualizado de la situación de cada migrante que sea real y efectivo, véase GATTA, F.L., “‘Tell me your story, but hurry up because I have to expel you’ – *Asady and Others v. Slovakia*: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT “own culpable conduct” test to collective expulsions”, *Strasbourg Observers*, 6 de mayo de 2020, disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2020/05/06/tell-me-your-story-but-hurry-up-because-i-have-to-expel-you-asady-and-others-v-slovakia-how-to-quickly-conduct-individual-interviews-and-not-apply-the-nd-nt-own-cul/>

⁴²⁸ TEDH, *Asady y otros c. Eslovaquia*, cit., párr. 62.

de que no la devolverá a un territorio en el que quedaría expuesta a un riesgo grave para su vida o integridad física, sigue siendo uno de los pilares de su consolidada jurisprudencia.

En esta jurisprudencia, el TEDH ha establecido que el artículo 3 del CEDH y el artículo 4 de Protocolo n. 4 obligan a los Estados a realizar un escrutinio riguroso de las alegaciones individuales aportadas antes de tomar una decisión relativa a la devolución: deben examinar minuciosamente las pruebas documentales proporcionadas por la persona⁴²⁹, conocer los riesgos relevantes en el Estado de retorno y no deben exigir a las personas solicitantes que asuman toda la carga de la prueba⁴³⁰. Asimismo, deben tener en cuenta elementos no solo de fuentes nacionales, sino también de otras fuentes fiables al evaluar el riesgo de malos tratos en caso de devolución⁴³¹.

En relación con la situación particular de los menores extranjeros no acompañados, el Comité de los Derechos de los Niños ha reiterado la importancia del principio de no devolución para hacer efectiva la protección de sus derechos humanos y ha expresado su preocupación de que algunos Estados hayan adoptado una definición restrictiva de este principio⁴³². En este contexto, ha afirmado de forma reiterada que:

En cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no sólo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser ulteriormente trasladado.⁴³³

⁴²⁹ TEDH, *Singh y otros c. Bélgica*, núm. 33210/11, 2012, párr. 104.

⁴³⁰ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (Gran Sala), *cit.*, párr. 132-133.

⁴³¹ TEDH, *Salah Sheekh*, para 136. También en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (Gran Sala), *cit.*, párr 123-128 y 131.

⁴³² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, *cit.*, párr. 27, y *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, *cit.*, párr. 45-46.

⁴³³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, *cit.*, párr. 27, y *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los*

También, ha dejado claro que esta obligación de no devolución se aplica con independencia de que las violaciones en cuestión sean imputables a actores no estatales o de que sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción, y que deberá tenerse en cuenta la edad y el género en la evaluación del riesgo⁴³⁴.

En cuanto a los motivos concretos de riesgo, hace especial hincapié en el riesgo de reclutamiento de menores para las fuerzas armadas, por ejemplo como combatientes o para proporcionar servicios sexuales, en los riesgos para las niñas o niños que hayan sido víctimas de trata y que podrían, entre otros riesgos, recaer en la trata⁴³⁵, y en la necesidad de tomar en consideración las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios⁴³⁶. Por lo tanto, el abanico de riesgos que hay que tomar en cuenta para valorar si se trata de una devolución contraria al Derecho internacional es más amplio para los menores que para los adultos: va más allá de los riesgos graves para su vida o integridad física e incluye otros “daños irreparables para el menor”.

Finalmente, para hacer efectiva la protección de los menores extranjeros no acompañados frente a la devolución, el Comité ha indicado que la obligación de los Estados de proveer protección y asistencia a estos menores: a) no puede ser arbitraria y unilateralmente recortada, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la

Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017), cit., párr. 46.

⁴³⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, cit., párr. 27.

⁴³⁵ Sobre los riesgos de persecución a los que están expuestas las víctimas de trata, véase MILANO, V., *The Human Rights-Based Approach to Human Trafficking in International Law: an Analysis from a Victim Protection Perspective*, Marcial Pons, 2020, pp. 287-335; y MILANO, V., “Trata con fines de explotación sexual y asilo: la devolución de las víctimas en riesgo de sufrir persecución como máxima expresión de su situación de desprotección”, en ORTE, C., BALLESTER, L., y POZO, R. (Coord.) *Vulnerabilidad y resistencia: experiencias investigadoras en comercio sexual y prostitución*, Colección *Treballs Feministes*, n. 16, Ed. UIB, Palma, 2019, pp. 37-62.

⁴³⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, cit., párr. 27, 28 y 53.

jurisdicción del Estado; b) se aplica incluso con respecto a menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional; c) incluye tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados lo antes posible, particularmente en la frontera, y d) en caso de incertidumbre, se debe otorgar al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal⁴³⁷.

En cuanto al Derecho de la Unión europea, la prohibición de devolución queda establecida en el artículo 78, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y en el artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), que reza:

1. Se prohíben las expulsiones colectivas
2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

Por otra parte, el artículo 18 recoge, por vez primera en el ámbito europeo, el derecho de asilo, de la forma siguiente:

Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra [...] y de conformidad con el Tratado de la Unión europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión europea [...].

También, el artículo 24 de la Carta recoge el interés superior del menor que debe informar el conjunto del procedimiento en caso de minoría de edad, y el artículo 47 establece el derecho autónomo a la tutela judicial efectiva que exige la revisión por un tribunal de una decisión denegatoria de protección internacional.

En el marco del sistema europeo común de asilo, resulta especialmente relevante la ya mencionada Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos de asilo que incluye unas garantías procedimentales para los menores

⁴³⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *D.D. c. España*, 15 de mayo de 2019, CRC/C/80/D/4/2016, párr. 3.2., refiriéndose a la *Observación general núm. 6 (2005)*, cit., párrs. 12, 13, 18 y 31.

extranjeros no acompañados (artículo 25) así como una serie de garantías procesales generales a las que no hemos referido en el apartado correspondiente⁴³⁸. Estas se aplican a los menores no acompañados cuando han solicitado asilo, mientras que en el caso de que no soliciten protección internacional, se les aplicará la Directiva de Retorno de 2008.

Como ya se ha examinado, el nuevo Reglamento de procedimiento refuerza las garantías procedimentales para los menores no acompañados. Sin embargo, amplía los casos en los que estos pueden ser sometidos a un procedimiento acelerado, lo que aumenta el riesgo de devolución, considerando además que en la mayoría de los casos los recursos en el marco de un procedimiento acelerado no tienen efecto suspensivo, ni siquiera para los menores no acompañados. En efecto, de acuerdo con Reglamento de procedimiento y su artículo 68, apartado 3, relativo al efecto suspensivo de los recursos, el efecto suspensivo se aplica a los menores en el marco de los procedimientos acelerados solo cuando se trate de procedimientos fronterizos.

Como se ha explicado, se tratará de casos muy residuales, ya que en el marco de esta nueva normativa se ha restringido mucho la aplicación de los procedimientos fronterizos a los menores no acompañados, mientras que la aplicación de los procedimientos de asilo acelerados (y no fronterizos) se ha ampliado. En efecto, se podrá aplicar el procedimiento acelerado a un menor no acompañado si procede de un país de origen seguro o con una tasa de reconocimiento de asilo que es inferior al 20% de la media UE, si representa un peligro para el orden público o la seguridad nacional, si se trata de una solicitud posterior no inadmisibles, si presenta información o documentación falsa, oculta información relevante o si existen motivos fundados para considerar que haya destruido o se haya desecho de documentos de identidad o de viaje con el fin de ocultar su identidad o nacionalidad⁴³⁹.

Si resulta chocante la aplicación de los procedimientos acelerados a los y las menores que llegan solos y por lo tanto desamparados a las fronteras de la UE, resulta absolutamente inaceptable no reconocer efecto sus-

⁴³⁸ Véase apartados 3.2.1.2. y 3.3.1.2.

⁴³⁹ Reglamento de procedimiento, artículo 42, apartado 3.

pensivo a los recursos que estos menores puedan presentar en contra de la decisión de devolución. De hecho, la legalidad de esta práctica, y de su correspondiente previsión normativa, ha sido cuestionada por distintos tribunales, tanto europeos como nacionales. En el caso *Gnandt*⁴⁴⁰, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado que una decisión de retorno puede adoptarse inmediatamente después o junto con la denegación de una solicitud de asilo, e incluso antes de que concluya cualquier procedimiento de recurso interpuesto contra la denegación de la solicitud de asilo. No obstante, los Estados miembros deben garantizar “que se suspendan todos los efectos jurídicos de la decisión de retorno a la espera del resultado de dicho recurso” y, además, que el solicitante tenga derecho a invocar cualquier cambio de circunstancias que se haya producido después de la adopción de la decisión de retorno⁴⁴¹.

En cuanto a la Directiva de Retorno, que establece los requisitos y procedimientos para la devolución, no excluye a los menores no acompañados de estos procedimientos. Sin embargo, especifica que, al implementar la directiva, las autoridades de los Estados miembros deben tener debidamente en cuenta el interés superior del niño, que debe ser una consideración primordial en sus actuaciones⁴⁴². También, incluye una disposición especialmente importante: el artículo 10 sobre “Retorno y expulsión de menores no acompañados”, que prevé dos garantías específicas para estos menores. En primer lugar, exige que antes de dictar una decisión de retorno se conceda al menor no acompañado la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución de la decisión de retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del menor. En principio, se trataría de las autoridades encargadas de la protección de los menores. Y, en segundo lugar, establece una garantía todavía más importante: antes de expulsarlo, las autoridades deben asegurarse de que la persona menor será entregada a un miembro de su familia,

⁴⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État — Bélgica) — *Sadikou Gnandi / État belge*, asunto C-181/16. Sobre esta sentencia, véase PROGIN-THEUERKAUF, S., “Asylum and Return: The Gnandi Case, or a clarification of the Right to an Effective Remedy”, *European Papers*, vol. 4(1), 2019, pp. 359-363.

⁴⁴¹ *Ibid.*, apartado 67 de la sentencia y Fallo.

⁴⁴² Directiva de Retorno, art. 5 (a) y art. 10, apartado 1, conjuntamente con el considerando (22).

a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el país de retorno.

Por lo tanto, la devolución de un o una menor está supeditada al cumplimiento de unas garantías, más reforzadas cuando haya solicitado protección internacional, que exigen la aplicación de un procedimiento dirigido a atender debidamente a sus necesidades de protección, tanto en el país de destino como en el de origen. La imposibilidad de retornar un menor no acompañado cuando el Estado no ha comprobado la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno ha sido confirmada por el TJUE en 2021 en la sentencia *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*. Este caso concierne a un menor maliense de 15 años que había huido de su país al encontrarse sin familia y que las autoridades de los Países Bajos querían devolver sin haberse cerciorado de la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno⁴⁴³. En su sentencia, el Tribunal establece la necesidad de realizar un examen global y exhaustivo de la situación del menor que incluya la existencia de unas condiciones adecuadas de acogida, antes de tomar una decisión acerca de su retorno, en estos términos:

antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, el Estado miembro de que se trate debe realizar una apreciación general y exhaustiva de la situación de este menor, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. En este contexto, dicho Estado miembro debe cerciorarse de que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor no acompañado.⁴⁴⁴

3.5.2. *La devolución de menores en la legislación y en la práctica española*

3.5.2.1. La legislación española

En España, la identificación temprana de las personas menores —y especialmente las no acompañadas— y en general de los solicitantes de asilo está plasmada en la ley de extranjería que no permite su devolución. Por

⁴⁴³ TJUE, *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (Retour d'un mineur non accompagné), asunto C-441/19, sentencia del 14 de enero de 2021, ECLI:EU:C:2021:9.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, apartado 1) de la decisión sobre el fondo.

una parte, el Reglamento de la LOEX señala que no se puede llevar a cabo la devolución cuando se trate de solicitantes de protección internacional (art. 23, apartado 6), de conformidad con ley de asilo⁴⁴⁵. Y, por otra parte, el artículo 35.5 de la LOEX requiere una serie de actuaciones y garantías para la repatriación de los menores extranjeros no acompañados, lo que impide que puedan ser devueltos siguiendo el procedimiento normal de devolución que tiene un carácter más expeditivo.

El artículo 35, apartado 5, de la LOEX establece que la administración del estado deberá solicitar un informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión. Además, deberá oír al menor “si tiene suficiente juicio” y, previa obtención de un informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, decidirá si retornar o no al o a la menor. De acuerdo con el interés superior del menor, este retorno se efectuará “bien por reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos”, de acuerdo con las exigencias del art. 10, apartado 2, de la Directiva de retorno. También, en dos sentencias de 2008 el Tribunal constitucional reconoció a unos menores marroquíes el derecho a oponerse judicialmente a su repatriación, al tener “capacidad y madurez suficiente” para impugnar ante la justicia española decisiones que perjudiquen sus intereses⁴⁴⁶.

Por último, en cumplimiento del Derecho europeo, el artículo 59 bis de la LOEX obliga a las autoridades a detectar posibles indicios de trata y a ofrecer inmediatamente a las posibles víctimas un “periodo de restablecimiento y reflexión” de al menos 90 días prorrogables durante el cual no podrán ser devueltas y tendrán que ser protegidas y derivadas a los servicios especializados de atención a las personas víctimas de trata. Asimismo, podrán solicitar asilo si están en riesgo de sufrir algunas de las formas de

⁴⁴⁵ La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en el artículo 19.1 estipula: “Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida.”

⁴⁴⁶ STC 184/2008, de 22 de diciembre, Sala primera, Recurso de amparo 3321-2007; y STC 183/2008, de 22 de diciembre, Sala primera, Recurso de amparo 3319-2007.

persecución típicas de la trata, y una vez finalizado el período de restablecimiento y reflexión, podrán solicitar una autorización de residencia por motivos personales o para cooperar con la investigación del delito. Considerando la especial vulnerabilidad de los menores no acompañados frente a la trata, y especialmente de las menores en relación con la explotación sexual, es especialmente importante tomar en cuenta que la existencia de indicios de trata constituye un claro obstáculo para su devolución y un motivo añadido para ofrecerles una protección y asistencia que responda a sus necesidades específicas.

3.5.2.2. La práctica española

En sus últimas observaciones finales sobre España, el Comité de los Derechos del Niño expresa su preocupación en relación con la práctica de la devolución automática y sin las garantías necesarias de los niños y niñas que buscan protección internacional en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla⁴⁴⁷, e insta a las autoridades españolas a poner fin a esta práctica y a asegurar en todo su territorio la protección jurídica efectiva de los niños y niñas no acompañadas⁴⁴⁸.

Dado el contexto de Melilla, en el que se van repitiendo desde hace años unas devoluciones que han recibido un muy criticado amparo legal en la Ley de seguridad ciudadana, no sorprende que el primer dictamen del Comité sobre la devolución en caliente de un menor trate de hechos que se han producido en la valla de Melilla. En el caso *D.D. c. España*⁴⁴⁹, el Comité establece que las autoridades españolas detuvieron, esposaron y entregaron a un menor migrante no acompañado y lo expulsaron sumariamente a Marruecos sin el debido procedimiento para identificarlo y apreciar su edad y otras circunstancias que hubieran podido poner de manifiesto un riesgo en caso de devolución. En efecto, después de permanecer varias horas en la cima de la valla sin alimentos ni agua, viendo como otros compañeros eran sumariamente devueltos, D.D. tuvo finalmente que

⁴⁴⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de España*, cit., párr. 44.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, pár. 45.

⁴⁴⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *D.D. c. España*, cit.

bajar y fue inmediatamente detenido por agentes de la Guardia Civil que le esposaron y le entregaron seguidamente a las fuerzas de seguridad marroquíes. D.D. fue devuelto sin que se le proporcionara ninguna posibilidad de explicar sus circunstancias personales y necesidades de protección, sin que se le hiciera una sola pregunta sobre su edad o nombre y sin poder contactar con ningún abogado, traductor o trabajador social. Fue en estas circunstancias que D.D. fue devuelto al lugar donde había sufrido reiterados malos tratos a manos de las fuerzas marroquíes.

En *D.D. c. España*, el Comité concluye que la ley y la práctica española vulneran los artículos 3, 20 y 37 de la Convención de los Derechos del Niño. En primer lugar, el Comité considera que al llevar a cabo una devolución sumaria, el Estado español vulneró la obligación de proveer protección y asistencia especiales a niños no acompañados, prevista en el artículo 20 de la Convención. En este contexto, aclaró que esta obligación se aplica “incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional”⁴⁵⁰ y que incluye su deber de “identificar a los menores en situación de no acompañados lo antes posible, particularmente en la frontera”⁴⁵¹.

A continuación, establece la necesidad de que se cumpla la misma condición a la que se ha referido el TJUE en el caso relativo al intento de los Países Bajos de devolver a un niño maliense y que obstó a su devolución: el deber de conducir un proceso de evaluación inicial de la situación del menor, previo a cualquier traslado o devolución. A este respecto, el Comité indica que, conforme a lo que estableció en su Observación general núm. 6, esta evaluación debe comprender las siguientes etapas: a) la determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado de la persona en cuestión y, en caso de incertidumbre, que se otorgue al individuo el beneficio de la duda; b) la identificación del menor tras una entrevista inicial, y c) el entendimiento de la situación concreta del menor y la evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad si los hubiere⁴⁵². Por todo ello, concluye que no haber sometido al menor, en su condición de niño no

⁴⁵⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, párr. 12.

⁴⁵¹ *Ibid.*, párr. 13.

⁴⁵² *Ibid.*, párr. 31, citado en el párrafo 14.3 del Dictamen *D.D. c. España*.

acompañado, a un proceso de identificación y evaluación de su situación previo a su deportación, y no haberle dado la oportunidad de presentar objeciones a la decisión tomada en relación con su eventual deportación, viola sus derechos contemplados en los artículos 3 y 20 de la Convención⁴⁵³.

A continuación, el Comité establece la responsabilidad de España por haber infringido el artículo 37 de la Convención que obliga al Estado parte a no trasladar a un menor a un país donde haya motivos racionales para pensar que existe un peligro de ser sometido a tortura o a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁵⁴ o, tal y como lo ha establecido el Comité, “un peligro real de daño irreparable para el menor”⁴⁵⁵. Por consiguiente, el artículo 37 de la Convención y el principio de no devolución conllevan la obligación del Estado de:

“realizar una evaluación previa sobre la existencia de un riesgo de daño irreparable para el menor y de violaciones graves de sus derechos en el país al que será trasladado o devuelto, tomando en consideración el interés superior del niño”⁴⁵⁶.

En este caso concreto, el Comité constata que, considerando también la situación de violencia contra los migrantes en la zona de frontera de Melilla y del maltrato al que fue sometido D.D., el hecho de que el Estado español no identificó al autor, no escuchó sus circunstancias personales y no condujo una evaluación previa sobre la existencia de un riesgo de persecución y/o daño irreparable antes de devolverlo constituye una violación de los artículos 3 (interés superior del menor) y 37 (a) (prohibición de la tortura y malos tratos) de la Convención⁴⁵⁷.

Finalmente, el Comité se detiene en la forma en que se llevó a cabo el retorno. En efecto, pese a ser un menor no acompañado privado de su

⁴⁵³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *D.D. c. España*, cit., párr. 14.7.

⁴⁵⁴ Artículo 37, apartado a).

⁴⁵⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6 (2005)*, cit., párr. 27 y *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares* y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, cit., párr. 46.

⁴⁵⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *D.D. c. España*, cit., párr. 14.4.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, párr. 14.5 y 14.6.

entorno familiar en el contexto de la migración internacional, D.D. fue detenido, esposado y devuelto sin ser escuchado, sin asistencia jurídica, sin servicios de traducción y sin tener en cuenta sus necesidades, lo que constituye un trato prohibido por el artículo 37, apartado 1⁴⁵⁸.

Esta decisión es la primera del Comité de los derechos del niño relativa a la devolución en frontera de un menor no acompañado, pero no es la primera del sistema de Comités de la ONU. Denuncias relativas a hechos similares han sido presentadas ante el Comité de derechos humanos con anterioridad, cuando el sistema de denuncias ante el Comité de los derechos del niño no estaba todavía en vigor. En este contexto, señalamos que la posición adoptada por el Comité en el caso D.D. va en la misma línea de la que ya adoptó el Comité de derechos humanos en 2011 en *X.H.L. c. Países Bajos*⁴⁵⁹, en la que estableció que la decisión de las autoridades holandesas de devolver a un menor no acompañado chino a su país de origen sin realizar un examen minucioso del posible trato que este podría recibir al ser retornado sin familiares identificados ni inscripción confirmada en China, el Estado parte no consideró su interés superior como menor y no le proporcionó las medidas de protección necesarias debido a su condición de menor. Por consiguiente, vulneró tanto su deber de protección (artículo 24 del PIDCP) como la prohibición de la tortura y malos tratos (artículo 7 del PIDCP)⁴⁶⁰.

Volviendo al caso de D.D. relativo a España, el Comité establece que, como medida de carácter individual, el Estado debe proporcionar al menor una reparación adecuada, que incluya una indemnización financiera y rehabilitación por el daño sufrido. Mientras que en relación con las medidas de carácter general, pide a España que, para cumplir con su obligación de garantizar la no repetición de estas vulneraciones de derechos en el futuro, modifique su legislación, en particular la disposición adicional décima de la Ley Orgánica núm. 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana, de 1 de abril de 2015, que introdujo en la Ley de extranjería la disposición adicional décima bajo la rúbrica “Régimen especial de Ceuta y

⁴⁵⁸ Ibid., párr. 14.8.

⁴⁵⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *X.H.L. c. Países Bajos*, 22 de julio de 2011, CCPR/C/102/D/1564/2007.

⁴⁶⁰ Ibid., párr. 10, apartado 3, y 11.

Melilla”, la cual “autorizaría la práctica indiscriminada del Estado parte de deportaciones automáticas en su frontera”⁴⁶¹. Como es sabido, los intentos de modificar esta ley han quedado frustrados al principio del año 2023, entre otros aspectos por la falta de consenso en relación con la eliminación de la disposición relativa a las devoluciones en caliente.

Más recientemente, en octubre de 2024, el gobierno se ha comprometido a presentar en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la nueva ley de seguridad ciudadana -que está en tramitación en el Congreso de los Diputados- una reforma de Ley de Extranjería que permita poner fin a las devoluciones en caliente. Concretamente, se ha comprometido a introducir una nueva disposición que deberá asegurar que las solicitudes de asilo se tramitarán de acuerdo con la normativa de derechos humanos y protección internacional, garantizando el acceso al procedimiento y la evaluación de las solicitudes de protección internacional previamente al proceso de posible expulsión⁴⁶².

Este importante dictamen es actualmente el único adoptado por el Comité en el que establece la responsabilidad de un Estado por haber devuelto a un menor en violación de la Convención. Sin embargo, queda patente que, en los demás asuntos dictaminados por el Comité en relación con España, los menores extranjeros no acompañados han sido expuestos al riesgo y a la consiguiente angustia de una devolución inminente y que su devolución ha podido ser evitada *in extremis* solo gracias a la tenacidad de sus abogados o de las ONGs que les detectaron y ayudaron cuando la gran mayoría de ellos ya se encontraban en los CIEs en espera de expulsión. Esto ha ocurrido en todos los casos a los que nos hemos referido en los apartados anteriores puesto que, pese a declarar ser menores de edad y solicitar protección internacional, estos menores fueron tratados como adultos y les fue incoada un orden devolución⁴⁶³. Así lo ha verbalizado el

⁴⁶¹ *D.D. c. España*, cit., párr. 15.

⁴⁶² EFE, “El Congreso debate de nuevo la reforma de la ley mordaza”, 29 de octubre de 2024, disponible en: <https://efe.com/espana/2024-10-29/ley-mordaza-debate-congreso-ley-seguridad-ciudadana/>; y ORTIZ, A., “El Gobierno pacta con EH Bildu una reforma de la ley mordaza que prohíbe las pelotas de goma y las devoluciones en caliente”, *Eldiario.es*, disponible en https://www.eldiario.es/politica/eh-bildu-anuncia-acuerdo-gobierno-derogacion-ley-mordaza_1_11702862.html.

⁴⁶³ Véase, por ejemplo, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.K. c. España*, *A.L. c. España* o *M.B. c. España*, cit.

Comité, que estableció que el hecho de que no se les asignara tutor para poder solicitar asilo en tanto que menores de edad les privó de la especial protección que deben tener los menores extranjeros no acompañados solicitantes de asilo y les “expuso a un riesgo de daño irreparable en caso de devolución a su país de origen en violación de los artículos 20, apartado 1, y 22 de la Convención sobre los derechos del niño”⁴⁶⁴.

Sin duda, estos casos ponen de manifiesto como el conjunto de la normativa nacional e internacional dirigida a proteger a los menores no acompañados de los abusos y de las persecuciones que sufren en otros países, ofreciéndoles protección en nuestro territorio cuando así lo requieran, a menudo no se aplica en la práctica y que se están produciendo devoluciones de menores no acompañados que generan gravísimas situaciones de desprotección. Lamentablemente, desde el caso D.D. y desde que, el año anterior, el Comité ya expresara su preocupación por las devoluciones de menores instando a las autoridades a tomar medidas eficaces al respecto en sus Observaciones finales sobre España⁴⁶⁵, la situación no parece haber mejorado sustancialmente. Años después, estas devoluciones de menores continúan produciéndose. En agosto de 2021, el Defensor del Pueblo denunció que se estaban produciendo devoluciones a Marruecos, a través del puesto fronterizo del Tarajal, de menores extranjeros no acompañados que se encontraban bajo la guarda de la Ciudad Autónoma de Ceuta⁴⁶⁶. De hecho, el Defensor lleva años denunciando estas devoluciones de menores en sus informes anuales. Asimismo, en diciembre de 2022, la Fiscalía de Ceuta ha solicitado 12 años de inhabilitación para la exdelegada del Gobierno y la vicepresidenta de la ciudad autónoma de Ceuta por la devolución de los 55 menores marroquíes a Marruecos en agosto de 2021 a sabiendas de que estaban incumpliendo la legislación⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *R.K. c. España*, cit., párr. 9.12.

⁴⁶⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de España*, CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018, párr. 44 y 45.

⁴⁶⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Devolución sin procedimiento de menores extranjeros no acompañados en Ceuta*, 13 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/devolucion-sin-procedimiento-de-menores-extranjeros-no-acompanados-en-ceuta/>

⁴⁶⁷ MARTÍN, M. “La Fiscalía pide 12 años de inhabilitación para la exdelegada del Gobierno y la vicepresidenta de Ceuta por la devolución de 55 menores

En 2024, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha confirmado que la devolución de estos menores marroquíes desde Ceuta a Marruecos llevada a cabo por las autoridades españolas en 2021 fue ilegal por la “absoluta inobservancia” de lo previsto en la Ley de Extranjería. En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ya había dictaminado que España no siguió los procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento de Extranjería en el retorno de los menores, es decir, abrir un procedimiento administrativo individual a cada afectado, recabar información sobre él, celebrar una audiencia con el menor si tiene madurez y reclamar la intervención de la Fiscalía. El Tribunal Supremo luego confirmó que nada de eso se respetó y que la mencionada devolución a Marruecos constituyó una vulneración de los derechos y la integridad física y moral de estos menores⁴⁶⁸.

En este contexto, es importante que la jurisprudencia internacional adopte una postura clara y contundente al respecto y que más denuncias puedan llegar a estos órganos, para que situaciones tan graves queden más visibilizadas y sean condenadas de forma muy clara. Sin embargo, la situación actual manifiesta una falta de unanimidad en los posicionamientos de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos de carácter judicial o cuasi-judicial. En realidad, la mayoría de las sentencias van claramente en el sentido de la decisión del Comité de los derechos del niño. Así lo hace el TJUE en la sentencia *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* que, como se ha mencionado, adopta una posición del todo coherente con la del Comité, exigiendo una revisión individualizada de la situación del o de la menor y una valoración específica de su interés superior.

marroquíes”, *El País*, 22 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://elpais.com/espana/2022-12-22/la-fiscalia-pide-12-anos-de-inhabilitacion-para-la-delegada-del-gobierno-y-la-vicepresidenta-de-ceuta-por-la-devolucion-de-55-menores-marroquies.html>

⁴⁶⁸ STS 114/2024, del 22 de enero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:114. Para un resumen, véase COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL, “El Tribunal Supremo confirma que la devolución de menores desde Ceuta a Marruecos en agosto de 2021 fue ilegal al no seguir el procedimiento previsto en la Ley de Extranjería”, 22 de enero de 2022, disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-que-la-devolucion-de-menores-desde-Ceuta-a-Marruecos-en-agosto-de-2021-fue-ilegal-al-no-seguir-el-procedimiento-previsto-en-la-Ley-de-Extranjeria>

En el mismo sentido va la decisión del TEDH en el caso *Moustahi c. Francia*⁴⁶⁹, en la que el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado específicamente sobre la devolución de menores no acompañados. Este caso se refiere a dos niños de Comoras, de cinco y tres años en el momento de los hechos, que entraron ilegalmente en territorio francés en Mayotte. Los dos niños fueron colocados en detención administrativa junto con adultos y asociados arbitrariamente con uno de estos adultos allí detenidos, M.A., únicamente a efectos administrativos y pese a no tener ninguna relación con él. A continuación, fueron devueltos rápidamente a las Comoras sin un examen minucioso e individual de su situación. Además, las autoridades francesas se opusieron a confiar los niños a su padre en lugar de ponerlos solos en detención administrativa, a pesar de la presencia del padre en la isla.

El Tribunal sostuvo que se había violado el artículo 3 del CEDH relativo a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes con respecto a ambos niños debido no solo a las condiciones de su detención sino también a las condiciones de su expulsión a las Comoras. El Tribunal consideró que los menores no acompañados habían sido arbitrariamente asociados con uno de los migrantes presentes en el barco, ya que nada permitía suponer que los niños y el adulto M.A. tuvieran vínculos previos entre sí. Las autoridades francesas no tomaron ninguna medida para comprobar la veracidad de este hecho a pesar de que tenían apellidos diferentes, y los informes no mencionan la naturaleza de esos vínculos ni ninguna pregunta que se le haya podido hacer al respecto. Además, esa asociación no se reconsideró cuando su padre acudió a la comisaría con los certificados de nacimiento de los niños. El Tribunal se refiere también a las observaciones de los terceros intervinientes según los cuales existe en Mayotte una práctica que consiste en vincular arbitrariamente a menores con adultos desconocidos para permitir su detención y su posterior devolución a las Comoras, destacando también que, salvo una excepción, ninguno de los cuarenta y tres niños que fueron devueltos aquel mismo día y en el mismo barco que los dos niños demandantes tenía el mismo apellido que el adulto al que estaban “asociados”⁴⁷⁰.

Por lo tanto, el Tribunal concluye que esta decisión administrativa no tuvo por objeto preservar el interés superior de los niños, sino más bien

⁴⁶⁹ TEDH, *Moustahi c. Francia*, asunto n. 9347/14, sentencia del 25 de junio de 2020.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, párr. 58-63.

garantizar su rápida expulsión a las Comoras por las autoridades francesas⁴⁷¹. Considerando estas circunstancias y el hecho de que no se les otorgó la garantía de un examen razonable y objetivo de su situación particular, el tribunal concluye que la devolución constituye una violación del artículo 4 del Protocolo n. 4 del Convenio⁴⁷². También, establece una violación del artículo 13 relativo al derecho a un recurso efectivo en relación con el artículo 4 del protocolo n. 4 en lo que respecta a la falta de recursos efectivos contra la expulsión⁴⁷³.

El TEDH considera también que, dadas las condiciones en las que se desarrolló la devolución, la decisión de devolverles constituye una violación del artículo 3 relativo a la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes⁴⁷⁴. En efecto, las autoridades francesas no tomaron ninguna medida para ponerse en contacto con los familiares de los niños en las Comoras ni con las autoridades de este Estado, por lo que los niños viajaron sin referente adulto y llegaron a su destino en barco de noche, sin que nadie los esperara, lo que constituye una vulneración de las obligaciones positivas del Estado y “necesariamente les provocó un sentimiento de extrema angustia y constituyó una flagrante falta de humanidad hacia ellos, habida cuenta de su edad y de su situación de menores no acompañados, de modo que alcanzó el umbral necesario para ser calificado de trato inhumano”⁴⁷⁵.

El tribunal había llegado a una conclusión similar en un asunto anterior, el primero relativo a la devolución de una persona menor no acompañada, en el que declaró a Bélgica responsable de una violación tanto del artículo 8 como del artículo 3 del CEDH en relación con la devolución a la República Democrática del Congo de una niña no acompañada de solo cinco años⁴⁷⁶. En primer lugar, el Tribunal observó que, lejos de facilitar la reunión con su madre, las autoridades belgas actuaron de forma que la misma se hubiera entorpecido, puesto que habían sido informadas desde el principio de que la madre de la niña se encontraba en Canadá, pero no

⁴⁷¹ Ibid., párr. 64.

⁴⁷² Ibid., párr. 133-137.

⁴⁷³ Ibid., párr. 164.

⁴⁷⁴ Ibid., párrs. 61 y 68-70.

⁴⁷⁵ Ibid., párr. 69.

⁴⁷⁶ TEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Bélgica*, 12 de octubre de 2006.

realizaron las averiguaciones necesarias ante las autoridades canadienses para aclarar la situación y lograr una pronta reunión entre madre e hija. Puesto que la niña era una menor extranjera no acompañada, Bélgica tenía la obligación de facilitar la reunificación familiar. Por tanto, el Tribunal concluyó que las autoridades belgas violaron el artículo 8 del Convenio en lo que respecta a la niña y a su madre al haberse producido una injerencia desproporcionada en el derecho de ambas al respeto de su vida familiar, provocada por la deportación de la niña a su país de origen y a la no reunificación con su madre.

En cuanto a las condiciones materiales en las que se llevó a cabo la devolución de la menor no acompañada, el Tribunal concluyó que se había producido una violación del artículo 3 por la falta de preparación y la ausencia de medidas de control y de garantías relativas a la devolución. Las autoridades no tomaron medidas para garantizar que la niña fuera atendida adecuadamente antes y durante el vuelo o a su llegada, ni tuvieron en cuenta la situación real en la que probablemente se encontraría a su regreso. En efecto, la niña, de solo cinco años, viajó sola a la República Democrática del Congo, sin estar acompañada por un adulto que las autoridades hubieran encargado de cuidarla.

Las autoridades se contentaron de informar al tío de la niña, único familiar identificado in situ, de la llegada de su sobrina, pero sin asegurarse de su presencia ni solicitándosela expresamente, y no informaron a la madre de la deportación, de la que se enteró sólo después del hecho. Además, no consideraron la viabilidad de una solución alternativa para la acogida de la niña⁴⁷⁷. Su expulsión constituyó por tanto un trato inhumano contrario al artículo 3 del CEDH porque, de forma similar a lo que estableció en *Moustahi c. Francia*:

“La devolución de la segunda demandante [la niña], en tales condiciones, le provocó necesariamente un sentimiento de extrema angustia y demostró una flagrante falta de humanidad hacia su persona, habida cuenta de su edad y de su situación de menor no acompañada, de manera que esta alcance el umbral exigido para ser calificada como trato inhumano. Considera también que esta devolución constituye una violación de las obli-

⁴⁷⁷ Párr. 66-68.

gaciones positivas del Estado belga, que se abstuvo de tomar las medidas y precauciones necesarias”⁴⁷⁸.

También, es muy relevante que el Tribunal haya expandido el alcance de esta determinación proyectándola también hacia los progenitores. En efecto, el Tribunal establece que la angustia que debe haber probado la madre al enterarse que su hija de cinco años había sido deportada, encima sin acompañante, junto con el desprecio mostrado hacia ella en esta circunstancia, hacen que se haya alcanzado el umbral exigido para calificar el trato hacia la madre de inhumano y por tanto contrario al artículo 3 CEDH⁴⁷⁹.

Estos dos casos ejemplifican el claro rechazo del TEDH a la devolución de menores no acompañados si no se ha valorado primero su interés superior que pasa, en particular, por priorizar las posibilidades de reunificación familiar y, a continuación, por valorar otras soluciones alternativas a la devolución. Asimismo, si una vez hechas estas valoraciones las autoridades llegaran a la conclusión de que el retorno es en su interés, la falta de preparación del traslado y de obtención de garantías en términos de seguridad y acompañamiento adecuado en relación tanto con el traslado como con la acogida en el país de destino representan también otro obstáculo a la devolución. Por lo tanto, la serie de averiguaciones que deben realizar las autoridades responsables antes de poder realizar un traslado impiden terminantemente una devolución rápida en la frontera.

En este contexto, consideramos que la posición desarrollada por la Gran Sala del TEDH en la sentencia *N.D. y N.T. c. España* choca con esta línea argumental ya que, en la práctica, resulta irreconciliable tanto con el caso *D.D. c. España* del Comité de los derechos del niño como con la jurisprudencia del mismo TEDH sobre menores no acompañados. La introduc-

⁴⁷⁸ Párr. 69.

⁴⁷⁹ Párr. 70. En este sentido, véase SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., “Comentario sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006: caso *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 13, 2006, pp. 187-198. Para un análisis de esta sentencia, véase también SANJURJO RIVO, V. A., “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”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 491-507.

ción del doble test de la “conducta culpable” y de las “vías alternativas seguras y efectivas” resulta difícilmente aceptable cuando consideramos el caso de D.D. en el que los hechos son los mismos: unos migrantes que saltan la valla de Melilla y son inmediatamente detenidos y devueltos sumariamente a Marruecos. ¿Y si D.D. hubiese saltado la valla con N.D. y N.T., el TEDH se hubiera pronunciado en el mismo sentido, aceptando la devolución que, en las mismas circunstancias, el Comité ha condenado? ¿Si no se proporciona al migrante la posibilidad de identificarse y de explicar su situación, como puede el Estado saber que no se trata de un menor no acompañado como lo ha sido D.D.? La sentencia del TEDH relativa a Melilla sienta un precedente preocupante, sobre todo considerando que no existen “vías alternativas seguras y efectivas” para solicitar asilo en Melilla.

Dicho de otra forma, ¿se aplica este doble test también a los menores, y en particular a los no acompañados? ¿Se le podría exigir llegar a una frontera manteniendo un comportamiento “no culpable” y habiendo, además, valorado si existían “vías alternativas seguras y efectivas” para poder llegar? ¿Y si estas condiciones no se cumplieren, se podría devolver a un menor no acompañado sin más averiguaciones? Dada su falta de autonomía y su situación de extrema vulnerabilidad, parece claramente contraria a derecho la aplicación de este test a los menores no acompañados. Esto refuerza el conjunto de la jurisprudencia examinada relativa a la necesidad de examen detallado de la situación particular de cada menor y quita legitimidad a la interpretación de la Gran Sala del TEDH en el asunto N.D. y N.T., dado el grave impacto que tendría en la práctica la aplicación de esta doctrina a los menores no acompañados.

Para reforzar este argumento, y a modo de conclusión, señalamos que el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) expresa en su último informe anual su preocupación relativa al hecho de que en nueve de los treinta y dos países que han sido objeto de examen en el último año las autoridades pueden expulsar inmediatamente a los niños y niñas en situación de migración irregular sin prestarles ninguna asistencia. Entre estos países figura España, junto con Hungría, Letonia, Lituania, Rumania, Eslovenia, Croacia y Polonia⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, Informe de actividades 2023, junio de 2024, p. 31.

4.

EJECUCIÓN DE LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE OTROS COMITÉS POR EL ESTADO ESPAÑOL

Algunos aspectos de la legislación española sobre el trato a los menores extranjeros no acompañados y, especialmente, la forma en que dicho marco normativo se aplica en la práctica, constituyen un obstáculo para la efectiva protección de los derechos de estos menores, conforme a lo expuesto en los apartados anteriores. Los pronunciamientos de los órganos de las Naciones Unidas y de las instancias europeas que supervisan el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España en esta materia ofrecen orientaciones particularmente valiosas para corregir tanto las deficiencias normativas como las prácticas administrativas contrarias al Derecho internacional.

Por ello, resulta especialmente relevante analizar la importancia que España atribuye a dichos pronunciamientos y, en este contexto, examinar los mecanismos que nuestro ordenamiento ha previsto para garantizar su seguimiento y adecuada incorporación. Mientras las sentencias de los tribunales europeos disponen de vías mucho más consolidadas para su ejecución, reflejo de su indiscutida obligatoriedad, el seguimiento de los dictámenes emitidos por los Comités de derechos humanos de Naciones Unidas presenta una problemática mucho más compleja. Los debates relativos al valor de estos pronunciamientos y la falta de cauces establecidos para su seguimiento tienen efectos muy perjudiciales en la implementación de los mismos, con

consecuencias en la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales como la Convención sobre los derechos del niño. Dada la relevancia de esta cuestión para la protección de los menores extranjeros no acompañados —tanto en términos generales como, en particular, para aquellos que han presentado comunicaciones ante el Comité—, a continuación la analizaremos desde diversas perspectivas. En especial, se aportará claridad sobre el valor que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a dichos dictámenes y sobre los mecanismos previstos para su seguimiento, formulando asimismo algunas sugerencias de mejora en este ámbito.

4.1. Valor de los dictámenes de los Comités de derechos humanos de la ONU en el ordenamiento nacional

4.1.1. Introducción

El desarrollo que el Derecho internacional de los derechos humanos ha experimentado a raíz de la adopción de la Declaración universal de derechos humanos permite afirmar que nos encontramos ante un verdadero “sistema de protección de derechos humanos”.⁴⁸¹ Se trataría de un conjunto normativo que se puede identificar como un subsistema jurídico con características propias, que lo distinguen de las demás ramas del Derecho internacional público, entre las que destacan su alejamiento del principio de reciprocidad, su carácter objetivo, su configuración como obligaciones de los Estados hacia los individuos en su jurisdicción y su pretensión transformadora de los sistemas domésticos, elementos que apuntan a la naturaleza constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁸².

Sin embargo, la aceptación del impacto que tienen este nuevo sistema en los ordenamientos interno en términos de limitación del poder estatal

⁴⁸¹ CARDONA, J., “Hacia la configuración de un «sistema» de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 2015, pp. 135-172.

⁴⁸² CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema español”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 47, 2022, pp. 1-35, p. 3.

varía según la visión que se tenga del Derecho internacional y su función. Mientras que las aproximaciones constitucionalistas apoyan y promueven una mayor integración del Derecho internacional de los derechos humanos entendido como sistema en los ordenamientos internos⁴⁸³, las soberanistas lo rechazan⁴⁸⁴. Sin duda, un elemento fundamental que está en juego en esta controversia es quién debe tener la última palabra en la interpretación de los derechos fundamentales⁴⁸⁵. Mientras que en el plano europeo los Estados han otorgado esta prerrogativa al Tribunal europeo de derechos humanos, sometiendo a sus Altos Tribunales a su jurisprudencia, lo mismo no ha pasado en el plano universal, donde la gran mayoría de los Estados no están dispuestos a dar este paso.

Esta cuestión no tiene un carácter residual o puramente doctrinal, puesto que son cada vez más los ciudadanos que acuden al sistema de comunicaciones individuales ante los Comité de las Naciones Unidas una vez agotados todos los recursos judiciales internos. En 2023, los Comités con mandato para examinar quejas de particulares recibieron 408 nuevas comunicaciones individuales: esto representa el mayor número de nuevos casos registrados en un año desde 2014⁴⁸⁶. Las comunicaciones recibidas

⁴⁸³ Entre los mayores exponentes de esta aproximación, figuran PETERS, A., “Are we Moving towards Constitutionalization of the World Community?” in CASSESE, A. (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, 118-135; CASSESE, A., “A Plea for a Global Community grounded in a Core of Human Rights” in CASSESE, A. (ed.), *Ibid.*, 136-143; KLABBERS, J., PETERS, A. y G. ULFSTEIN (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2009; CANÇADO TRINDADE, A., *The Construction of a Humanized International Law, A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Brill Nijhoff Ed., Leiden/Boston 2014; GARDBAUM, S., “Human Rights as International Constitutional Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19(4), 2008, pp. 749-768; MERON, T., *The Humanization of International Law*, Brill Nijhoff Publishers, 2006.

⁴⁸⁴ Véase, por ejemplo, POSNER, E.A., *The perils of global legalism*, University of Chicago Press, 2011; y RUBENFELD, J., “Unilateralism and Constitutionalism”, *New York University Law Review*, vol. 79, n°6, 2004, pp. 1971-1986.

⁴⁸⁵ CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes ...”, cit., p. 9; y CARDONA, J., “Hacia la configuración de un «sistema» de protección ...”, cit., pp. 162-163.

⁴⁸⁶ NACIONES UNIDAS, “Estado del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos”, Informe del Secretario General, 4 de septiembre de 2024, A/79/336, p. 25.

en el período 2022-2023 representan un aumento del 9,38% respecto del bienio anterior y las decisiones finales adoptadas por estos Comités han ido también en aumento⁴⁸⁷, lo que demuestra la creciente relevancia de estos mecanismos para los particulares que buscan obtener una reparación en relación con la vulneración de sus derechos fundamentales.

En España, el debate sobre esta cuestión dista mucho de estar cerrado, tanto en el plano doctrinal como, especialmente, en el ámbito jurisprudencial. Hasta 2018, la jurisprudencia española sostuvo de forma constante y reiterada que los dictámenes emitidos por los Comités de las Naciones Unidas carecían de carácter vinculante y tenían un valor meramente recomendatorio, subrayando la diferencia entre estos dictámenes y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mientras que estas últimas provienen de un órgano con funciones estrictamente jurisdiccionales, conforme a lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los Comités son órganos de naturaleza distinta.

En este contexto, resulta relevante abordar varias cuestiones. En primer lugar, a partir de 2018 se ha roto el consenso jurisprudencial previo, abriéndose un espacio para el reconocimiento de un cierto valor obligatorio de los dictámenes, tal y como se desprende de algunas sentencias que se analizarán más adelante. En segundo lugar, el hecho de que los Comités no sean órganos jurisdiccionales no cierra el debate sobre la eventual obligatoriedad de sus dictámenes ni sobre la conveniencia de que, pese a su naturaleza *sui generis*, los Estados establezcan mecanismos que garanticen el despliegue de sus efectos en el ordenamiento interno.

4.1.2. Los argumentos de los propios Comité y de la doctrina

Ninguno de los convenios de derechos humanos que establecen la competencia de los Comités para recibir quejas de particulares se refieren a la atribución de funciones jurisdiccionales, sino que les otorgan competencia para examinar comunicaciones remitidas por particulares y emitir dictámenes en los que establecen si en el caso concreto el Estado es res-

⁴⁸⁷ Ibid, párr. 25 y 27.

ponsable de una violación de las obligaciones que tiene en virtud del convenio correspondiente.

En efecto, estos textos convencionales no hacen referencia alguna a la naturaleza jurisdiccional del órgano ni a la naturaleza de las decisiones que este adopta una vez concluido el procedimiento de examen de la comunicación. Se limitan a mencionar la adopción de decisiones o dictámenes en los que el Comité identifica las obligaciones internacionales que han sido vulneradas y señala las medidas que, a su juicio, el Estado debe adoptar para garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones. Estas medidas suelen ser tanto de carácter particular —en forma de reparación para el autor de la comunicación— como de carácter general, orientadas a prevenir la repetición de tales violaciones en el futuro.

En relación con el Comité de derechos humanos, por ejemplo, el primer protocolo al Pacto sobre derechos civiles y políticos se refiere a las “observaciones” que el Comité presentará al Estado Parte interesado y a la persona autora de la comunicación. Nada se dice respecto de la naturaleza de estas observaciones. En lo que respecta al Comité de los Derechos del Niño, al tratarse de un protocolo más reciente, establece con mayor detalle el procedimiento a seguir. Destaca, por una parte, que se trata de un proceso que garantiza el principio de contradicción, permitiendo a ambas partes responder a las alegaciones presentadas por la otra. Y, por otra parte, que el Comité adoptará un “dictamen” sobre la comunicación, que hará llegar a las partes junto con sus eventuales “recomendaciones”⁴⁸⁸. Finalmente, resulta de especial relevancia la mención de que, para dar seguimiento al dictamen, el Estado “dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus eventuales recomendaciones” y que contestará por escrito al Comité en un plazo de seis meses informándole acerca de las medidas que haya adoptado o vaya a adoptar en relación con el dictamen y las recomendaciones del Comité⁴⁸⁹.

En este contexto, ¿qué argumentos pueden esgrimirse para sustentar el carácter no ya jurisprudencial, pero sí obligatorio de los dictámenes de

⁴⁸⁸ Protocolo adicional a la Convención sobre los derechos del niño (2011), artículo 10, párr. 5.

⁴⁸⁹ Ibid., artículo 11, párr. 1.

los Comités, es decir la obligación de los Estados de implementar las medidas correctivas que los Comités dictaminan para reparar al autor de la comunicación y para modificar elementos estructurales de carácter legislativo o administrativo que permitan prevenir la repetición de estas vulneraciones de derechos en el futuro?

Uno de los principales argumentos se refiere al carácter voluntario del procedimiento de comunicaciones individuales. Al contrario del procedimiento de examen periódico de informes estatales que requiere únicamente de la ratificación del convenio de derechos humanos correspondiente, el procedimiento de comunicaciones individuales solo es aplicable a un Estado cuando se cumpla una condición adicional: que este Estado lo acepte expresamente, a través de una declaración ad hoc o de la ratificación de un Protocolo adicional. Por lo tanto, la competencia para adoptar estos dictámenes requiere de un doble compromiso adquirido voluntariamente por el Estado, que además de aceptar formar parte del convenio, acepta también someterse a este procedimiento de quejas de particulares ante el Comité correspondiente.

Por tanto, los Estados pueden limitarse a ratificar un convenio de derechos humanos y a someterse al mecanismo de examen periódico que este establece, sin más. Como ha señalado el Prof. Fernández de Casadevante Romani, la ratificación de este segundo instrumento internacional —en este caso, el Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño— constituye una manifestación clara y voluntaria de la decisión del Estado de someterse a dicho procedimiento. En este sentido, carecería de lógica que, una vez aceptado, el mismo Estado alegara no reconocer los efectos jurídicos de la decisión adoptada al final de este proceso⁴⁹⁰.

Si es innegable que no nos encontramos ante órganos jurisdiccionales —entre otras razones porque las personas que lo confirman no son jueces sino expertos en derechos humanos— el hecho de que no sean decisiones

⁴⁹⁰ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., “La obligación de los Estados de reconocer y aceptar los efectos jurídicos de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, 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, 2020, p. 239.

judiciales *per se* no significa que carezcan de efectos jurídicos. Se trata por lo tanto de averiguar qué efectos jurídicos producen estos dictámenes. En este contexto, es pertinente examinar lo que afirman los Comités en relación con la naturaleza de sus propios dictámenes.

En su Observación general número 33 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁹¹, el Comité señala que, aunque su función desempeñada al examinar las comunicaciones individuales no es, en sí misma, la de un órgano judicial:

los dictámenes emitidos por el Comité de conformidad con el Protocolo Facultativo presentan algunas de las principales características de una decisión judicial. Se emiten con espíritu judicial, concepto que incluye la imparcialidad y la independencia de los miembros del Comité, la ponderada interpretación del lenguaje del Pacto y el carácter determinante de las decisiones⁴⁹².

El Comité indica que en estos dictámenes se exponen sus constataciones sobre las violaciones alegadas por el autor y, si se ha producido una violación, se señala como repararla, y añade que estos dictámenes “representan un pronunciamiento autorizado de un órgano establecido en virtud del propio Pacto y encargado de la interpretación de ese instrumento” y que “la importancia de esos dictámenes dimanar de la función integral que incumbe al Comité con arreglo al Pacto y al Protocolo Facultativo”⁴⁹³. Además, cabe señalar que, a partir de 2010 y en el marco del examen de los informes periódicos, el Comité de derechos humanos solicita a los Estados información sobre los mecanismos nacionales legislativos o institucionales que han establecido para asegurar el cumplimiento de las recomendaciones del Comité contenidas tanto en sus observaciones finales como en los dictámenes que adopta en el marco del procedimiento de comunicaciones individuales⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general núm. 33 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos*, 25 de junio de 2009, CCPR/C/GC/33.

⁴⁹² *Ibid.*, párr. 11.

⁴⁹³ *Ibid.*, párr. 13.

⁴⁹⁴ VILLÁN DURÁN, C., El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos,

A los argumentos ya expuestos se suma otro especialmente relevante, señalado por el Comité, basado en la obligación de actuar de buena fe⁴⁹⁵. La obligación de los Estados de cumplir con los dictámenes del Comité resultaría de la aplicación del principio de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones convencionales, tanto cuando participan en el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo —como se ha indicado, al ratificarlo el Estado parte ha aceptado someterse a este procedimiento y ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto— como en relación con el propio Pacto, puesto que

“en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación”⁴⁹⁶.

En efecto, la aplicación combinada de estas dos obligaciones, que han de cumplirse de buena fe, hace que si el Estado ha aceptado un mecanismo de denuncias al que pueden acudir los particulares una vez agotados los recursos internos, y si al mismo tiempo ha adquirido el compromiso de garantizarles un recurso efectivo cuando se comete una violación del convenio, resultaría incoherente que negara su obligación de reconocer efectos jurídicos al dictamen que constate dicha violación, emitido conforme al procedimiento establecido en el marco del convenio y que el propio Estado ha aceptado. Hacerlo equivaldría a reconocer su voluntad de persistir en la violación de sus obligaciones establecidas en el convenio, tanto en relación con el autor de la demanda como con la sociedad en su conjunto, negándose a adoptar las medidas correctivas necesarias para reparar el daño y prevenir la no repetición del ilícito.

Como ha señalado acertadamente el Prof. Lousada Arochena en relación con el caso de Ángela González Carreño contra España, cabe preguntarse por qué el Estado español acepta la competencia del Comité CEDAW

en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control ...*, cit., pp. 99-124, p. 116.

⁴⁹⁵ Artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁴⁹⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general núm. 33*, cit., párr. 14 y 15.

si, posteriormente, no tiene intención de cumplir con sus recomendaciones. Asimismo, ¿por qué el Estado español se esfuerza en defenderse frente a las comunicaciones presentadas ante este Comité si considera que sus decisiones no le vinculan?⁴⁹⁷ También, si se requiere el agotamiento de los recursos judiciales internos para acudir a los Comités de la ONU, resulta incoherente que, una vez agotados estos recursos, la decisión del Comité no tendrá ningún impacto en las decisiones adoptadas en el marco de los mismos y no podrá modificarlas de ninguna manera⁴⁹⁸.

Un sistema con estas características carecería de lógica y podría incluso considerarse una forma de engaño al particular que ha sido víctima de una vulneración de derechos humanos. Ello se debe a que se le permite acceder a un mecanismo aceptado por el Estado español para supervisar el cumplimiento de un tratado debidamente ratificado, y en el que dicho Estado participa activamente dentro de un procedimiento contradictorio, para luego negar toda validez e impacto a la decisión adoptada por el órgano encargado de resolver dicho procedimiento. En este contexto, aquellos que defienden a los demandantes en el marco de estos procedimientos recuerdan que el mismo Tribunal Supremo, en su famosa sentencia *González Carreño* de 2018, señala que el dictamen de estos Comités se adopta “en el seno de un procedimiento expresamente regulado, con garantías y con plena participación de España”⁴⁹⁹. Y que la realidad de los mismos es que, desde el principio hasta al final, el trabajo conlleva “intercambios constantes y transparentes” entre la parte denunciante y el Estado, bajo la supervisión del Comité “en el planteamiento de estar ante un proceso *cuasi-judicial* con las debidas garantías y plena participación de las partes”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Véase LOUSADA AROCHENA, J. F., “El Caso González Carreño contra España”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, vol. 37, 2015, pp. 6-15, p. 15.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ STS 1263/2018, de 17 de julio, FJ 7 3ª.

⁵⁰⁰ OLEA FERRERAS, S., “La confusa doctrina del Tribunal Supremo español sobre la aplicación de los Dictámenes de Comités de Tratados Internacionales de Derechos Humanos firmados por España”, en el Blog *Hay Derecho*, 3 de junio de 2020. Accesible en: <https://www.hayderecho.com/2020/06/03/la-confusa-doctrina-del-tribunal-supremo-espanol-sobre-la-aplicacion-de-los-dictamenes-de-comites-de-tratados-internacionales-de-derechos-humanos-firmados-por-espana/>.

Es en este mismo sentido que el Comité señala que, independientemente de que solo unos pocos Estados cuenten con disposiciones legislativas específicas para incorporar los dictámenes al ordenamiento jurídico interno, “los Estados parte han de utilizar todos los medios que estén a su alcance para dar efecto a los dictámenes del Comité”⁵⁰¹.

Otro planteamiento manejado por la doctrina se basa en la consideración de que, cuando los Comités se pronuncian sobre las comunicaciones individuales, están interpretando los Tratados cuya aplicación vigilan y que estamos ante una interpretación dotada de autoridad. Sería por lo tanto esta autoridad, derivada de la propia lógica de un sistema construido alrededor de unos mecanismos avanzados de supervisión y de denuncia, la que confiere, aunque indirectamente, un valor vinculante a los dictámenes de los Comités⁵⁰². En este contexto, puesto que el artículo 10.2 de la Constitución española establece que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España deben ser utilizados como elementos interpretativos de los derechos constitucionales, es innegable que esta norma cobra especial relevancia cuando el tratado crea Comités u órganos con competencias para emitir observaciones o dictámenes sobre quejas individuales relativas a la vulneración del tratado, y que si España ha aceptado formalmente la competencia de dichos Comités, sus decisiones deben considerarse como interpretaciones auténticas del tratado y, por tanto, vinculantes en la práctica⁵⁰³.

Esta posición ha sido también ratificada por el Comité de derechos humanos en su Observación general núm. 33⁵⁰⁴ y por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, que señala que “las decisiones

⁵⁰¹ Ibid., párr. 20.

⁵⁰² En este sentido, véase CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes ...”, cit., pp. 9-10; Y INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies, Report of the seventy first conference, cit., p. 43.

⁵⁰³ En este sentido, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10 (2), 2018, pp. 836-851.

⁵⁰⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general núm. 33*, cit., párr. 11, 13 y 14.

de los comités representan una interpretación autorizada de los respectivos tratados”⁵⁰⁵.

Finalmente, señalamos que la Abogacía general del Estado se ha posicionado en 2020 en el sentido de que los dictámenes no tienen fuerza jurídica vinculante. Sin embargo, ha reconocido al mismo tiempo que estos “tienen un valor interpretativo de los Tratados de Derechos Humanos y son un argumento de autoridad que debe de orientar la interpretación y aplicación de los tratados por parte de los Estados parte”. Asimismo, señala que los Estados parte han asumido la obligación internacional de actuar conforme a las reglas de la diligencia debida en la toma en consideración de las recomendaciones de los dictámenes y que incumplirían sus obligaciones internacionales si no dan la debida consideración a las recomendaciones y solicitudes de los distintos comités⁵⁰⁶. Consideramos que este segundo argumento es el más convincente, especialmente si se tiene en cuenta el deber de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado español al aceptar estos convenios internacionales de derechos humanos, así como los mecanismos de reclamación que establecen un proceso cuasi-judicial dotado de las debidas garantías y de la plena participación de ambas partes.

4.1.3. *La jurisprudencia*

Ahora bien, ¿han hecho los tribunales españoles oídos sordos a estos posicionamientos del Comité de derechos humanos y de una parte significativa de la doctrina? Tal y como se ha mencionado, hasta 2018 la jurisprudencia española reconocía de forma unánime el carácter no vinculante de estos dictámenes, lo que no significaba que no tuviesen relevancia alguna. Es cierto que, con cierta frecuencia, los tribunales hacían referencia a los mismos para interpretar determinadas obligaciones o argumentar ciertos

⁵⁰⁵ ACNUDH, *Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las naciones unidas*, Folleto informativo N.º 7/Rev.2, p. 11.

⁵⁰⁶ ABOGACÍA DEL ESTADO, *Circular 1/2020 de la Abogacía del Estado, traslado de nota sobre “La naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los comités encargados del seguimiento de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, 22 de octubre de 2020, pp. 1-2.

posicionamientos, pero siempre dejando claro su carácter no vinculante y la inexistencia de una obligación de aplicarlos.

En el caso, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Supremo de 2015 relativa al dictamen del Comité de derechos humanos en el caso Hachuel, en el que declaró que España vulneraba el PIDCP al no prever el derecho a la segunda instancia penal en su legislación⁵⁰⁷. Para obtener una reparación, Hachuel presentó una solicitud de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración, que fue desestimado, y luego por responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En la sentencia que desestima esta segunda demanda, el Tribunal Supremo reafirma que los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no tienen carácter vinculante, ya que Pacto no diseña un órgano jurisdiccional con facultades de carácter jurisdiccional. Por otra parte, indica que las recomendaciones del Comité deben ser tenidas en cuenta por los órganos nacionales, pero, si sus recomendaciones son de imposible cumplimiento —como en el supuesto concreto ya que se trataba de subsanar una omisión legislativa— el Pacto no diseña mecanismos para el cumplimiento o la ejecución necesaria de lo que dispone el Comité ni los Estados parte se comprometieron en este sentido. Finalmente, señala que el dictamen de un Comité no puede ser considerado un título para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, pues el dictamen se centra en una omisión del legislador que no puede ser subsanada.

En un sentido similar se pronunció el Tribunal Constitucional en 2002, también en relación con el derecho a la segunda instancia penal, declarando que “las observaciones que en forma de Dictamen emite el Comité, no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación autén-

⁵⁰⁷ El banquero Jacques Hachuel fue primero absuelto por la Audiencia Nacional y luego condenado en 2002 por el Tribunal Supremo a 4 años de prisión por apropiación indebida en el marco del caso Banesto (TS, sentencia del 29 de julio de 2002). Hachuel presentó una comunicación ante el Comité de derechos humanos en la que denunciaba que el ordenamiento español no le permitía ejercer su derecho a la segunda instancia penal, y en 2007 el Comité declaró que España vulneraba el Pacto internacional de derechos civiles y políticos al no garantizar este derecho en su legislación (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, dictamen del 25 de julio de 2007, relativo a la Comunicación n° 1381/2005, Informe A/62/40, vol. 1.).

tica del Pacto dado que, en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia”⁵⁰⁸.

No obstante, en 2018 el Tribunal Supremo rompe con esta tendencia en el caso de Ángela González Carreño, al pronunciarse sobre la aplicación del dictamen emitido en 2014 por el Comité CEDAW en relación con los trágicos hechos de violencia de género y violencia vicaria que dieron origen a la demanda. A partir de ese momento, se han dictado algunas sentencias especialmente relevantes que, aunque no reconozcan de forma unívoca carácter vinculante a los dictámenes de los Comités, sí afirman la obligación del Estado de darles cumplimiento y señalan las vías que deben considerarse adecuadas para que las personas afectadas puedan exigir dicho cumplimiento. A continuación, analizamos esta jurisprudencia.

4.1.3.1. La sentencia 1263/2018 del Tribunal Supremo en el caso Ángela González Carreño

Es su sentencia de 2018 relativa al caso Ángela González Carreño⁵⁰⁹, el Tribunal Supremo adopta por primera vez una posición alineada con la del Comité de derechos humanos sobre la cuestión de los efectos de los dictámenes de los Comités en el derecho interno. En este caso de violencia de género, que tuvo una amplia repercusión social y mediática también a raíz de la gravedad de los hechos —la hija menor de la demandante fue asesinada por su padre después de que el Estado autorizara el régimen de visitas sin vigilancia a pesar de la situación de alto riesgo denunciada por la madre en más de 30 ocasiones—, el Comité dictaminó que tanto la administración española como el poder judicial incumplieron su deber de debida diligencia a la hora de prevenir esta violencia y de proteger a la víctima que, entre otros aspectos, ni siquiera fue escuchada a pesar de los miedos que había manifestado a la madre.

Después de este importante dictamen, el primero en el que se determina en el plano internacional la responsabilidad de España por vulnerar sus obligaciones internacionales de prevención, protección, persecución y

⁵⁰⁸ STC 70/2002, de 3 de abril.

⁵⁰⁹ STS 1263/2018, de 17 de julio.

reparación en materia de la violencia de género, el Estado español declaró que no iba a acatar el dictamen y que no tenía la obligación de hacerlo, basándose en distintos argumentos formulados por el Consejo de Estado. El Gobierno razonó esta negativa alegando no solo el carácter no vinculante de los dictámenes, sino también la inexistencia en el derecho interno de mecanismos que permitieran aplicar los dictámenes de los Comités de la ONU⁵¹⁰.

Frente a la negativa del Estado de acatar el dictamen, la demandante presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia en la que solicitaba el cumplimiento del dictamen del Comité de la CEDAW. El asunto llegó hasta al Tribunal Supremo que, finalmente, aceptó su demanda y estableció que, en ausencia de un cauce específico en el ordenamiento español que permita dar cumplimiento a los dictámenes internacionales, el procedimiento judicial usado por ella, el de la responsabilidad patrimonial, había sido el adecuado para exigir este cumplimiento⁵¹¹.

En cuanto al valor jurídico de los dictámenes de los Comité, el Tribunal Supremo establece por primera vez el carácter vinculante de los mismos para el Estado español, en los términos siguientes:

“aunque ni La Convención ni El Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció La Convención y El Protocolo pues el artículo 24 de La Convención dispone que “los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención”. A tal efecto deberán tomarse también en consideración las previsiones del artículo 7.4 del Protocolo Facultativo sobre que “El Estado Parte dará la debida consideración a las

⁵¹⁰ Para un análisis más detallado de los argumentos esgrimidos por el Gobierno y formulados por el Consejo de Estado, véase LOUSADA AROCHENA, J. F., “El Caso González Carreño contra España”, cit., pp. 6-15.

⁵¹¹ Para más detalles sobre los cauces internos utilizados por la demandante en este asunto, véase IZQUIERDO SANS, C., “Los efectos de las decisiones de los comités de derechos humanos resolviendo comunicaciones individuales. El caso de España”, en M., IZQUIERDO SANS, C. (Dir.) y GARCÍA CASAS, M. (Coord.), *Litigación internacional para la defensa de los derechos humanos*, Ed. Colex, 2022, pp. 216-217.

opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité”⁵¹²

El Tribunal añade que “el Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que, por expresa previsión del artículo 96 de la Constitución Española, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado” y que en virtud del artículo 10, apartado 2, de la Constitución, las normas relativas a los derechos fundamentales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁵¹³.

Por lo tanto —y esta nos parece una conclusión especialmente relevante, que no puede no tener consecuencias a nivel interno— el Tribunal declara que la lesión de los derechos declarada en el dictamen del Comité debe ser

“un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los derechos fundamentales, ya que la lesión establecida en el ordenamiento internacional forma el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el ordenamiento jurídico español”⁵¹⁴.

Apreciando que se ha producido una discriminación por razón de género tal y cómo lo declara el Comité CEDAW, el Tribunal concluye, entre otros aspectos, que

“si afirmamos, como hacemos, que la Administración vulneró los derechos fundamentales de la recurrente y no puso fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que

⁵¹² FJ 7 3^a. Sobre esta sentencia, ver GUTIERREZ ESPADA, C., “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales ...”, cit., pp. 836-851, p. 845.

⁵¹³ FJ 7 3^a

⁵¹⁴ Ibid.

le vinculaba en los términos de la Convención y El Protocolo Facultativo, es evidente que tendremos que casar y anular tanto la sentencia impugnada que no apreció tal vulneración, como la inicial decisión administrativa que ni tan siquiera la valoró por operarse en virtud de silencio administrativo, así como declarar la obligación de reparar la vulneración efectuando un pronunciamiento que haga efectiva y eficaz la condena a la reparación del daño antijurídico admitido⁵¹⁵.

E impone una sanción a la administración para la reparación del daño moral “indiscutible” sufrido por la demandante, cuantificándolo en 600.000 euros.

Con esta nueva doctrina, el Tribunal Supremo argumenta de forma clara que, si un Estado se adhiere a un tratado internacional de derechos humanos, asume la obligación de cumplir con sus disposiciones y de adoptar las medidas necesarias para garantizar, en su ordenamiento interno, el respeto efectivo de los derechos reconocidos y de las decisiones de los mecanismos establecidos en el marco del mismo. El artículo 10, apartado 2, de la Constitución española establece que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España deben ser utilizados como elementos interpretativos de los derechos constitucionales. En este sentido, la sentencia 1263/2018 reconoce por primera vez que los tratados de derechos humanos con órganos internacionales de control forman parte del Derecho español y deben ser cumplidos, y que un dictamen de un Comité puede servir de base para fundamentar la responsabilidad patrimonial del Estado por el mal funcionamiento de la Administración cuando se derive de ello la vulneración de derechos fundamentales.

Esta sentencia nos parece de capital importancia y profundamente justa. Con ella, el Tribunal Supremo marca un punto de inflexión al reconocer la necesidad de cumplir los compromisos asumidos en el ámbito internacional y de preservar la coherencia del sistema de protección de los derechos humanos, lo cual exige, de forma inevitable, su articulación con el ordenamiento jurídico interno. Tal articulación debe garantizarse mediante mecanismos eficaces que aseguren la aplicación interna de las decisiones de los órganos internacionales. De lo contrario, no solo se desvirtuaría el sistema de supervisión de los tratados de derechos humanos

⁵¹⁵ Ibid., FD 7 4^a.

articulado a través de estos Comités, sino que se vulneraría el principio de buena fe, especialmente frente a los demandantes que han sido víctimas de violaciones de derechos humanos. En nuestra opinión, resultaría incoherente que el Estado participara activamente en el mecanismo internacional de quejas, defendiendo su posición ante los Comités en Ginebra, y que, una vez de vuelta al ámbito nacional, negara toda relevancia jurídica a las decisiones de dichos órganos frente a los mismos demandantes, deslegitimando así su participación en este mecanismo y, por ende, su propio compromiso internacional. ¿Acaso no podría considerarse esta forma de actuar una manifestación de mala fe institucional?

4.1.3.2. La sentencia 1/2020 del Tribunal Supremo en el caso Hechuel

En 2020, el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los dictámenes emitidos por los Comités internacionales, con la sentencia 1/2020. En ella, estableció que, en lo que respecta a la posibilidad de activar el procedimiento de revisión de una sentencia firme, “no procede equiparar las sentencias del TEDH con las recomendaciones o dictámenes de los distintos Comités de las variadas organizaciones internacionales que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos”⁵¹⁶. Algunos interpretan este pronunciamiento como un retroceso respecto de la posición adoptada por el Tribunal en el caso González Carreño, al trazar el Tribunal una clara distinción entre las sentencias del TEDH y los dictámenes de los Comités, y al señalar que la revisión judicial únicamente puede activarse frente a sentencias del TEDH.

No obstante, consideramos que esta segunda sentencia, si bien no aporta mayor claridad en relación con el tema objeto de análisis ni refuerza la posición asumida en la sentencia del caso González Carreño, tampoco representa una interpretación contradictoria con la adoptada en la citada sentencia. Y esto porque se centra en un aspecto muy concreto, que no

⁵¹⁶ TS, sentencia 1/2020 de 12 de febrero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:401, relativa al dictamen del Comité de derechos humanos CCPR/C/132/D/2844/2016 adoptado respecto de la comunicación 2844/2016., FD 6.

fue objeto de examen en la sentencia anterior: el de la revisión de una sentencia del ámbito penal. En efecto, se trata de un fallo de la Sala Especial del tribunal Supremo, relativo a un recurso de revisión de la sentencia de 2015 en el caso Hechuel, examinado anteriormente. El demandante, a la luz del cambio jurisprudencial adoptado en la sentencia 1263/2018 de TS, presentó un recurso de revisión contra la sentencia de 2015, alegando que la interpretación hecha por el TS en la sentencia de 2018 es un “hecho nuevo” que puede justificar una revisión de acuerdo con el art. 954, apartado 4, de la ley de Enjuiciamiento criminal⁵¹⁷.

En nuestra opinión, en esta sentencia el Tribunal Supremo se limita a afirmar algo muy concreto: que sólo puede procederse a la revisión de una sentencia judicial firme por vulneración de derechos fundamentales cuando viene establecido por una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵¹⁸. Más allá de las críticas que se puedan formular en relación con esta cuestión en concreto —que las decisiones de los Comités no sean título habilitante para la revisión—, nos parece que el hecho de señalar que los dictámenes de los Comités no permiten proceder a la revisión de una sentencia con valor de cosa juzgada no equivale a decir que estos dictámenes no tienen efectos jurídicos en el ordenamiento interno. En esta sentencia, el Tribunal se pronuncia exclusivamente sobre la cuestión de los títulos habilitantes para el recurso de revisión, y no sobre el carácter vinculante o no de los dictámenes ni tampoco sobre los efectos que estos deben desplegar en el ordenamiento interno en relación con otros aspectos, no estrictamente penales, como son la reparación debida al demandante y las medidas de carácter general que el Comité plantea en sus dictámenes⁵¹⁹.

Sin embargo, son varias las sentencias posteriores a la sentencia 1263/2018 del Tribunal Supremo que establecen que:

⁵¹⁷ Para más detalles, véase VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, B., “La STS (Sala Especial) 1/2020, de 12 de febrero: ¿Es el recurso de revisión una vía útil para dotar de efectividad a los dictámenes adoptados por los Comités de derechos humanos?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, 2021, pp. 353-359.

⁵¹⁸ TC, Auto 260/2000, de 13 de noviembre.

⁵¹⁹ En este sentido, véase OLEA FERRERA, S., “La confusa doctrina del Tribunal Supremo español ...”, cit., y VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, B., “La STS (Sala Especial) 1/2020 ...”, cit., p. 358.

“las “observaciones” que en forma de dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que, en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia”⁵²⁰ (en relación con el Comité de derechos humanos).

4.1.3.3. La sentencia 786/2023 del Tribunal Supremo en el caso E.L.G.

En abril de 2023, el Tribunal Supremo se pronunció sobre el caso de E.L.G., una mujer española que fue detenida y sometida a malos tratos en una comisaría de policía de Córdoba⁵²¹. En su dictamen del 15 de enero de 2020, el Comité contra la tortura estableció la responsabilidad de España por los tratos crueles, inhumanos y degradantes que los agentes infligieron a la víctima. En este contexto, solicitó al Estado que proporcionara una reparación plena y adecuada a la demandante, incluidas medidas de indemnización y de rehabilitación, que tomara las medidas necesarias contra los responsables y que impartiera instrucciones precisas para que en las comisarías no se cometieran infracciones semejantes en el futuro⁵²². Ante la inactividad del Estado, la demandante acudió a la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial para reparar el derecho vulnerado, siguiendo el camino utilizado por Ángela González Carreño.

En su sentencia, el Tribunal establece que las decisiones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas por sí solas no son suficientes para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que debe, además, realizarse el correspondiente examen de cada uno de los requisitos necesarios para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado. Como explica el Alto Tribunal, en el caso de Ángela González Carreño estos requisi-

⁵²⁰ TC, sentencia 46/2022, de 24 de marzo, FJ 6. Véase también TC, sentencia 23/2020, de 13 de febrero, FJ 6.

⁵²¹ Sentencia TS 786/2023, de 13 de junio, de la Sala de lo contencioso administrativo (Sección 4ª).

⁵²² COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Decisión de 15 de enero de 2020 relativa a la comunicación núm. 818/2017, CAT/C/68/D/818/2017.

tos se cumplieran, mientras que en el caso objeto de este recurso el tribunal estima que no se cumplen⁵²³.

Lo relevante de esta sentencia es que, a pesar de negar su carácter vinculante, el tribunal considera que deben reconocerse determinados efectos jurídicos a los dictámenes de los Comités, en estos términos:

“El valor jurídico de las decisiones o dictámenes del Comité, por tanto, no es vinculante a los efectos que ahora examinamos, no sujetan a una obligación, y no tienen fuerza ejecutiva, lo que no significa que no produzcan ninguna consecuencia jurídica. Así es, estas decisiones deben ser tenidas en cuenta como indicadores relevantes sobre la observancia de los derechos previstos en el Pacto, que mediante las medidas que proponen eviten o limiten las lesiones de tales derechos y contribuyan a su mejor protección. De igual modo que deben ser tenidos en cuenta por los Estados para encauzar su acción legislativa, de forma que se cumplan las exigencias derivadas de la interpretación que, de las normas del Pacto, hace el Comité.”

Y reitera que:

“aunque las citadas decisiones y dictámenes no tengan ese carácter vinculante, ni fuerza ejecutoria, con carácter automático, porque ni en el tratado ni en nuestro ordenamiento jurídico interno hay ninguna norma que establezca la obligatoriedad y ejecutoriedad de las decisiones o dictámenes de estos Comités, ello no supone, como ya adelantamos, que los mismos carezcan de cualquier efecto, pues contienen recomendaciones que deben ser atendidas y establecen medidas que resultan de utilidad y provecho. También sirven de indicación para avalar, siempre junto a las demás circunstancias del caso, la determinación de la lesión de un derecho fundamental que puede haber causado un daño imputable a la Administración. Como sucedió en la sentencia de 17 de julio de 2018. [...]”.

4.1.3.4. La sentencia 1597/2023 del Tribunal Supremo en el caso Rubén Calleja

En noviembre de 2023 el Tribunal Supremo se pronuncia otra vez sobre esta cuestión en el caso de Rubén Calleja, cuyos padres impugnaron la

⁵²³ Sentencia TS 786/2023, de 13 de junio, FD 6.

decisión de las autoridades españolas de matricular a su hijo, cuando era menor de edad, en educación especial debido a su síndrome de Down⁵²⁴. En su dictamen de 2020, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) declaró que España había incumplido varios artículos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular en relación con el derecho a la educación inclusiva y a la no discriminación⁵²⁵. Los padres interpusieron una reclamación ante el Ministerio de Justicia por responsabilidad patrimonial del Estado para que se diera cumplimiento al dictamen del Comité, que fue desestimado.

A continuación, interpusieron un recurso contencioso-administrativo por la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, invocando el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que durante años no puso fin a la situación de discriminación y vulneración de derechos fundamentales de su hijo Rubén, invocando la sentencia 1263/2018. En este procedimiento ante la Audiencia Nacional, la Abogacía del Estado adoptó la posición que asumió el Tribunal Supremo en su sentencia anterior relativa al dictamen de Comité contra la tortura, considerando que “No puede afirmarse el carácter vinculante del dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y menos considerar tal dictamen, no sólo como presupuesto para iniciar la reclamación de responsabilidad patrimonial, sino como la prueba misma de la existencia de responsabilidad patrimonial”⁵²⁶. Además, insistió en que el cauce procesal adecuado hubiera sido el del error judicial, cuyos requisitos no se cumplían en este caso concreto.

El Ministerio fiscal, por lo contrario, alegó que era procedente acceder a la demanda ya que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales [...] forman parte del ordenamiento interno [...] Y, en consecuencia, “Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado

⁵²⁴ Sentencia 1597/2023, de 29 de noviembre de 2023.

⁵²⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, asunto *Rubén Calleja c. España*, dictamen del 28 de agosto de 2020 relativo a la comunicación núm. 41/2017, CRPD/C/23/D/41/2017.

⁵²⁶ SAN 5467/2022 (Sala de lo Contencioso, Sección Tercera), procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales 2/2022, de 17 de noviembre de 2022, ECLI:ES:AN:2022:5467, FJ 3.

deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados” (artículo 29 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales).⁵²⁷ El Ministerio fiscal considera que la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de responsabilidad patrimonial de los demandantes, sin motivación, es nula en cuanto lesiona los derechos fundamentales de los artículos 14, 15 y 27 CE al no proporcionar una reparación efectiva y adecuada. Por lo tanto, considera que “De conformidad con el artículo 31.2 LJCA, procede adoptar como medida adecuada para el restablecimiento de la situación vulneradora, la condena al pago de la indemnización por daños y perjuicios”⁵²⁸.

La Audiencia nacional, sin embargo, desestima el recurso considerando que las violaciones de derechos fundamentales denunciadas “fueron examinadas y desestimadas por las instancias competentes con carácter firme y, por lo tanto, no cabe la estimación del recurso con base en el Dictamen” ya que este “carece de eficacia para anular y dejar sin efecto el fallo de la sentencia que desestimó el recurso para la protección de derechos fundamentales”. En cuanto a la sentencia 1263/2018, invocada por los demandantes, señala que un dictamen de un Comité de las Naciones Unidas puede ser un supuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial “con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso”, es decir sin establecer un automatismo⁵²⁹.

Presentado el recurso de casación, en su sentencia de noviembre de 2023 el Tribunal Supremo, con una mayoría de cuatro a uno, resuelve dos cuestiones de interés casacional, apoyándose en gran medida en la doctrina declarada en la sentencia del caso González Carreño: cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de un dictamen de un Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas, y si la reparación y el cumplimiento de las prescripciones del dictamen suponen revisar resoluciones judiciales firmes.

⁵²⁷ Ibid., FJ 4.

⁵²⁸ Ibid., FJ 4.

⁵²⁹ Ibid., FJ 7.

En cuanto al primer punto, el Tribunal reconoce que las decisiones de los órganos de tratados de Naciones Unidas pueden proporcionar fundamento para reclamar una indemnización al Estado y que no existe un procedimiento en el Derecho español para dar efecto a las decisiones de estos órganos. Es importante señalar que, además de aplicar en este caso la misma doctrina declarada en la sentencia del caso González Carreño, el tribunal aclara que esta doctrina no había sido abandonada en su anterior sentencia 786/2023 relativa al mencionado dictamen del Comité contra la tortura. En efecto, aclara que lo único que se negó en esta sentencia era que un dictamen de un Comité diera lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración de forma automática, un argumento que el tribunal vuelve a manifestar en esta sentencia al referirse a “la decisión que resulte procedente en cada caso”, de la forma siguiente:

“dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir que ese dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros cauces en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse.”

Por tanto, el Tribunal establece que un dictamen de un Comité es un supuesto habilitante para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero no es de por sí suficiente para garantizar que esta responsabilidad se dé en cada caso de forma automática, ya que esta determinación dependerá de si se cumplen los requisitos de la responsabilidad patrimonial en cada caso. En concreto: que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, y que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos⁵³⁰.

⁵³⁰ Véase el artículo 32, apartado 1, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público; y cómo lo interpreta el Tribunal Supremo en la sentencia 1597/2023, FJ 7 5).

En conclusión, el Tribunal Supremo estima el recurso y revoca la sentencia de instancia ya que, al negar todo efecto al dictamen del Comité, esta infringe el ordenamiento jurídico y su propia jurisprudencia. Asimismo, constatando la inexistencia de valoración sobre los demás presupuestos necesarios para la apreciación de una responsabilidad por funcionamiento anormal de la administración de justicia, no puede efectuar esta valoración y devuelve por consiguiente el asunto a la Sala de instancia para que dicte sentencia de fondo.

En cuanto al carácter vinculante o no de los dictámenes, el tribunal se refiere otra vez a lo dicho en las sentencias 1263/2018, manifestándose a favor del carácter vinculante, en estos términos:

“Que, aunque ni la CDPD ni su Protocolo Facultativo regulan el carácter ejecutivo de los dictámenes del Comité, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que les atribuyen la propia Convención y su Protocolo en el artículo el 4.1 de aquella que dispone que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención.”. Ello reforzado por el reconocimiento expreso de la competencia del Comité según el artículo 1 del propio Protocolo Facultativo, voluntariamente asumido por España.”⁵³¹

Finalmente, el Tribunal Supremo resuelve la segunda de las cuestiones de interés casacional en sentido negativo, afirmando que no se pretende vulnerar el principio de cosa juzgada ni revisar resoluciones judiciales firmes ni se puede hacerlo cuando se formula una reclamación por responsabilidad patrimonial con apoyo en las conclusiones de un dictamen de un Comité de la ONU “pues existe para ello un cauce específico en nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de revisión”⁵³². Sin embargo, indica que no puede afirmarse la existencia de cosa juzgada en relación con la vulneración de los derechos fundamentales que se aprecia en el dictamen del

⁵³¹ STS 1597/2023, de 29 de noviembre de 2023, FD 7.

⁵³² Ibid., FD 8.

Comité, pues para ello “tendría que existir una identidad plena del objeto y pretensiones con respecto al proceso en el que recayó la sentencia firme. En este caso, por lo dicho, no hay tal identidad [...]”⁵³³ ya que la sentencia firme tiene un objeto diferente y más restringido, mientras que el dictamen abarca el incumplimiento de la obligación general de adoptar todas las medidas eficaces para hacer efectivos los derechos que impone el artículo 4 de la CDPD.

Esta afirmación reviste gran relevancia, ya que establece con claridad que, más allá de los aspectos que hayan podido ser objeto de una sentencia firme, los relacionados con la adopción de medidas reparadoras por la vulneración de un derecho fundamental —que en los casos sometidos a Comités no suelen haber sido abordados en resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada— deben ser examinados por los tribunales, ya que esto resulta esencial para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales vulnerados. En consecuencia, los tribunales internos no pueden limitarse a rechazar la solicitud de reparación planteada a través de la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado por los particulares a raíz de un dictamen de un Comité; por el contrario, el Tribunal Supremo afirma que están obligados a realizar un análisis de fondo de dicha pretensión.

4.1.3.5. La sentencia 61/2024 del Tribunal Constitucional en el caso Ali Aarrass

El Tribunal Constitucional adopta la sentencia 61/2024 en el marco de un recurso de amparo presentado por Ali Aarrass, un ciudadano con doble nacionalidad belga y marroquí que fue extraditado a Marruecos por las autoridades españolas en 2010 a pesar de alegar riesgo de tortura, y que fue detenido y torturado como consecuencia de su extradición⁵³⁴. El

⁵³³ Ibid.

⁵³⁴ STC 61/2024, de 09 de abril de 2024 (BOE núm. 118, 15/05/2024). ECLI:ES:TC:2024:61. Para un análisis de la sentencia, véase ARRUFAT CÀRDAVA, A. D., “Administración del estado y órganos de tratados: la sentencia 61/2024, del Tribunal Constitucional de 9 de abril de 2024”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 48, 2024, pp. 455-460; y SANCHEZ LAMELAS, A., “Los dictáme-

recurso alega la vulneración de sus derechos fundamentales, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva y a la integridad física.

En julio de 2014, el Comité de Derechos Humanos emitió un dictamen sobre esta cuestión, en el que establece que “la extradición del autor a Marruecos por el Estado parte constituyó una violación del artículo 7 del Pacto”⁵³⁵. Por consiguiente, solicitó a las autoridades españolas que proporcionaran al demandante una compensación adecuada por la violación sufrida y que adoptaran medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

En 2015, Ali Aarrass presentó ante el Ministerio de Justicia una reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia, instando el reconocimiento de una indemnización como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por la situación de indebido enjuiciamiento y prisión, junto con las torturas padecidas. Este argumento es desestimado primero por el Ministerio y luego por la Audiencia Nacional, fundamentado ambos su negativa en el hecho que no se trataría de funcionamiento anormal de la administración judicial sino de error judicial, y que el recurrente es el único responsable de no haber seguido el procedimiento que consideran el adecuado en este caso: el del error judicial. El demandante presenta entonces un recurso ante el Tribunal Supremo, que lo inadmite. Finalmente, presenta un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC).

En su sentencia, el TC determina que la resolución de la Audiencia Nacional vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción del recurrente, ya que su reclamación no se originó únicamente en las resoluciones judiciales que acordaron su extradición. Por lo tanto, la conclusión de la Audiencia Nacional de que se trataba de un error judicial y que debía haberse seguido una vía procesal distinta no cumple con las exigencias del derecho de acceso a la jurisdicción, ya que incurre en un rigorismo contrario al artículo 24.1 de la Constitución relativo al derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión, en relación con el derecho a no

nes de los Comité de expertos de Naciones Unidas y la responsabilidad del estado”, *Revista de Administración Pública*, vol. 224, 2024, pp. 213–241, pp. 219–220.

⁵³⁵ STC 61/2024, de 09 de abril de 2024, FD O.

ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 de la Constitución). En consecuencia, para reparar el derecho fundamental del demandante, el Tribunal Constitucional anula la sentencia de la Audiencia Nacional y le devuelve el asunto para que esta evalúe la pretensión de fondo y determine si existe o no un derecho a la indemnización.

Lo más relevante de esta la sentencia es el TC hace suyos los argumentos del Ministerio Fiscal quien, en contra del criterio de la Audiencia Nacional, consideraba que el dictamen, a pesar de no ser directamente ejecutivo, “no puede quedar despojado de todo efecto, es decir de ‘toda carencia de un potencial efecto interno’ cuando ha declarado la vulneración de un derecho reconocido en el PIDCP”. Y, si bien “el dictamen no puede declarar la existencia de error judicial, sustituyendo a los órganos judiciales españoles por la vía del art. 293 LOPJ, [...] sí es suficiente para sustentar el procedimiento de reclamación por funcionamiento anormal”⁵³⁶.

El fiscal, en definitiva, considera que el criterio de la Audiencia Nacional, que se niega a reconocer un cauce procesal adecuado a la reclamación planteada por funcionamiento anormal del Estado, constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que cierra el acceso a un procedimiento, niega validez jurídica al dictamen del Comité y elimina la valoración sobre una eventual compensación “también de obligado cumplimiento”. Por tanto, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al derivar “a un procedimiento ya inviable y adicional por error judicial que cierra el camino de la reclamación y de la compensación, lo que comporta el resultado de negar un recurso efectivo al recurrente, tal como establece el PIDCP” y que “prolonga los efectos de unas actuaciones constitutivas de vulneración del art. 7 del PIDCP”⁵³⁷.

Resulta muy positivo que el Tribunal Constitucional, en línea con la orientación adoptada en las recientes sentencias del Tribunal Supremo previamente mencionadas, respalde el criterio según el cual el recurrente debe contar con un cauce jurisdiccional que le permita solicitar una reparación por la vulneración de un derecho fundamental constatada en un

⁵³⁶ FJ 9, c).

⁵³⁷ Ibid.

dictamen emitido por un Comité de Naciones Unidas. Para motivar este planteamiento, el Tribunal aporta los argumentos siguientes:

- Tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal consideran que el dictamen emitido por el Comité obliga a los poderes públicos a establecer una vía procesal o un recurso efectivo para hacer valer jurídicamente los derechos e intereses legítimos del recurrente, y que esta posición es asumida también por la misma Audiencia Nacional en la sentencia que se recurre, en la que esta indica que “el Pacto internacional de derechos civiles y políticos no impone a los Estados parte el deber de indemnizar de manera inmediata y directa a los perjudicados, cuando el Comité de Derechos Humanos concluya que un Estado parte ha violado los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, sino la obligación de articular un procedimiento que haga posible reclamar la indemnización que proceda”⁵³⁸.
- Que el marco normativo procesal existente en esta materia es equívoco y que, en este contexto, no resultaría proporcionado exigir al recurrente “iniciar diversos procesos con el fin de individualizar la responsabilidad que, en su caso, haya tenido cada órgano en los supuestos daños que, según sostiene el recurrente y confirma el dictamen de 21 de julio de 2014 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se le han causado en su esfera jurídica.” Y que “la acción de responsabilidad patrimonial por mal funcionamiento de la administración de justicia se tornaba en el último remedio efectivo para controlar la vulneración de sus derechos fundamentales”⁵³⁹.
- Aunque lo anterior es de por sí suficiente para considerar la resolución de la Audiencia Nacional contraria al derecho de acceso a la jurisdicción, el TC toma también en cuenta el hecho que la administración “nunca se refirió a la vía del error judicial como la idónea para enjuiciar las pretensiones del recurrente”. Al contrario, el informe de la Abogacía del Estado enviado al Comité de Derechos Humanos indicó que “el comunicante debía iniciar los trámites de reclamación de responsabilidad patrimonial ante el

⁵³⁸ *Ibid.*, FJ 4 b).

⁵³⁹ *Ibid.*, FJ 4 c).

Ministerio correspondiente”⁵⁴⁰. Por tanto, es la propia administración la que le sugirió emplear esta vía judicial.

Asimismo, es especialmente relevante que el tribunal cierre su argumentación señalando que, a pesar de que los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas no constituyen títulos ejecutivos que generen automáticamente el derecho a una indemnización, esto no implica “una ausencia de obligación estatal de cumplimiento de los tratados de derechos humanos ratificados e incorporados al ordenamiento español, obligación esta derivada de una correcta intelección del art. 96.1 CE”, añadiendo a esto la necesidad de cumplir de buena fe con los compromisos adquiridos voluntariamente por España en esta materia, en estos términos:

“Este compromiso de cumplimiento lleva aparejada la exigencia de respeto a los mecanismos internacionales de garantía de tratados cuando exista, como es aquí el caso, una voluntad estatal expresa de sumisión a dichos mecanismos”.

4.1.3.6. Conclusión

Es cierto que desde una perspectiva formal los mecanismos de comunicaciones individuales ante los Comités de derechos humanos de Naciones no constituyen procedimientos estrictamente jurisdiccionales. Sin embargo, existen sólidos argumentos jurídicos que sustentan la obligación del Estado de darles un encaje en nuestro sistema interno de protección de los derechos fundamentales. Esta posición ha sido respaldada, de forma cada vez más firme, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

Uno de los argumentos más sólidos es el compromiso que el Estado adopta ante los particulares y ante la comunidad internacional con la creación de un escalón más de protección, de carácter supranacional, que no puede no “traducirse en una mejora de la vida de las personas sobre las que gobierna y administra”⁵⁴¹. Sin duda, es el propio Estado el que ha propor-

⁵⁴⁰ *Ibid*

⁵⁴¹ OLEA FERRERA, S., “La confusa doctrina del Tribunal Supremo español ...”, cit.

cionado esta oportunidad de reclamación a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. En virtud del principio de buena fe y de debida diligencia, el compromiso asumido ante los particulares en relación con el cumplimiento de tratados internacionales de carácter vinculante, incluso a través de un sistema de denuncia ante los Comités, debe por tanto traducirse en un mecanismo de ejecución a nivel interno que permita reclamar el cumplimiento de este compromiso una vez concluido el procedimiento en cuestión.

La jurisprudencia más reciente, adoptada a partir de la sentencia de 2018 en el asunto González Carreño, da un paso adelante hacia el reconocimiento de un mayor valor de los dictámenes de los Comités de la ONU. Sin equipáralos a las sentencias del TEDH ni reconocerles un carácter directamente ejecutivo en nuestro ordenamiento, sí establece que el dictamen de un Comité es un presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado. Por tanto, parece claro que esta vía de reclamación no puede ser denegada, lo que constituye ya un primer logro de indudable relevancia. Es decir, se identifica una vía que permite reclamar una indemnización fundamentada en un dictamen de un Comité.

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial no se declarará de forma automática por el solo hecho de que el dictamen pida al Estado proporcionar una indemnización a título de reparación, sino que esta se declarará si los hechos acreditan que se cumplen las condiciones establecidas en el ámbito de la misma, que son: lesión o daño real y efectivo, un funcionamiento anormal de la Administración o de la Administración de Justicia, y la relación inequívoca entre la lesión antijurídica y la actuación del Estado. Por consiguiente, no queda garantizado que cualquier víctima de una vulneración de derechos fundamentales acreditada en dictamen de un órgano de tratados de la ONU recibirá una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado, pero queda asegurado, o debería quedar, que no se denegará el acceso a la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado a estos particulares.

Dado que hasta la fecha las denegaciones de esta vía han sido frecuentes, el reconocimiento jurisprudencial de este derecho por parte tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional constituye un avance

significativo en la protección de los derechos fundamentales. En cuanto a las posibles reticencias que puedan surgir al valorar la concurrencia de los tres requisitos exigidos para declarar el derecho a la indemnización, cabe esperar que estas no se materialicen y que, mediante la aplicación de criterios interpretativos objetivos y razonables, las víctimas puedan acceder efectivamente a dicha reparación en la mayoría de los casos. Ello resulta especialmente relevante, dado que se trata generalmente de situaciones de cierta gravedad, en las cuales el propio Comité ya ha constatado la existencia de una vulneración. En efecto, para que un Comité declare la lesión de un derecho fundamental reconocido en un tratado vinculante para España, debe haberse producido una infracción real y efectiva, así como una actuación del Estado —presumiblemente anormal— que guarde una relación directa con los hechos generadores de dicha lesión. Por tanto, no resulta aventurado sostener que el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado debería confirmarse no de forma excepcional, sino en la mayoría de los casos planteados a través de esta vía.

Finalmente, permanece pendiente la cuestión de la ejecución de un dictamen que implique la revisión de aspectos que han sido abordados y resueltos en una sentencia firme. En este aspecto, no se ha producido avance alguno. No obstante, se trata de un asunto de relevancia, ya que la reparación de aspectos que han sido abordados y resueltos en la vulneración de derechos fundamentales no puede considerarse completa únicamente a través de la indemnización. En muchos casos, dicha reparación seguirá siendo parcial si no se rectifica lo que ha quedado erróneamente determinado en un pronunciamiento judicial.

4.2. Ejecución de los dictámenes del Comité de los derechos del niño en España

4.2.1. Nivel de ejecución en España

La ejecución de los dictámenes del Comité de los Derechos del Niño por parte del Estado español presenta dificultades notables, evidenciándose carencias significativas en el nivel de cumplimiento y una falta de medi-

das que aseguren su efectiva implementación, tal como se ha analizado en el apartado anterior. No obstante, el balance no es exclusivamente negativo y debe ser matizado. También se puede constatar el impacto positivo de estos dictámenes, los cuales han generado y siguen promoviendo cambios relevantes en nuestro ordenamiento jurídico.

El Comité de los Derechos del Niño publica con periodicidad anual un informe de seguimiento relativo a las comunicaciones presentadas con arreglo al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que recopila la información aportada por los Estados parte y los autores de las comunicaciones acerca de las medidas adoptadas para aplicar los dictámenes referentes a las comunicaciones individuales. En el informe de 2022, el Comité considera que España ha cumplido parcialmente con los dictámenes en materia de procedimiento de determinación de la edad y trato a los menores extranjeros no acompañados.

La parte que ostenta más carencias es la relativa a las reparaciones a título individual, debidas a los autores de las comunicaciones. España alega que “no procede dar cumplimiento a la recomendación del Comité, ya que no se reúnen los requisitos para que el Estado parte otorgue una reparación a los autores”⁵⁴². Esto porque en un par de casos los autores fueron declarados mayores de edad, mientras que en la mayoría de los casos los menores se encuentran en paradero desconocido, razón por la cual ha perdido relevancia la cuestión de la reparación. Sin embargo, los autores y sus representantes han comunicado a la secretaría del Comité que España no les ha otorgado reparación y que lo ha justificado afirmando que no se vulneraron los derechos de los autores, en contradicción con las constataciones del Comité. Asimismo, los autores de las comunicaciones afirman que, aunque en el ordenamiento interno no se reconoce la aplicabilidad de los dictámenes del Comité, ellos siguen reclamando que las autoridades nacionales adopten medidas concretas para que se cumplan⁵⁴³. En cuanto a la situación de estos menores, muchos de ellos se han trasladado a Francia ante la falta de medidas protectoras en España e indican que el Estado no ha intentado localizarlos. En cuanto a la reparación, varios de ellos señalan que sigue pendiente

⁵⁴² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Informe de seguimiento sobre comunicaciones individuales*, 26 de agosto de 2022, CRC/C/90/2, p. 5.

⁵⁴³ *Ibid.*

contra ellos una orden de devolución en España y piden que esta se suspenda y que se le conceda un permiso de residencia.

En cuanto a R.Y.S, la adolescente que fue sometida a unas pruebas intrusivas, el Estado indica que se le ha concedido el asilo en España. Sin embargo, la autora expone que, si bien es cierto que se le concedió asilo, tuvo que solicitarlo declarando la edad ficticia que le habían atribuido, aun cuando sus documentos acreditaban que era menor de edad cuando llegó a España. También, indica que no se le proporcionó compensación ni un acompañamiento psicológico especializado, a pesar de la recomendación formulada en este sentido por el Comité en su dictamen.

Más allá del Comité de los Derechos del Niño, como se ha comentado en el apartado anterior los recursos presentados a raíz del incumplimiento de dictámenes de Comités de la ONU ante las autoridades administrativas y judiciales por responsabilidad patrimonial del Estado son frecuentemente denegados⁵⁴⁴. En definitiva, la reparación a título individual en nuestro ordenamiento ha sido, hasta la fecha, insuficiente. Sin embargo, cabe esperar que los recientes avances jurisprudenciales propicien un uso más frecuente y efectivo del recurso por responsabilidad patrimonial del Estado.

En lo que respecta a las medidas de carácter general que el Comité insta al Estado español a adoptar para prevenir la reiteración de las violaciones de derechos humanos de menores previamente constatadas, la situación resulta más alentadora. Por un lado, señalamos la sentencia núm. 307/2020, de 16 de junio de 2020, del Tribunal Supremo que, alineándose con las recomendaciones del Comité, considera que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprendiera su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas de determinación de su edad.

⁵⁴⁴ Véase, también, lo acontecido en el caso de *S.F.M. c. España* (28/02/2020, CEDAW/C/75/D/138/2018), en EUROPAPRESS, *La Fiscalía lleva al Supremo el caso de una mujer que sufrió violencia obstétrica, después de que la ONU le dé la razón*, 23 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-fiscalia-lleva-supremo-caso-mujer-sufrio-violencia-obstetrica-despues-onu-le-razon-20230523144354.html>

Por tanto, establece que no cabe realizar tales pruebas sin una justificación razonable cuando se dispone de un pasaporte válido.

Por otra parte, se han dado pasos para la adopción de instrumentos legislativos dirigidos a prevenir determinadas prácticas. Tal y como lo señala el propio Estado en el informe de seguimiento, una modificación legislativa que ya ha culminado con éxito es la de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha modificado el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, prohibiendo expresamente la realización de desnudos y exploraciones genitales como parte de las pruebas de determinación de la edad de niños, niñas y adolescentes que emigran solos en aquellos casos en los que no se tiene certeza de su minoría de edad. Con esta regulación, España atiende a las recomendaciones que han formulado desde hace años el Defensor del Pueblo, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Fundación Raíces, entre otras organizaciones. En efecto, la Fundación Raíces ya denunció el caso de la menor camerunesa R.Y.S. en una comparecencia en el Congreso de los Diputados en 2018, antes de presentarlo en 2019 ante el Comité de los Derechos del Niño en representación de la menor. Por lo tanto, debe celebrarse el cumplimiento de esta recomendación formulada al estado español por varios organismos tanto internacionales como nacionales.

Asimismo, la misma Ley Orgánica 8/2021 prevé en su Disposición final vigésima cuarta que el Gobierno, en el plazo de doce meses:

“procederá al desarrollo normativo del procedimiento para la determinación de la edad de los menores, de modo que se garantice el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España, así como la prevalencia del interés superior del menor, sus derechos y su dignidad”.

Se trata de una previsión especialmente relevante, dado el papel fundamental que este procedimiento desempeña en la protección efectiva de los derechos de los menores, tanto en el transcurso del procedimiento como con posterioridad a su conclusión. Esta previsión de carácter programático ha dado lugar a la elaboración de un anteproyecto de ley relativo a esta cuestión, aprobado por el Consejo de ministros en abril de 2022 y que ha recibido la aprobación del Consejo General del Poder Judicial el 30 de marzo de 2023.

Finalmente, en noviembre de 2024, el Consejo de ministros ha decidido aprobar dos proyectos de ley relativos a esta cuestión: el primero regula el nuevo procedimiento de determinación de la edad, que pasa de ser un proceso administrativo a ser un proceso judicial de orden civil⁵⁴⁵, mientras que el segundo, complementario del anterior, atribuye la determinación de la edad al Juzgado de Menores cuando la persona se encuentre detenida por su presunta participación en una infracción penal y exista duda razonable sobre su minoría o mayoría de edad⁵⁴⁶. Dada su relevancia en el contexto de la implementación de los dictámenes del Comité de los derechos del niño en relación con los y las menores extranjeros que llegan solos a España, procedemos a continuación a analizar los proyectos de ley en cuestión, en concreto el primero, tratándose del que regula el procedimiento de determinación de la edad.

4.2.2. *Proyecto de Ley que regula el procedimiento de determinación de la edad*

Como indica la exposición de motivos, el Proyecto de Ley que regula el nuevo procedimiento de determinación de la edad viene determinado por las recomendaciones efectuadas por instituciones internas, como el Defensor del Pueblo, e instituciones europeas e internacionales, como el Comité Económico y Social Europeo (CESE) y, fundamentalmente, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, relativas a las garantías mínimas que debe reunir el procedimiento de evaluación de la edad. Asimismo, la exposición de motivos afirma que el procedimiento de determinación de la edad resulta esencial y trascendente en el caso de personas menores de edad en situación de desamparo “con independencia de ser o no nacionales, al tratarse de personas en situación de vulnerabilidad que requieren asistencia con carácter inmediato y la adopción de medidas de protección para garantizar su dignidad e integridad”⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para regular el procedimiento de determinación de la edad.

⁵⁴⁶ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, complementaria de la Ley por la que se regula el procedimiento de determinación de la edad.

⁵⁴⁷ Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para regular el procedimiento de determinación de la edad, Exposición de motivos, I, párr. 3.

4.2.2.1. Los avances que incorpora el proyecto de ley

Uno de los cambios más relevantes de este proyecto de ley es que la determinación de la edad deja de ser un procedimiento administrativo para convertirse en un procedimiento judicial, enmarcado en la jurisdicción civil. Este cambio busca garantizar el reconocimiento de la condición de persona menor de edad por encima de la condición de extranjero, tal como exigen los organismos internacionales. La transferencia de esta competencia al ámbito civil supone un avance significativo, ya que reemplaza la anterior regulación, escueta y con escasas garantías, prevista en la ley de extranjería. Además de ofrecer mayores garantías procesales y asegurar el acceso a los recursos propios de esta jurisdicción, esta modificación sitúa la cuestión en el marco adecuado: la protección integral de todos los menores, sin distinción por nacionalidad o lugar de origen. En concreto, la competencia corresponde a los juzgados de familia o de primera instancia del lugar en que se encuentre la persona. No obstante, si esta se encuentra detenida, la competencia recae en los juzgados de menores, de acuerdo con el segundo proyecto de ley mencionado.

De acuerdo con los estándares y recomendaciones internacionales, los principios que rigen el nuevo procedimiento son el principio del interés superior del menor, la presunción de minoría de edad durante todo el procedimiento, el derecho a ser oído y tomar parte en el procedimiento, un enfoque holístico en las pruebas a realizar previo consentimiento de la persona interesada, la prohibición de pruebas invasivas y de desnudos integrales, y la especialización de los profesionales intervinientes⁵⁴⁸. Además, se garantiza la asistencia jurídica gratuita desde el inicio del procedimiento, la asistencia de interprete y también de quien ejerza la representación legal del menor. Finalmente, el Ministerio Fiscal interviene como garante de la legalidad y del principio del interés superior del menor.

El proyecto modifica diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁴⁹ para incorporar los distintos derechos y garantías que rigen el pro-

⁵⁴⁸ Ibid., artículo 781 quater del nuevo capítulo V bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ver nota siguiente).

⁵⁴⁹ El proyecto de ley introduce un nuevo capítulo V bis titulado «Del procedimiento de determinación de la edad» dentro del Título I «De los procesos sobre

cedimiento y establece el carácter preferente y urgente del mismo. Además, incorpora una de las recomendaciones más destacadas del Comité, estableciendo la no iniciación del procedimiento cuando la persona disponga de documentación o la evidente apariencia física acredite la minoría de edad, pudiéndose impugnar la documentación acreditativa de la edad en el escrito de solicitud de iniciación del procedimiento conforme a lo establecido en la ley civil y debiéndose motivar tal impugnación (artículo 781 ter, apartado 2). Sin una impugnación de la documentación que quede adecuadamente motivada en la solicitud de iniciación del procedimiento, la solicitud se denegará. En consonancia con las directrices establecidas por los organismos internacionales, quien solicite el inicio del procedimiento debe acreditar las comprobaciones que se hayan realizado con el país de origen a fin determinar la edad, así como los motivos por lo que se impugna la documentación acreditativa de la edad, en caso de que la hubiere, excepto si se tratara de un caso de protección internacional y existiera un riesgo para la vida o integridad de la persona o de su familia (artículo 781 septies).

Recibida la solicitud de incoación del procedimiento, el Juzgado comprobará de oficio:

“b) si existe documentación válida acreditativa de la edad de la persona cuya edad es objeto de determinación, en cuyo caso, si ésta no ha sido impugnada de conformidad con el artículo 781 ter, la solicitud no se admitirá a trámite, atendándose, a todos los efectos, a la edad recogida en la documentación.”⁵⁵⁰

También, se prevé la audiencia a la persona afectada y su derecho a estar informada en un lenguaje comprensible. En este contexto, se establece una entrevista previa a la comparecencia de medidas provisionales entre

provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores» del Libro IV «De los procesos especiales»: este nuevo Capítulo V bis se estructura en ocho artículos que comprenden desde el artículo 781 ter hasta el 781 decies. Además, el proyecto de ley introduce un nuevo artículo 514 bis en el título VI «De la revisión de sentencias firmes» del libro II «De los procesos declarativos» y, a continuación, modifica los artículos 748, 749, 750 y 753 del Capítulo I «De las disposiciones generales» del referido Título I.

⁵⁵⁰ Artículo 781 septies, apartado 2 b).

quien ejerce la asistencia letrada y la persona cuya edad se determina, cuyo objetivo es preparar al niño, niña o adolescente al proceso antes de que acuda a la sede judicial⁵⁵¹. El objetivo es ofrecer una justicia amigable y adaptada a la edad, que informe al o a la menor sobre el objeto y las fases del procedimiento, quienes intervienen en el mismo, su papel en la audiencia previa, sus derechos, lo apoyos que puede recibir, qué decisiones se adoptarán en el procedimiento, con la finalidad de que tenga toda esta información antes de que se lleve a cabo la determinación de la edad. La introducción de estas garantías esenciales y cuya vulneración sigue siendo demasiado frecuente en la práctica ha sido celebrada por las principales organizaciones de protección de la infancia⁵⁵².

Se modifican también los órganos que tienen competencias para solicitar esta evaluación: además del Ministerio Fiscal, que es en la actualidad el único facultado para iniciar este procedimiento, podrán solicitarlo la persona afectada y la entidad pública de protección de menores del lugar en el que se encuentra esta persona (artículo 781 sexies). Se trata de otro elemento que ha de valorarse positivamente puesto que, cómo ha quedado patente en algunos de los casos dictaminados por el Comité de los derechos del niño, algunos menores han sido tratados como adultos e internados en CIEs sin que se iniciara un procedimiento de determinación de su edad, a pesar de que ellos mismos hubiesen demandado reiteradamente la activación de este procedimiento⁵⁵³.

En cuanto a las pruebas periciales que se utilizarán para determinar la edad, el proyecto de ley responde —al menos en parte— a las recomenda-

⁵⁵¹ En concreto, se introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 750 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que queda redactado como sigue: “3. La asistencia letrada a la persona cuya edad sea objeto de determinación, será preceptiva desde el inicio del procedimiento. Con carácter previo a la comparecencia provisional, quien haya sido designado para la defensa deberá mantener una entrevista con la persona cuya edad es objeto de determinación. En ningún caso, la asistencia letrada podrá ser ejercida por quien ostente la representación legal o guarda de la persona cuya edad sea objeto de determinación.”

⁵⁵² INFOBAE, “ONG urgen a continuar la tramitación del procedimiento de determinación de la edad de menores migrantes solos”, 12 marzo 2025, accesible en <https://www.infobae.com/america/agencias/2025/03/12/ong-urgen-a-continuar-la-tramitacion-del-procedimiento-de-determinacion-de-la-edad-de-menores-migrantes-solos/>

⁵⁵³ Véase apartado 3.2.2.3.

ciones internacionales formuladas al respecto, al recoger el carácter multidisciplinar del informe pericial de evaluación de la edad relativo el desarrollo físico y psicológico de la persona afectada:

“Si la prueba documental no fuera suficiente para la evaluación de la edad, la autoridad judicial podrá acordar de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal y del resto de las partes, el examen médico forense y la elaboración de un informe pericial multidisciplinar de carácter global por profesionales adscritos a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses sobre el desarrollo físico y psicosocial de la persona cuya edad es objeto de determinación, que deberá concluir con la estimación de una edad concreta”⁵⁵⁴

El examen médico forense y la elaboración de un informe pericial multidisciplinar están sometidos al principio de celeridad y exigen el consentimiento informado del o de la menor, debiéndose llevar a cabo respetando su dignidad y sin que supongan un riesgo para su salud, elemento que habrá que evaluar y que exige discriminar entre cada caso. Se especifica que la negativa a someterse a una o más pruebas no impedirá que la autoridad judicial declare la edad en base al resto de indicios⁵⁵⁵.

Se prohíben asimismo los desnudos integrales, las exploraciones genitales y las pruebas médicas especialmente invasivas en concordancia con lo ya establecido en la ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En cuanto a la metodología y criterios a seguir para la estimación de la edad, se establece el preceptivo desarrollo de un protocolo científico forense elaborado por los organismos técnicos competentes⁵⁵⁶.

Finalmente, la norma recoge que la vista principal, a la que serán convocadas todas las partes en el procedimiento, se celebrará en un plazo no superior a los veinte días naturales desde la comparecencia de medidas provisionales, y que en ella se practicaran las pruebas o, si se solicita, se citen únicamente a los peritos. Será la autoridad judicial quien dicte sentencia relativa a la determinación de la edad en un plazo de 5 días y la mis-

⁵⁵⁴ Artículo 781 nonies, apartado 1.

⁵⁵⁵ Artículo 781 nonies, apartado 2.

⁵⁵⁶ Artículo 781 nonies, apartado 3.

ma será susceptible de recurso de apelación con carácter suspensivo, un recurso que tendrá carácter preferente y urgente y que deberá resolverse en un plazo de 5 días. La sentencia que declare la minoría o mayoría de edad será remitida al Registro Civil para su inscripción y fijará la fecha de nacimiento⁵⁵⁷.

4.2.2.2. Elementos susceptibles de mejoras

A pesar de los avances significativos que incorpora el proyecto de ley, algunos aspectos del mismo resuelven de forma insatisfactoria los problemas que los procedimientos de determinación de la edad han planteado en la práctica durante estos últimos años. Por un lado, no queda establecido que la prueba pericial médica con intervención corporal sea una prueba de última ratio. El proyecto indica que la decisión se basará en “el examen médico forense y la elaboración de un informe pericial multidisciplinar”. Pero no distingue entre distintos tipos de pruebas ni se establece un orden entre ellas. De acuerdo con los estándares internacionales aplicables, lo que debería quedar claramente establecido es que se tiene que dar prioridad al examen psico-social y que el examen médico se realizará solo cuando el examen psico-social no haya dado resultado. Además, debería establecerse un orden de prioridad entre las pruebas médicas, indicando que la prueba pericial médica con radiografía es una prueba de última ratio que requiere, además, de un informe motivado.

Por otro lado, la presunción de la minoría de edad, que es absolutamente central en esta materia, figura entre los principios rectores y se desarrolla en la exposición de motivos. Sin embargo, llama la atención el hecho de que se menciona una sola vez en el cuerpo de la ley, es decir en los preceptos que se incorporan a nuestro corpus legislativo. En concreto, se menciona únicamente en el artículo 781 quater, el artículo del nuevo capítulo sobre el procedimiento de determinación de la edad en el que se fijan los principios rectores del procedimiento. Además, en el mismo se hace referencia al deber de aplicar este principio durante la tramitación del procedimiento, echándose en falta, sin embargo, una referencia a este principio en la fase de resolución por la autoridad judicial, tal y como sí se

⁵⁵⁷ Artículo 781 decies.

menciona en la última frase de la exposición de motivos, en los siguientes términos:

“La presunción de minoría de edad durante el procedimiento deriva del principio del interés superior del menor recogido en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, en favor de la minoría de edad por ser ésta beneficiosa. Toda persona cuya edad no esté determinada debe presumirse que es menor de edad en tanto no recaiga una sentencia firme que ponga fin al procedimiento. Este principio debe regir también en la fase de resolución por la autoridad judicial, ya que en caso de duda tras la práctica de todas las pruebas debe resolverse a favor de la menor edad.”

De acuerdo con las recomendaciones internacionales, consideramos que se hubiera tenido que incorporar al artículo 781 decies, relativo a la vista principal y a la adopción de la sentencia, una referencia al hecho de que la autoridad judicial debe aplicar la presunción de minoría de edad en la fase de resolución en el sentido de que, si persisten dudas tras la práctica de todas las pruebas, deberá resolver a favor de la menor edad. Sorprende que un elemento de tal importancia se haya incorporado únicamente en la exposición de motivos y no en los preceptos que regulan el procedimiento y que serán los aplicados por los operadores judiciales encargados del mismo.

Otro aspecto criticable se refiere al carácter urgente del procedimiento. Si el carácter preferente redundaba en beneficio de la persona presuntamente menor, el carácter urgente puede suponer una merma de sus garantías procesales, en particular debido a la necesidad de disponer de tiempo suficiente para recabar la documentación de su país de origen, en particular a través del consulado. La urgencia implica plazos muy breves que pueden desvirtuar el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, impidiendo que se pueda obtener y presentar en sede judicial la prueba necesaria, en particular si no se prevé la suspensión de los plazos en caso de haber solicitado la mencionada documentación a las autoridades consulares⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ En este sentido se pronuncian también MOLINA MARTÍNEZ, L., “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados: marco normativo actual, doctrina jurisprudencial y la reforma para la judicialización del procedimiento y la efectiva preservación de la identidad personal”, *Derecho Privado y Constitución*, vol.

En cuanto a la asistencia letrada, desde la Abogacía española se han presentado enmiendas para fortalecerla, solicitando que, además de ser gratuita y obligatoria durante todo el procedimiento, se prevea que esta asistencia sea “proporcionada preferentemente por un abogado especializado en derechos de la infancia y adolescencia”⁵⁵⁹.

También, señalamos que no queda recogido el derecho de las personas extranjeras presuntamente menores a pedir la asistencia consular y el deber de las autoridades de informarles al respecto y de facilitarles este acceso. En este contexto, recordamos que el Comité de los derechos del niño y el Comité de los derechos de los trabajadores migrantes han solicitado a los Estados que garanticen que las personas menores migrantes no acompañadas tengan acceso efectivo al personal de su consulado y reciban asistencia consular, así como protección consular de sus derechos, y que los Estados formen a su personal consular acerca de la protección que deben otorgar a los menores migrantes⁵⁶⁰. Así lo recoge también alguna legislación o protocolo nacional⁵⁶¹, de acuerdo con las disposiciones de

44, pp. 175-214, pp. 206-207; y CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, “Alegaciones en el trámite de audiencia previa en el anteproyecto de ley por la que se regula el procedimiento de evaluación de la edad. Valoración y resumen de la propuesta por la Abogacía.”, 10 de mayo de 2022; accesible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2022/11/2022-05-10-EVALUACION-DE-LA-EDAD.pdf>

⁵⁵⁹ CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, “La Abogacía presenta enmiendas al proyecto de ley que modifica el procedimiento de determinación de la edad”, 25 de febrero de 2025, accesible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-abogacia-presenta-enmiendas-al-proyecto-de-ley-que-modifica-el-procedimiento-de-determinacion-de-la-edad/>

⁵⁶⁰ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, cit., párr. 17 e) y 19.

⁵⁶¹ Véase a título de ejemplo, la Ley de Migración de México de 2011, artículo 112, apartado II: “Se le informará a la niña, niño y adolescente del motivo de su presentación, de sus derechos dentro del procedimiento migratorio, de los servicios a que tiene acceso y se le pondrá en contacto con el consulado de su país, salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular”. También, el artículo 92 de la Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes de México de 2014 establece:

instrumentos internacionales que incorporan al deber de los Estados de garantizar el derecho de los migrantes de contactar con las autoridades consulares o diplomáticas para recibir asistencia. Además de la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios⁵⁶², el Pacto Mundial sobre la Migración de Naciones Unidas establece como uno de sus 23 objetivos prioritarios “Mejorar la protección, asistencia y cooperación consulares a lo largo de todo el ciclo migratorio”. En el marco de este objetivo, los Estados se han comprometido a “reforzar la protección y la asistencia consulares brindadas a nuestros nacionales en el extranjero, así como la cooperación consular entre los Estados, con el fin de salvaguardar mejor los derechos e intereses de todos los migrantes en todo momento”⁵⁶³.

“Las garantías de debido proceso que se deberán aplicar en los procesos migratorios que involucran a niñas, niños y adolescentes son las siguientes: I. El derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; II. El derecho a ser informado de sus derechos; III. El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario especializado; IV. El derecho de la niña, niño y adolescente a ser escuchado y a participar en las diferentes etapas procesales; V. El derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; VI. El acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; VII. El derecho a ser asistido por un abogado y a comunicarse libremente con él; [...]”. En cuanto a Guatemala, el gobierno ha desarrollado un protocolo para la asistencia consular de los menores migrantes con el apoyo de UNICEF, en THE UNITED NATIONS NETWORK ON MIGRATION, “Implementing the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. Guidance for governments and all relevant stakeholders”, 2023, p. 48: accesible en <https://migrationnetwork.un.org/system/files/docs/IOM-IGCM-BOOKLET-EN.pdf>

⁵⁶² El artículo 23 de la Convención sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (1990) reza: “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho”.

⁵⁶³ Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, aprobado en la Resolución 73/195 de la Asamblea general de Naciones Unidas del 19 de diciembre de 2018, Objetivo 14 y párrafo 30 respectivamente. Sobre este aspecto, véase GRANT, S., “GCM Commentary: Objective 14: Enhance consular protection, assistance and cooperation throughout the migration cycle”, Blog *Refugee Law Initiative*, 5 de noviembre de 2018, disponible en: <https://rli.blogs.sas.ac.uk/2018/11/05/gcm-commentary-objective-14/>.

Tampoco se indican las actuaciones a realizar si se detectan durante el procedimiento situaciones de vulnerabilidad que requieran de una atención especial: en particular, situaciones de violencia sexual u otras formas de violencia, torturas o malos tratos, que requieren de la derivación a servicios de atención especializados, y situaciones de persecución que requieren que se informe al menor de su derecho a solicitar asilo y que se le acompañe en la tramitación.

Finalmente, y pese a las mejoras significativas que introduce esta nueva normativa —las cuales incorporan garantías esenciales largamente reclamadas—, es preciso señalar que no se trata de un instrumento que ofrezca una respuesta integral al tratamiento que debe dispensarse a las personas menores extranjeras no acompañadas. En efecto, el texto se limita a regular el procedimiento de determinación de la edad, un componente importante dentro del conjunto de medidas necesarias, pero insuficiente por sí solo. Quedan fuera del alcance de esta norma aspectos igualmente relevantes, especialmente aquellos relacionados con la etapa previa al inicio del procedimiento, así como con problemáticas conexas que inciden directamente en la situación de estos menores. Entre estos aspectos, destacamos dos que nos parecen especialmente relevantes. En primer lugar, la cuestión de la atención que se prestará a estos menores antes y durante el procedimiento y las garantías relativas a la prohibición de la privación de libertad. Quedan sin regular las actuaciones previas relativas a la permanencia del menor en la frontera y la atención que se le prestará: ¿dónde permanecerá el o la menor en las primeras horas desde su localización y durante todo el procedimiento de determinación de la edad?, ¿cómo se garantizarán unas condiciones de acogida dignas y adecuadas a su edad y a la atención que se le debe prestar?⁵⁶⁴. En este contexto, tampoco se especifica como se prevendrá su detención como adulto y no se incluye el derecho al habeas corpus en caso de detención. Y finalmente, ¿cómo se concilia este régimen de protección del menor con el régimen de devolución coactiva o devoluciones en caliente de Ceuta y Melilla que, como hemos analizado, no garantiza la identificación de los menores no acompañados?

⁵⁶⁴ En este sentido se ha pronunciado también la Abogacía Española, en CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, “Alegaciones en el trámite de audiencia previa ...”, *cit.*

Estas son algunas de las cuestiones que no se abordan en el presente proyecto de ley. Un enfoque más amplio y articulado, a través de una ley integral específicamente dirigida a NNA extranjeros no acompañados, podría constituir una respuesta más adecuada, en vista de la especial vulnerabilidad de este colectivo y de las dificultades que la práctica ha evidenciado en materia de protección y coordinación de las intervenciones necesarias para garantizarla. Para evitar la repetición de las graves vulneraciones de derechos sufridas por menores no acompañados en la frontera española —documentadas en múltiples dictámenes del Comité de los Derechos del Niño— resulta imprescindible contar con un marco legal sólido, que aborde de manera integral y coordinada todos los aspectos relacionados con la acogida y protección de estos y estas menores especialmente vulnerables.

4.3. Mecanismos de implementación de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos

De lo expuesto anteriormente en relación con la ejecución de los dictámenes del Comité, se desprende que las deficiencias más relevantes en materia de implementación se observan en el ámbito de la ejecución individual, es decir, en la reparación que el Estado debe proporcionar a las víctimas y partes demandantes ante el Comité. No obstante, la ejecución en el plano general —que exige la adopción de medidas legislativas y de otra índole para garantizar la no repetición de las vulneraciones— resulta también, en buena medida, insatisfactoria. En este contexto, se revela necesario introducir en el ordenamiento jurídico español un mecanismo que asegure la ejecución efectiva de los dictámenes emitidos por los Comités, que les reconozca algún tipo de efecto jurídico y que establezca un procedimiento claro y preestablecido para su cumplimiento y seguimiento.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, en España no existen mecanismos específicos que promuevan la ejecución de los dictámenes de los Comités en el ordenamiento jurídico interno, ni en el plano individual ni en el general. Esta carencia, que afecta a distintos países, ha sido objeto de análisis por parte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) en el marco de sus tra-

bajos sobre el fortalecimiento del sistema de órganos de tratados. En su importante informe de 2012, la Alta Comisionada ha puesto por primera vez esta cuestión sobre la mesa, recomendando a los Estados la creación de un “Mecanismo para la presentación de informes y de coordinación nacional permanente”, cuya función sea facilitar tanto la presentación de informes a los Comités como la coordinación en el seguimiento de las recomendaciones y las decisiones de estos órganos⁵⁶⁵.

Se trata por lo tanto de un mecanismo enfocado más globalmente a todas las actividades de presentación de contribuciones y de seguimiento tanto en el contexto de la presentación de informes como de las comunicaciones individuales a los Comités⁵⁶⁶. Sus funciones hasta podrían ir más allá, puesto que la Alta Comisionada plantea que este mecanismo:

podrá servir en última instancia como el interlocutor central del Estado con todos los organismos y mecanismos de derechos humanos internacionales y regionales. Con ello se garantizará la coherencia de lo que se presenta en todos los niveles, así como también la coherencia en la implementación de sus recomendaciones y su seguimiento.⁵⁶⁷

En 2016, la OACNUDH publicó un Informe y una Guía práctica relativa a la creación y funcionamiento de los “Mecanismos nacionales para la implementación, la presentación de informes y el seguimiento” (“NMIRFs” por su sigla en inglés). Esta cuestión ha ido adquiriendo más relevancia en los últimos años en el Consejo de Derechos Humanos, que ha aprobado hasta cuatro resoluciones relacionadas con estos mecanismos nacionales entre 2015 y 2022. En la resolución 30/25 (2015), el Consejo de Derechos Humanos instó a los Estados a establecer y fortalecer sistemas y procesos nacionales de seguimiento de los derechos humanos y en la resolución 36/29 (2017) subraya la contribución de los NMIRFs en la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, mientras que

⁵⁶⁵ NACIONES UNIDAS, *Informe de la Alta Comisionada sobre el fortalecimiento del sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, A/66/860, 2012, párr. 4.5.4.

⁵⁶⁶ El Informe especifica que estos mecanismos “Podrán servir como la unidad responsable de responder a las comunicaciones individuales en virtud de los tratados y a las comunicaciones de los Procedimientos Especiales del CDH”, *ibid*, p. 99.

⁵⁶⁷ *Ibid*.

en la resolución 42/30 (2019) introduce la implementación como uno de los pilares de dichos mecanismos, lo que resulta especialmente relevante ya que el enfoque inicial de estos mecanismos se centraba más en la capacidad de presentar informes que en la capacidad de implementar y dar seguimiento a los pronunciamientos de estos mecanismos.

Finalmente, en 2022 el Consejo solicitó a la OACNUDH que organizara un seminario en Ginebra en 2023 y otro en 2024 para facilitar el intercambio de experiencias entre los Estados con miras a fortalecer sus mecanismos nacionales para la implementación, la presentación de informes y el seguimiento⁵⁶⁸. Mientras que el seminario de 2024 se ha tenido que aplazar debido a la crisis de liquidez que afecta a la Secretaría de las Naciones Unidas, los resultados del seminario de 2023 se han plasmado en el informe 57/73 de la OACNUDH que resume las prácticas y experiencias compartidas durante el mismo, así como las prácticas compartidas en otros foros⁵⁶⁹ que complementan o apoyan las conclusiones alcanzadas durante el seminario de Ginebra⁵⁷⁰.

El informe señala que, en los últimos años, las funciones de muchos de los mecanismos nacionales de implementación que han sido creados en distintos países se han ampliado más allá de la presentación de informes y que la supervisión de la aplicación de las recomendaciones de los órganos de derechos humanos es uno de los aspectos que se ha incluido en las atri-

⁵⁶⁸ NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, resolución 51/33 de 12 de octubre de 2022, A/HRC/RES/51/53.

⁵⁶⁹ En 2021, de conformidad con la resolución 42/30 del Consejo de Derechos Humanos, el ACNUDH organizó cinco consultas regionales para que los Estados y otras partes interesadas intercambiaran experiencias y buenas prácticas relativas al establecimiento y desarrollo de mecanismos nacionales y su repercusión en el cumplimiento efectivo de las obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos, en consulta con las partes interesadas pertinentes. Las conclusiones a las que se llegó y las recomendaciones formuladas en estas consultas se presentaron al Consejo en 2022 en el informe A/HRC/50/64 del ACNUDH, que lugar a la adopción por el Consejo de la resolución 51/33.

⁵⁷⁰ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe “Aplicación de la resolución 51/33, relativa a la promoción de la cooperación internacional en apoyo de los mecanismos nacionales para la aplicación, la presentación de informes y el seguimiento”, 26 de julio de 2024, A/HRC/57/73.

buciones de algunos de ellos. Es el caso, por ejemplo, del Comité Nacional de Derechos Humanos de Portugal, cuyas tareas incluyen la formulación de propuestas de medidas, incluidas medidas legislativas, el intercambio de mejores prácticas a nivel internacional y la promoción de los derechos humanos a nivel nacional. Estas amplias atribuciones han ayudado a Portugal a aumentar la visibilidad del mecanismo y a llegar a las partes interesadas, mejorando así no solo la calidad de los informes sino también la aplicación de las recomendaciones de los mecanismos de derechos humanos⁵⁷¹. En el informe se señala, también, la labor del Consejo Nacional de Derechos Humanos establecido en la República de Moldova, que supervisa la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por parte de las autoridades e instituciones públicas, así como el cumplimiento de las recomendaciones formuladas por los mecanismos de derechos humanos⁵⁷².

Mecanismos de este tipo existen también en otros países, como la República Checa, que tiene una normativa específica relativa al seguimiento de los mecanismos internacionales de derechos humanos. Esta prevé la adopción de resoluciones tanto por parte del gobierno como de un Comité de Expertos específico encargado de esta cuestión⁵⁷³. También, en Colombia la Ley 288 de 1996 establece mecanismos para la indemnización a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos, siendo un Comité específico el que hace dicho seguimiento y control⁵⁷⁴.

Sin duda, los mecanismos nacionales para la aplicación, la presentación de informes y el seguimiento desempeñan un papel fundamental a la hora de mejorar el compromiso de los Estados con los mecanismos tanto internacionales como regionales de derechos humanos y de facilitar la aplicación de sus recomendaciones y decisiones en los planos nacional y local, como lo establece el informe de la Alta Comisionada en una de sus

⁵⁷¹ Ibid., párr. 22 y 23.

⁵⁷² Ibid., párr. 22.

⁵⁷³ Véase de ASÍS SANZ GANDASEGUI, F., “La recepción de los dictámenes de los comités en el derecho español y comparado”, en M., IZQUIERDO SANS, C. (Dir.) y GARCÍA CASAS, M. (Coord.), *Litigación internacional para la defensa de los derechos humanos*, Ed. Colex, 2022, pp. 157-179, pp. 170-171.

⁵⁷⁴ GOBIERNO DE COLOMBIA, 1996, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=28597>

principales conclusiones. Otras conclusiones destacadas en este informe, que deberían orientar la actuación del Gobierno de España en este ámbito, incluyen la recomendación de crear estructuras permanentes dotadas de recursos adecuados, capacidad de influencia política y competencias suficientes. Asimismo, se subraya la importancia de establecer marcos jurídicos e institucionales sólidos, así como los beneficios de garantizar una representación diversa y plural en la composición de dicho órgano. También, se indica que suelen obtener mejores resultados los mecanismos que gozan de un mayor nivel de apoyo político y que para lograrlo deberían establecerse a nivel del Gabinete del presidente o del primer ministro. Finalmente, se señala como otra buena práctica el hecho de que los miembros de los mecanismos nacionales provengan tanto del ámbito político como del técnico⁵⁷⁵.

Dado que el establecimiento de un mecanismo nacional con estas características resulta especialmente necesario en el contexto español, a continuación se presentan algunas propuestas que ya han sido planteadas, en particular por la Secretaría de Estado para la Agenda 2030, y que consideramos entre las más adecuadas para avanzar en esta materia.

En primer lugar, debería establecerse un mecanismo nacional para la implementación, la presentación de informes y el seguimiento. Dado que el principal problema en España no radica en la presentación de informes, sino en la implementación efectiva de los pronunciamientos de los Comités, consideramos acertada la propuesta de establecer un “Comité de Seguimiento de las Resoluciones de los Órganos Internacionales de Derechos Humanos”. Este órgano tendría como función velar por el cumplimiento de las resoluciones de los Comités de tratados, incluyendo tanto las observaciones finales derivadas de los exámenes periódicos como las medidas cautelares y los dictámenes emitidos en el marco de comunicaciones individuales. Asimismo, su mandato podría extenderse a otros mecanismos internacionales de derechos humanos, como los procedimientos especiales. El establecimiento de este Comité de seguimiento se ha planteado en la “Estrategia de desarrollo sostenible 2030” presentada por el Ministerio de derechos sociales y Agenda 2030 como una de las priorida-

⁵⁷⁵ A/HRC/57/73, cit., párr. 63-65.

des de actuación en relación con el reto 6 relativo a la calidad de los servicios públicos⁵⁷⁶.

Para hacer efectivo este mecanismo, se deberían elaborar también protocolos especiales para la tramitación de la solicitud de medidas cautelares por parte de los Comités de derechos humanos de la ONU y para la implementación de sus dictámenes y otros pronunciamientos, como las Observaciones finales. Estos procedimientos conllevarían tanto la reparación efectiva de las víctimas —medidas de carácter individual— como la formulación de propuesta para la adopción de medidas de carácter general dirigidas a prevenir la repetición de las vulneraciones en cuestión.

El Estado español ha dado unos pasos dirigidos a la adopción de medidas de estas características con la adopción del II Plan Nacional de Derecho Humanos 2023-2027, que incluye dos provisiones pertinentes en el marco del objetivo general 2.10 titulado “Reforzar el compromiso con el sistema de derechos humanos”:

275. Reconocimiento de la importante función que tienen los informes, dictámenes y demás pronunciamientos de los órganos de tratados de derechos humanos de los que España es Estado parte, a la hora de interpretar el contenido de dichos tratados y velar por su aplicación, así como de la necesidad de que este tipo de pronunciamientos sean convenientemente analizados para, a partir de los mismos, proponer las actuaciones políticas o las modificaciones normativas pertinentes.

276. Aprobación de un protocolo, o instrumento similar, que defina la forma en la que las autoridades competentes dan seguimiento y respuesta a los dictámenes y demás pronunciamientos de los órganos de los tratados de derechos humanos de los que España sea parte.

⁵⁷⁶ MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Estrategia de desarrollo sostenible 2030*, p. 175. Véase también PLATAFORMA DESC, “Documento de posicionamiento de la Plataforma DESC en relación con la Circular 1/2020 de la Abogacía del Estado, traslado de nota sobre “La naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los comités encargados del seguimiento de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas” de 22 de octubre de 2020”, disponible en: <https://observatoridesc.org/sites/default/files/publication/files/documento-dictamenes-desc.pdf>, pp. 33-34.

El Plan prevé asimismo la creación de un Comité de dirección encargado de vigilar la ejecución del plan y que tendrá entre sus funciones “dar seguimiento a los dictámenes y demás pronunciamientos de los órganos de los tratados de derechos humanos de los que España sea parte”⁵⁷⁷. Este Comité tendrá el apoyo de una Comisión interministerial de seguimiento.

La creación y regulación de estos órganos se ha materializado en nuestro ordenamiento con la adopción del Real Decreto 709/2024, de 23 de julio, que prevé que ambos órganos se constituyan en un plazo máximo de seis meses⁵⁷⁸. El Decreto prevé que, además de garantizar y supervisar la implementación del Plan, la Comisión interministerial de seguimiento queda encargada de elaborar “los informes de seguimiento de los dictámenes y demás pronunciamientos de los Órganos de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de los que España sea parte, así como de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”⁵⁷⁹, a través de una subcomisión. Estos informes serán remitidos al Comité de dirección, que tiene la responsabilidad de “dar seguimiento”⁵⁸⁰ a los mismos.

Esta Comisión está pensada como un órgano de coordinación interministerial presidido por el Director del Gabinete del Secretario o Secretaria de Estado de Relaciones con las Cortes y Asuntos Constitucionales y del que formarán parte los subdirectores de los departamentos ministeriales pertinentes. Asimismo, esta Comisión puede solicitar la participación de entidades o personas expertas. En cuanto al Comité de dirección, el decreto lo describe como un órgano institucional de participación administrativa y de representación de la sociedad civil, con funciones de propuesta y supervisión del cumplimiento del Plan, presidido por el Secretario o Secretaria de Estado de Relaciones con las Cortes y Asuntos Constitucionales.

Estos órganos aún no se encuentran operativos, por lo que no es posible, por el momento, realizar una evaluación de su labor ni de su eficacia

⁵⁷⁷ Ibid., p. 127.

⁵⁷⁸ Real Decreto 709/2024, de 23 de julio, por el que se crean y regulan los órganos de coordinación, seguimiento y participación del II Plan Nacional de Derechos Humanos (2023-2027).

⁵⁷⁹ Ibid., artículo 8, apartado 1 c).

⁵⁸⁰ Ibid., artículo 3, apartado 1 g).

en la práctica. No obstante, a modo de valoración preliminar del marco normativo que los regula, consideramos positiva su composición amplia y diversa, que incluye representantes de distintos departamentos ministeriales —tanto con perfil político como técnico—, de comunidades autónomas y de organizaciones de la sociedad civil. También resulta positiva su adscripción a la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes y Asuntos Constitucionales, dependiente del Ministerio de la Presidencia. Sin embargo, cabe señalar que la Comisión Interministerial de seguimiento de otro plan, el Plan de Acción por la Democracia, cuenta con un nivel de representación de mayor rango, al estar integrada por ocho ministros y presidida por el Ministro de la Presidencia.

No obstante, una cuestión que podría suscitar dudas respecto a la capacidad de estos órganos para garantizar la efectiva implementación de los dictámenes de los Comités es la amplitud de su mandato, que abarca el seguimiento de las 421 medidas contempladas en el Plan de Acción para los Derechos Humanos. Por un lado, esta amplitud permite adoptar un enfoque integral y otorga mayor visibilidad y legitimidad a los mismos. Sin embargo, al tratarse de unos mecanismos centrados, en términos generales, en la implementación de la política interna de derechos humanos, su falta de especialización en el seguimiento específico de los órganos internacionales de derechos humanos plantea el riesgo de que la atención dedicada a la ejecución de los dictámenes de los Comités quede relegada o diluida. Cabe esperar que la práctica futura demuestre lo contrario.

Sin embargo, a fin de dar respuesta a esta limitación, consideramos que la creación de un “Comité de Seguimiento de las Resoluciones de los Órganos Internacionales de Derechos Humanos”, como órgano especializado, seguiría siendo necesaria. Podría contemplarse su establecimiento como una subcomisión dentro de la Comisión de Seguimiento creada por el Real Decreto de 2024, con el objetivo de asegurar un enfoque más técnico y específico en relación con la implementación de los dictámenes y recomendaciones emitidos por los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. De hecho, podría tratarse de la subcomisión que, de acuerdo con los artículos 8, apartado 1 c) y 11, apartado 4 del decreto, queda encargada de preparar los informes de seguimientos de los dictámenes de los órganos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, no se ha otorgado ninguna denominación a esta subcomisión, que por otra parte

acaba siendo un órgano de un rango excesivamente subordinado para cumplir con la visibilidad e importancia a las que apuntan las recomendaciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos a las que hemos hecho referencia. En conclusión, el sistema creado presenta un elevado —y posiblemente excesivo— grado de complejidad, dado que las funciones del mecanismo se han distribuido entre órganos pertenecientes a tres niveles distintos. Esta estructura podría dificultar su operatividad, generar problemas de coordinación e incluso diluir el compromiso institucional y la eficacia en el cumplimiento de sus objetivos.

En cuanto a la recomendación formulada en la propia Estrategia 2030 del gobierno relativa a la elaboración de protocolos especiales para la tramitación de solicitudes de medidas cautelares de los Comités y para la implementación de sus dictámenes definitivos, una implementación que conlleve la reparación efectiva de las víctimas y la adopción de garantías de no repetición, el II Plan de derechos humanos prevé la aprobación de un protocolo o instrumento similar que defina la forma en la que las autoridades competentes darán seguimiento y respuesta a los dictámenes y demás pronunciamientos de los órganos de los tratados de derechos humanos (medida 276). Sin embargo, constatamos que el decreto no incluye ninguna referencia a la elaboración de los mismos.

En relación con la recomendación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la conveniencia de otorgar rango legal a los mecanismos y procedimientos de seguimiento, constatamos que en el caso de España dichos órganos han sido establecidos mediante un instrumento de carácter reglamentario, concretamente un real decreto. En este contexto, y con vistas al futuro, proponemos que, una vez evaluada y consolidada la actividad de estos órganos, verificada su adecuación a los objetivos de implementación previstos e introducidas las modificaciones necesarias, su configuración y funcionamiento puedan ser incorporados a través de una reforma de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Dicha modificación podría materializarse mediante la incorporación de un artículo específico sobre la ejecución de los dictámenes y demás pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos en el capítulo IV de la Ley 25/2014, relativo a la “Aplicación e interpretación de los tratados internacionales”. Alternativamente, en una versión más ambiciosa, podría contemplarse la introducción de un nuevo tí-

tulo dedicado a los tratados internacionales de derechos humanos, que recoja de forma sistemática las medidas y procedimientos mencionados en el apartado anterior. En este sentido, cabe destacar que la propia Estrategia 2030 del Gobierno propone la creación de este nuevo título, en el que “se contemplen garantías para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales del sistema de Naciones Unidas suscritos por España, así como al artículo 10.2 de la Constitución”⁵⁸¹.

Finalmente, consideramos deseable una ampliación de los supuestos habilitantes para la interposición de recursos de revisión. Si bien somos plenamente conscientes de la diferencia entre los dictámenes emitidos por los Comités de derechos humanos de Naciones Unidas y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente en lo que respecta a su naturaleza no jurisdiccional, debería contemplarse la posibilidad de que dichos dictámenes puedan abrir esta vía procesal en aquellos casos en que así lo exijan las circunstancias. Esta opción podría condicionarse al cumplimiento de ciertos requisitos que acoten su aplicación a supuestos en los que resulte realmente necesaria, con el fin de preservar la seguridad jurídica y evitar un uso indiscriminado del recurso.

No obstante, reconocemos que la incorporación de esta solución en el corto plazo presenta importantes dificultades. En cualquier caso, se trataría de una medida complementaria a las demás propuestas formuladas, ya que en la mayoría de los supuestos —incluidos aquellos analizados en el presente trabajo— la reparación solicitada no guarda relación con condenas penales ni con otros aspectos ya resueltos mediante sentencia firme, sino que se orienta fundamentalmente a la adopción de medidas de carácter indemnizatorio, al acceso a recursos asistenciales o médicos, o a actuaciones administrativas como, por ejemplo, la regularización de la situación administrativa de la persona afectada.

⁵⁸¹ MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Estrategia de desarrollo sostenible 2030*, p. 175. Véase también PLATAFORMA DESC, “Documento de posicionamiento de la Plataforma DESC en relación con la Circular 1/2020 de la Abogacía del Estado ...”, cit., p. 34.

5. CONCLUSIONES

A la luz del análisis realizado y de las conclusiones previamente expuestas en relación con las distintas cuestiones abordadas, consideramos oportuno presentar unas conclusiones finales que, a modo de recapitulación, ofrezcan una visión de conjunto. Estas conclusiones se estructuran en torno a tres grandes áreas temáticas: el marco normativo internacional, la práctica española y la ejecución de los dictámenes de los Comités y su impacto en el ordenamiento jurídico nacional.

5.1. Marco internacional

En el ámbito de Naciones Unidas, puede afirmarse que el marco normativo existente resulta suficientemente adecuado. Aunque no exista un instrumento vinculante relativo a los derechos de los menores extranjeros no acompañados y las correspondientes obligaciones de los Estados, las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño proveen un marco de principios generales y de derechos específicos que, combinado con el trabajo exegético del Comité de los Derechos del Niño, proporciona unas directrices claras y completas sobre el alcance de las obligaciones de los Estados en relación con la protección de los niños, niñas y adolescentes extranjeros que llegan a su territorio no acompañados.

Este marco normativo se articula en torno al principio fundamental del interés superior del menor y reconoce un conjunto de derechos esen-

ciales. Entre ellos destacan: el derecho del y de la menor a ser oído y a no ser objeto de discriminación; el derecho a la protección especial del Estado en caso de encontrarse privado de su entorno familiar; el derecho a la vida y al desarrollo en un sentido amplio; el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes; el derecho a la identidad —incluyendo el reconocimiento de su minoría de edad como parte esencial de esta—; así como el derecho a la educación y a la salud, a solicitar asilo y no ser devuelto a un país donde exista un riesgo real de sufrir tratos inhumanos o degradantes, o cualquier otro “daño irreparable”, concepto que abarca una protección más amplia.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido en sus dictámenes y Observaciones generales que los y las menores no acompañados tienen derecho al reconocimiento de la validez de su documentación oficial. En caso de carecer de documentación, tienen derecho a que su edad sea determinada mediante un procedimiento previamente establecido, dotado de garantías específicas. Este procedimiento debe basarse prioritariamente en una evaluación psicosocial realizada por profesionales especializados, recurriéndose solo de forma subsidiaria y excepcional —debidamente justificada— a pruebas médicas invasivas como las radiografías. Además, los y las menores tienen derecho a prestar o negar su consentimiento de manera informada, a contar con un tutor que le asesore durante todo el procedimiento, y a disponer de un intérprete y de asistencia letrada. Finalmente, y en virtud del principio de presunción de minoría de edad, tienen derecho a ser tratados como menores mientras no concluya el procedimiento de determinación de la edad.

En cuanto al Derecho europeo vigente, las disposiciones relativas a los menores extranjeros no acompañados contenidas en las directivas sobre migración y asilo resultan insuficientes y claramente susceptibles de mejora. Por su parte, el conjunto de instrumentos que conforman el Pacto sobre Migración y Asilo de la Unión Europea —adoptado en junio de 2024, pero que entrará en vigor a mediados de 2026— introduce modificaciones sustanciales en la normativa europea en esta materia. Aunque incorpora ciertos avances en relación con los menores no acompañados, también presenta importantes retrocesos y, en cualquier caso, no establece un enfoque integral para abordar su situación. Entre los aspectos positivos que recogen las disposiciones incluidas en el Pacto en relación con este colecti-

vo de niños, niñas y adolescentes especialmente vulnerables, cabe destacar los siguientes:

- Las personas extranjeras no acompañadas quedan exentas de los procedimientos fronterizos: se trata de un aspecto que ha de valorarse muy positivamente, puesto que los procedimientos fronterizos son unos procedimientos acelerados con unas garantías reducidas y que implican, además, la detención en instalaciones fronterizas, por lo que son totalmente inadecuados para las personas menores en general y para las no acompañadas en particular.
- Se describen los criterios que deben guiar la determinación del interés superior del menor, y se establece el deber de realizar una evaluación individualizada de la situación del y de la menor antes de cualquier traslado.
- Se fortalece el papel del tutor en todos los procedimientos de asilo.
- Se adopta una definición ampliada de “familia” en el marco de la reagrupación familiar, que incluye, además de los progenitores, “otro adulto responsable del menor, ya sea conforme a la ley o a la práctica de dicho Estado miembro”, o un hermano u otro “pariente”, siempre que estos residan legalmente en el otro Estado miembro.
- Cuando se adopten planes de reubicación, se debe priorizar la reubicación de los y las menores no acompañados y se prevé un apoyo financiero reforzado para el Estado que los acoge.

Sin duda, se trata de avances en términos de protección que eran muy necesarios. Sin embargo, hay otros aspectos que suponen unos retrocesos. Por una parte, la exclusión de las personas menores de los procedimientos fronterizos no es absoluta sino relativa, puesto que se podrá aplicar este procedimiento a los y las menores que se consideren “un peligro para la seguridad nacional o el orden público”. Preocupa especialmente la posible interpretación divergente que cada Estado miembro pueda hacer de este concepto, el cual no queda definido en el reglamento. A nuestro juicio, ello otorga un margen excesivo de discrecionalidad en su aplicación, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad. Esta preocupación se ve agravada por el hecho de que, con la adopción del Pacto, los procedimientos fronte-

rizos han dejado de ser una excepción para convertirse en la norma, lo que constituye un claro retroceso con un impacto potencialmente devastador sobre los derechos fundamentales de las personas migrantes y solicitantes de asilo. En este contexto, la ambigüedad de dicha excepción relativa a los y las menores no acompañados resulta particularmente alarmante.

Existe, sin embargo, otro aspecto que representa un retroceso aún más preocupante, dado que afectará previsiblemente a un porcentaje significativo de menores no acompañados. Se trata del hecho de que el Reglamento no solo mantiene, sino que amplía los motivos por los que un Estado miembro puede someter a un niño, niña o adolescente no acompañado al otro procedimiento especial: el procedimiento acelerado. En efecto, el procedimiento acelerado podrá aplicarse a una o un menor no acompañado si procede de un país de origen seguro o con una tasa de reconocimiento de asilo que es inferior al 20% de la media UE, o si representa un peligro para el orden público o la seguridad nacional, si se trata de una solicitud posterior no inadmisibile, o si presenta información o documentación falsa, si oculta información relevante o si existen motivos fundados para considerar que haya destruido o se haya desecho de documentos de identidad o de viaje con el fin de ocultar su identidad o nacionalidad.

Esta disposición resulta altamente cuestionable, no solo por abarcar un conjunto excesivamente amplio de supuestos, sino también porque ignora que la extrema vulnerabilidad de una persona menor no acompañada, es decir, de un niño, niña o adolescente sin familia ni referente adulto en un país extranjero, exige que se le otorguen todas las garantías procedimentales. Entre estas garantías se incluyen plazos suficientes para recibir asesoramiento legal, formular una solicitud debidamente fundamentada y, en caso de resultar necesario, preparar un recurso contra una eventual denegación. El procedimiento acelerado, sin embargo, restringe drásticamente estas garantías, vaciándolas de contenido en la práctica. Si este procedimiento ya resulta muy problemático para las personas adultas, lo es aún más para una persona menor en situación de desprotección. Por tanto, sostenemos que los y las menores no acompañados deben ser excluidos, en todos los casos, tanto de los procedimientos fronterizos como de los procedimientos acelerados, dado que tales procedimientos no garantizan las salvaguardias necesarias para la protección efectiva de sus derechos.

También, quedan otras cuestiones sin abordar, en particular en las fases tempranas del procedimiento. Lo que más preocupa es la nueva fase de control previo a la entrada, llamada de triaje, que se introduce como etapa previa al procedimiento de asilo o de retorno. En esta fase, se identifica a la persona y se decide si se le remite directamente a un procedimiento de retorno o si se le deriva al procedimiento de asilo, y si este último será el procedimiento fronterizo o normal. Esta fase, tan importante en términos de derivación hacia un procedimiento más o menos garantista y protector, carece de las garantías procesales más básicas para los y las menores no acompañados —y no solo para ellos—. En el Reglamento de triaje, no se menciona ni una sola vez a los y las menores extranjeros no acompañados. Además, la única garantía que se prevé para todos los y las menores en general es que se les prestará apoyo a través de personal cualificado, en cooperación con las autoridades de protección del menor (art. 9.3). Pero no se especifica lo que esto implica y requiere en la práctica, tratándose sin duda de una disposición demasiado general.

Más allá de esto, en esta fase no se prevé el derecho a la asistencia letrada, ni el nombramiento de un tutor, ni el deber de información acerca de los derechos que asisten al y a la menor. Tampoco se incluye ninguna previsión acerca de cómo se determinará la minoría de edad en caso de que un menor la alegue y de que no tenga documentación o existan duda fundadas acerca de la autenticidad de la misma, y con qué garantías, ni cuál es el procedimiento para derivar a las personas menores no acompañadas hacia el procedimiento de asilo normal (y no fronterizo). Tampoco se establece donde se alojarán las personas menores o que declaran ser menores mientras dure el procedimiento de triaje, que puede durar hasta 5 días o, en caso de afluencia masiva de migrantes, hasta 10 días. Por lo tanto, este Reglamento podría permitir la detención de menores, hasta de los no acompañados, como norma durante este periodo, lo que constituiría una grave regresión en términos de derechos, contraria al interés superior del menor y a los estándares internacionales relativos a la protección de los menores incorporados en los otros Reglamentos que conforman el Pacto y en general en el Derecho de la UE.

Asimismo, considerando la falta de garantías en esta fase inicial del procedimiento, será muy fácil que los y las menores no acompañados, que a menudo llegan indocumentados, sean *de facto* tratados como personas

adultas y por lo tanto derivados hacia los procedimientos de retorno o de asilo fronterizos, y finalmente devueltos como adultos sin recibir la protección y asistencia que requieren. Y esto sin que quede rastro de estas devoluciones, ya que constarán como devoluciones de adultos en los registros.

En conclusión, la incorporación de esta fase previa desvirtúa la supuesta orientación garantista hacia los y las menores no acompañados que pretende incorporar el conjunto de instrumentos adoptados en el marco del Pacto. Ello se debe a que, tal como está diseñado el sistema —y en particular por la introducción de esta fase de triaje—, las garantías contempladas en otros instrumentos, como el Reglamento de Asilo o la Directiva de Acogida, no se aplicarán a todas las personas menores no acompañadas: en la práctica, es más que probable que estas garantías solo se aplicarán a aquellos y aquellas menores que tendrán la suerte de superar la fase de triaje siendo identificados como tales y siendo derivados al procedimiento de asilo no fronterizo, excluyendo de facto a muchos otros que se derivarán a los procedimientos de retorno o de asilo fronterizo sin haber sido identificados como menores.

En definitiva, resulta evidente la necesidad de una regulación a nivel europeo que aborde de manera específica e integral el trato a los menores no acompañados, en particular en los contextos fronterizos. A pesar de que los instrumentos que conforman el Pacto sobre Migración y Asilo incorporan ciertas disposiciones relativas al procedimiento de determinación de la edad y a las garantías que deben otorgarse a niños, niñas y adolescentes en el procedimiento de asilo, el nuevo marco normativo continúa siendo fragmentario e insuficiente para garantizar una protección efectiva. Además, en algunos aspectos de fundamental importancia el Pacto ha rebajado las garantías de protección exponiendo todavía más a los menores no acompañados a determinados riesgos. A la luz de lo anterior y de la preocupación expresada por numerosos órganos europeos acerca de las vulneraciones de los derechos humanos de los menores extranjeros no acompañados que se producen en las fronteras de la Unión, sería altamente deseable la adopción en el ámbito de la Unión europea de un instrumento jurídico dedicado únicamente a esta cuestión, tal y como lo ha recomendado el Comité Económico y Social Europeo en diciembre de 2020. Debería tratarse de una directiva o un reglamento que aborde de forma específica e integral la protección de NNA extranjeros no acompañados que llegan a la

frontera de la Unión, y que permita incorporar en el Derecho de la UE el conjunto de los estándares internacionales pertinentes.

En caso de que, a corto plazo, no resulte viable la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante debido a las profundas discrepancias entre los Estados miembros en materia de migración y asilo —que han dificultado seriamente la posibilidad de alcanzar un consenso en los últimos años—, se debería al menos conseguir la adopción de un nuevo Plan de acción de la UE sobre menores extranjeros no acompañados que dé continuidad al Plan de 2010-2014, desarrollándolo y concretando más las actuaciones necesarias para armonizar la respuesta de los Estados y garantizar que esta sea conforme a los estándares de derechos humanos y de protección de la infancia.

5.2. Práctica española a la luz de la jurisprudencia del Comité de los Derechos del niño y europea

El marco normativo español, y en particular la Ley de Protección Jurídica del Menor, contempla algunas disposiciones relevantes sobre los y las menores extranjeros no acompañados, reconociendo su derecho a ser derivados con celeridad a los servicios de protección de menores y a disfrutar de los derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los NNA nacionales. No obstante, la normativa aplicable en materia de detección en frontera, de determinación de la edad y de asistencia durante y después de la determinación de la edad resulta deficiente y deja a menudo a estos NNA en una situación de desprotección. Como pone de manifiesto el análisis de la jurisprudencia del Comité de los Derechos del Niño, el trato que España dispensa a los y las menores extranjeros no acompañados que llegan a su frontera resulta en demasiados casos muy inadecuado, al constituir diversas violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos, en particular de la Convención sobre los Derechos del Niño. En la mayoría de los casos, estas vulneraciones se producen en relación con los siguientes aspectos:

1. Se están llevando a cabo procedimientos de determinación de la edad sumarios o arbitrarios, que no respetan las garantías que establece el Derecho internacional, en particular porque:

- o se utilizan las pruebas radiológicas como único método de prueba, y no como último recurso, a pesar de que los estándares internacionales establezcan que deben utilizarse como último recurso. En concreto, establecen que deben utilizarse primero los métodos no médicos —la valoración de las pruebas documentales y la entrevista al menor en primer lugar, y la valoración psico-social del presunto menor en segundo lugar— y solo si estas valoraciones no han aportado elementos esclarecedores sobre la edad, puede procederse, y siempre de forma motivada, a las pruebas médicas, siendo las radiológicas las de *ultima ratio*.
 - o no se entrevista el y la menor ni se escucha su relato, y no se recaba su consentimiento informado para las pruebas médicas.
 - o no se informa al y a la menor acerca del procedimiento de determinación de la edad y de sus derechos en el marco de este, y no se nombra un tutor para asesorarle en el procedimiento ni tampoco un intérprete para permitirle entender el procedimiento que se va a realizar y en general expresarse.
 - o en casos relativos a niñas, se han llevado a cabo pruebas intrusivas y discriminatorias con desnudos integrales y exploración de los órganos sexuales, unos exámenes que, además de no ser útiles para determinar la edad a partir de los 16 años, tienen un impacto altamente prejudicial en la dignidad y vida privada de la persona, y deben ser prohibidos.
 - o en muchos casos, los y las menores no tienen acceso a un abogado o han tenido acceso a un abogado solo una vez terminado el procedimiento de determinación de la edad, es decir cuando ya se había adoptado una resolución de mayoría de edad y se había emitido una orden de devolución a su país de origen.
 - o no se permite recurrir la decisión sobre la edad, y a veces la decisión ni siquiera se notifica a la persona menor en cuestión.
2. España está llevando a cabo procedimientos de determinación de la edad en casos en los que no debería hacerlo porque los menores disponen de documentos que demuestran su minoría de edad. En contra de la doctrina del Comité de los derechos de niño y del Tribunal Supremo, que adoptó su misma postura en 2020, las autoridades siguen sin otorgar valor probatorio a documento ofi-

ciales del Estado de origen (pasaporte, actas de nacimiento) sin haberlos impugnarlos y sin haber verificado su autenticidad con las autoridades consulares correspondientes.

3. Las autoridades españolas han, de forma reiterada, detenido en los calabozos de las comisarías y en los CIEs, juntos con adultos, a menores extranjeros no acompañados e indocumentados que alegan ser menores de edad, sin iniciar un procedimiento de determinación de la edad, a pesar de que estos menores lo estuvieran reclamando de forma reiterada. Violan así frontalmente la obligación de presumir la minoría de edad de una persona hasta que se haya llevado a cabo el procedimiento correspondiente, una presunción que exige alojar a los presuntos NNA en condiciones idóneas a su edad y separados de los adultos.
4. En algunos casos, las autoridades españolas siguen manteniendo en los CIEs a menores extranjeros no acompañados que han presentado documentación acreditativa de su minoría de edad.
5. Es también tristemente frecuente que, cuando las autoridades liberan de un CIE a un menor al haber quedado acreditada su minoría de edad, lo abandonen desamparado sin atención, incumpliendo su deber de nombrarles un tutor, de integrarles en las estructuras de protección de menores establecidas para su acogida y de llevar a cabo procedimientos de determinaciones del interés superior del menor. De esta forma, vulneran todos sus derechos, incluso el derecho a la vida, a la protección, a la salud, a la educación y al desarrollo, además de exponerles a un claro riesgo de trata con fines de explotación principalmente sexual o laboral.
6. Asimismo, las autoridades españolas exponen a la mayoría de los NNA extranjeros no acompañados a un riesgo de devolución, que muchas veces ha podido ser evitado solo *in extremis* gracias a la intervención de abogados y organizaciones especializadas. En estas condiciones, es más que probable que sean muchas las devoluciones de menores extranjeros no acompañados que se habrán llevado a cabo sin que hayamos podido tener constancia de ello. Sin embargo, en uno de los casos examinados —*D.D. c. España*— ha quedado establecido que las autoridades han llevado a cabo la devolución en caliente de un menor a Marruecos en violación de todas las garantías aplicables en virtud de la normativa internacional y nacional.

7. Finalmente, España no garantiza el acceso a los procedimientos de asilo para estos NNA que, a pesar de manifestar su voluntad de solicitar protección internacional, en algunos casos no pueden hacerlo, esencialmente porque las autoridades no cumplen con su obligación de nombrarles un tutor y la legislación prevé que solo puedan solicitar asilo acompañados de su tutor o entidad tutora.

A la luz de las vulneraciones de la Convención sobre los Derechos del Niño declaradas por el Comité de los Derechos del Niño y atribuidas a España —entre ellas, la infracción de los artículos 3 (interés superior del menor), 8 (derecho a la identidad), 12 (derecho a ser oído, directamente o a través de un representante), 16 (derecho a la vida privada), 20 (derecho a la protección del Estado en caso de privación del entorno familiar) y 37, apartados a) y b) (prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes y de la detención arbitraria de menores)— resulta imprescindible que el Estado adopte medidas legislativas y administrativas orientadas tanto a reparar como a prevenir dichas violaciones. Estas acciones deben traducirse en la incorporación efectiva de los estándares internacionales en el ordenamiento jurídico y en la práctica administrativa, así como en la implementación de las recomendaciones contenidas en los quince dictámenes emitidos por el Comité, objeto de análisis en el presente estudio.

Asimismo, los dictámenes del Comité deben implementarse teniendo en cuenta la cada vez más abundante jurisprudencia europea sobre el trato que debe dispensarse a los menores extranjeros no acompañados que solicitan protección en la Unión Europea. Esta jurisprudencia no solo respalda, sino que refuerza la interpretación de los estándares internacionales realizada por el Comité. Entre los aspectos abordados por los tribunales europeos, tanto el de Estrasburgo como el de Luxemburgo, destacan la necesidad del consentimiento informado para las pruebas de determinación de edad, la utilización de pruebas radiológicas solo como último recurso, la detención de menores solo en casos excepcionales debidamente motivados y nunca de forma automática, y la obligación de realizar una evaluación individualizada del interés superior del menor antes de proceder a cualquier retorno. Aunque esta jurisprudencia no va dirigida específicamente a España, sino que se refiere a casos ocurridos en Francia, Bélgica, Grecia, Malta o Italia, es de obligado cumplimiento para todos los Estados de la UE puesto que determina cómo debe interpretarse y aplicarse el Derecho europeo en esta materia.

5.3. La ejecución de los dictámenes del Comité en España y el nivel de adecuación del marco normativo nacional

En cuanto al impacto de la jurisprudencia del Comité de los Derechos del Niño en el marco normativo español, el análisis de los quince dictámenes relativos al trato dispensado a NNA no acompañados en España permite concluir que dicha jurisprudencia ha tenido un efecto positivo sobre el ordenamiento español, al menos en determinados aspectos. Por una parte, el Tribunal Supremo ha establecido en 2020 el deber de las autoridades españolas de otorgar valor probatorio a la documentación oficial de otros países para la determinación de la edad y de no negar este valor si no se ha impugnado su autenticidad de forma oficial. Por otra parte, la Ley Integral de Protección a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia de 2021 ha incorporado la prohibición absoluta de los desnudos integrales y exploraciones genitales como parte de las pruebas de determinación de la edad de los y las menores extranjeros no acompañados. Ambas mejoras responden a las recomendaciones formuladas por el Comité en su jurisprudencia.

Sin embargo, otras recomendaciones relativas a medidas de alcance general no han sido todavía ejecutadas por el Estado español, aunque confiamos en que podrían serlo próximamente. Es el caso de la formulada en el asunto *D.D. contra España*, relativo a la devolución en caliente de un menor a Marruecos sin examinar su situación ni ofrecerle siquiera la posibilidad de ser escuchado. En su dictamen, el Comité instó a España a suprimir la disposición de la Ley de Seguridad Ciudadana que permite este tipo de devoluciones en las fronteras de Ceuta y Melilla. Aunque esta recomendación sigue sin haberse materializado, el Gobierno ha expresado recientemente su compromiso de modificar dicha norma en los próximos meses, con el fin de ilegalizar las devoluciones en caliente y garantizar una evaluación individualizada de cada caso antes de proceder a una devolución.

En lo que respecta a la determinación de la edad, una cuestión central en las recomendaciones del Comité dirigidas a España, el Gobierno ha aprobado recientemente un proyecto de ley que modifica el procedimiento de determinación de la edad aplicable a los NNA. Esta iniciativa legislativa responde a las observaciones y recomendaciones formuladas por diversos organismos internacionales y europeos, entre los que destaca el

propio Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, y se alinea en gran medida con los estándares internacionales pertinentes.

En consecuencia, puede afirmarse que el Derecho internacional, así como los mecanismos de supervisión de las Naciones Unidas, ejercen un impacto significativo en el ordenamiento jurídico español y, por tanto, “sirven para algo”, en contra de lo que sostienen algunas voces críticas. No obstante, también es cierto que diversos aspectos de la normativa y jurisprudencia internacional aún no han sido transpuestos adecuadamente al ámbito interno.

En cuanto al procedimiento de determinación de la edad, nos encontramos ante una propuesta legislativa que, si bien representa un avance claro respecto de la situación actual —al incluir muchas de las garantías señaladas como esenciales por el Comité en sus dictámenes—, aún debe superar el trámite parlamentario. Su aprobación resulta sin duda deseable, aunque el texto presentado no está exento de limitaciones, que también han sido objeto de análisis en este estudio. Entre las garantías más relevantes y necesarias que introduce esta propuesta normativa, cabe destacar las siguientes:

- La presunción de la minoría de edad hasta que finalice el procedimiento.
- La obligación de comprobar la autenticidad de los documentos de identidad antes de iniciar el procedimiento.
- El derecho del y de la menor a solicitar el inicio del procedimiento.
- El carácter multidisciplinar del procedimiento pericial, que debe integrar la valoración de elementos psico-sociales.
- El derecho del y de la menor a ser oído.
- El derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la asistencia de un intérprete.
- El derecho a recurrir la decisión final relativa a la edad.

Sin embargo, hay otros aspectos que no se abordan o se abordan de forma incompleta o inadecuada. En primer lugar, no queda establecido el carácter de *ultima ratio* de las pruebas médicas con intervención corporal (esencialmente las radiografías). Tampoco se prevé el derecho de los

menores extranjeros no acompañados a pedir la asistencia consular y el correspondiente deber de las autoridades de informarles al respecto y de facilitarles este acceso. Asimismo, se echa en falta una previsión específica sobre las actuaciones a seguir en caso de que, durante el procedimiento, se detecten situaciones de especial vulnerabilidad —como casos de violencia sexual u otras formas de violencia o explotación— que requieran la derivación a servicios de atención especializados. Tampoco se aborda la cuestión del alojamiento de los y las menores durante el procedimiento ni se especifican las garantías necesarias para evitar su detención.

Finalmente, no queda claro cómo se articula este régimen de protección del menor con el régimen de devoluciones sumarias o en caliente aplicado en Ceuta y Melilla, ya que estas prácticas implican la devolución inmediata de personas sin ser escuchadas ni evaluadas respecto a su edad o situación personal. Esta forma de proceder resulta incompatible con las obligaciones de detección y evaluación de las necesidades de protección de los NNA no acompañados establecidas en el Derecho internacional, europeo y nacional.

En definitiva, se trata de una iniciativa legislativa de enorme relevancia, largamente reclamada a España por el sistema internacional de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas, así como por organismos europeos y nacionales. Su tramitación debería constituir una prioridad en los próximos meses. No obstante, deberían subsanarse algunas de las carencias señaladas, adoptando un enfoque más amplio e integral. En este sentido, lo más adecuado sería avanzar hacia la elaboración y aprobación de un marco legislativo específico sobre el tratamiento de los y las menores extranjeros no acompañados, que vaya más allá del procedimiento de determinación de la edad.

Ahora bien, en lo que respecta al otro pilar esencial de la ejecución, la implementación de medidas de reparación de carácter individual, este constituye sin duda el ámbito en el que se evidencian mayores deficiencias por parte de España. Alegando diversos motivos, el Estado no ha otorgado las reparaciones individuales recomendadas por el Comité a los y las menores autores de las comunicaciones: no se han concedido las indemnizaciones propuestas, ni se han otorgado permisos de residencia o revocado las órdenes de devolución. En el caso de la menor sometida a pruebas invasivas, se le ha reconocido

el derecho de asilo, pero no se ha proporcionado ni la indemnización ni el acompañamiento psicológico especializado solicitado por el Comité.

Asimismo, esta falta de ejecución de medidas individuales no es un fenómeno aislado, sino que responde a una tendencia más amplia que afecta también a los dictámenes emitidos por otros Comités de Naciones Unidas. Tradicionalmente, la jurisprudencia española ha mostrado una clara reticencia a reconocer la obligatoriedad de cumplir con dichos dictámenes. No obstante, a partir de la sentencia 1263/2018 del Tribunal Supremo en el caso de Ángela González Carreño, se observa, si bien no una posición unánime, sí una evolución progresiva en la jurisprudencia hacia el reconocimiento del deber estatal de ofrecer mecanismos que permitan a los particulares reclamar una reparación fundamentada en un dictamen de un Comité de Naciones Unidas. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han señalado que la vía de la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado —ya sea por funcionamiento anormal de la Administración o del sistema judicial— resulta adecuada para canalizar este tipo de demandas.

En definitiva, estas sentencias marcan un punto de inflexión al reconocer la necesidad de respetar los compromisos asumidos por España en el ámbito internacional y de preservar la coherencia del sistema de protección de los derechos humanos mediante su articulación con el ordenamiento jurídico interno. Sin esta articulación, que debe garantizarse a través de mecanismos efectivos que aseguren la aplicabilidad interna de los instrumentos internacionales aceptados por España, la adhesión al sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas se vería vaciada de contenido y el Estado español estaría vulnerando el principio de buena fe. En efecto, resultaría incoherente que el Estado participara activamente en el mecanismo internacional de quejas, defendiéndose ante los Comités en Ginebra, pero una vez de vuelta al ámbito nacional, negara toda relevancia jurídica a sus decisiones frente a los mismos demandantes, deslegitimando así su participación en este mecanismo y por ende su propio compromiso internacional. ¿Acaso no podría considerarse esta forma de actuar una manifestación de mala fe institucional?

Sin duda, nos encontramos en una etapa crucial, en la que todavía se debe clarificar de manera definitiva el valor y el impacto de estos dictámenes en el marco normativo español. Confiamos en que la mencionada

jurisprudencia se consolide en el futuro, brindando así mayor seguridad jurídica a los demandantes y reforzando la efectividad de los mecanismos de protección de los derechos humanos en el ámbito nacional. Sin embargo, la resolución de esta cuestión en el plano jurisprudencial resulta por sí sola insuficiente, ya que la ejecución de estos dictámenes debería llevarse a cabo de forma más fluida y temprana. Se hace por tanto indispensable la activación de un mecanismo gubernamental que evite que los particulares deban presentar reclamaciones para exigir su cumplimiento. El establecimiento de un mecanismo nacional de seguimiento de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos en España es absolutamente necesario, en consonancia con la recomendación de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que aboga por el establecimiento de un “Mecanismo nacional para la implementación, la presentación de informes y el seguimiento” (“NMIRF” por su sigla en inglés).

Recientemente, el Estado español ha adoptado medidas encaminadas a establecer un mecanismo para la implementación de los dictámenes de los órganos internacionales de derechos humanos. En concreto, el II Plan Nacional de Derechos Humanos 2023-2027 reconoce la importancia de velar por la aplicación de estos dictámenes e incluye la creación de un protocolo para dar seguimiento a los pronunciamientos de estos órganos. Para llevar a cabo este compromiso, el Real Decreto 709/2024, de 23 de julio, prevé la creación de un Comité de Dirección y una Comisión Interministerial de Seguimiento, encargados de supervisar la ejecución del plan y de elaborar, con apoyo técnico de una subcomisión, los informes de seguimiento de los dictámenes y demás pronunciamientos de los Comités de Naciones Unidas.

Estos órganos aún no están operativos, lo que impide evaluar su eficacia en la práctica. No obstante, en cuanto a su diseño, cabe señalar que presentan unas funciones muy amplias, lo que podría restar especialización en el seguimiento e implementación de los dictámenes internacionales, con el riesgo de diluir el compromiso institucional y la eficacia del mecanismo. Aunque es de esperar que la práctica futura desmienta esta preocupación, para superar dicha limitación se sugiere la creación de un “Comité de Seguimiento de las Resoluciones de los Órganos Internacionales de Derechos Humanos”, que, pese a ciertas limitaciones, podría operar

como subcomisión especializada dentro del marco previsto por el propio Decreto.

Asimismo, dado que el Real Decreto es un instrumento de rango reglamentario, surgen dudas sobre la solidez y permanencia del sistema. Por ello, se propone que, una vez evaluado y consolidado su funcionamiento, se proceda a reformar la Ley 25/2014 para incorporar un marco legal más robusto que regule la implementación de dictámenes y otros pronunciamientos de los órganos internacionales. Adicionalmente, se plantea ampliar los supuestos habilitantes para la interposición de recursos de revisión, permitiendo que, en determinados casos, los dictámenes de los Comités de la ONU puedan fundamentar el acceso a esta vía.

En conclusión, debe reconocerse que se han dado avances significativos en tiempos recientes. Sin embargo, resulta imprescindible consolidarlos mediante un enfoque más especializado y jurídicamente sólido, con el fin de garantizar la implementación efectiva de los dictámenes internacionales y la reparación de las víctimas.

Si España aspira a fortalecer —y no debilitar— el Derecho internacional de los derechos humanos, desarrollado desde la creación de las Naciones Unidas como concreción jurídica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, resulta imprescindible abordar y resolver adecuadamente la cuestión del valor de los dictámenes emitidos en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos. Esta rama del Derecho internacional público constituye un pilar esencial de los sistemas democráticos contemporáneos y su eficacia depende, en gran medida, de la capacidad de los Estados para garantizar la aplicabilidad práctica de sus mecanismos. Los dictámenes de los Comités de derechos humanos son una pieza clave del sistema internacional de protección, en tanto deben asegurar a los particulares el acceso a una tutela efectiva de sus derechos fundamentales, no solo en el ámbito interno, sino también mediante mecanismos supranacionales. Esta tutela, para ser efectiva, exige no solo el acceso al procedimiento, sino también la implementación concreta y adecuada de las decisiones adoptadas en su marco.

Si esta exigencia resulta aplicable a todas las personas cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, lo es con mayor razón en el caso de

los niños, niñas y adolescentes extranjeros que llegan solos a nuestro territorio, al constituir uno de los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad. Por ello, resulta esencial que el Estado español active todos los mecanismos necesarios para prevenir dichas vulneraciones, de acuerdo con el Derecho internacional de derechos humanos y las recomendaciones formuladas por los organismos internacionales. En aquellos casos en los que no se logre prevenir la lesión de sus derechos, corresponde a los tribunales internos ofrecer una reparación efectiva. Sin embargo, en los casos en los que los menores extranjeros no acompañados se ven obligados a acudir a mecanismos supranacionales cuasi-jurisdiccionales aceptados por el propio Estado —como el procedimiento de comunicaciones ante el Comité de los Derechos del Niño—, nos parece que lo mínimo exigible al Estado español, tanto desde una perspectiva jurídica como ética, es que acate los dictámenes resultantes. Mi deseo es que, más pronto que tarde, todos los niños, niñas y adolescentes que, en algún momento, se vean obligados a abandonar su país en solitario, encuentren en España un sistema que se haya alineado plenamente con los estándares internacionales de derechos humanos, tanto en su legislación como en su práctica, y que les garantice la protección que les corresponde.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- ABRISKETA URIARTE, J., “European Pact on Migration and Asylum: Border Containment and Frontline States”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 24(4), 2022, pp. 463-488.
- ANDRÉS LASO, A., “Menores extranjeros no acompañados”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 50, 2020, pp. 7-48.
- ARCE JIMÉNEZ, E., “El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación”, *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, vol. 38, 2018, pp. 1-4.
- ARENAS HIDALGO, N., “El derecho de acceso al procedimiento de protección internacional de la infancia extranjera no acompañada. Interés superior del mejor y enfoque de género en el Sistema Europeo de Asilo”, en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1419-1446.
- ARRUFAT CÁRDAVA, A. D., “Administración del estado y órganos de tratados: la sentencia 61/2024, del Tribunal Constitucional de 9 de abril de 2024”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 48, 2024, pp. 455-460.
- de ASÍS SANZ GANDASEGUI, F., “La recepción de los dictámenes de los comités en el derecho español y comparado”, en IZQUIERDO SANS, C., y GARCÍA CASAS, M. (Coord.), *Litigación internacional para la defensa de los derechos humanos*, Ed. Colex, 2022, pp. 157-179.
- BAEYENS, P. y OTT, J. D., “The Implementation of Article 43 of Directive 2013/32/EU in practice: Comparative Analysis”, en VAN BALLEGOOIJ, W., y EISELE, K., *Asylum procedures at the border. European Implementation Assessment*, EPRS, PE 654.201, noviembre de 2020, pp. 199-206.

- BRACKX, M. y COOLS, L., “Proving minority: the Human Rights Centre and CESSMIR submit a third party intervention regarding age assessment of unaccompanied minors”, Blog *Strasbourg Observers*, 23 de mayo de 2022.
- BRANDL, U., “Mix and Match. Detention, “De-Facto Detention” or just Restrictions of Freedom of Movement in the New Pact”, Post N. 19 of the Series of the Odysseus Blog on the Pact on Migration & Asylum, Blog *Immigration and Asylum Law and Policy*, 14 de octubre de 2024.
- CANÇADO TRINDADE, A., *The Construction of a Humanized International Law, A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Brill Nijhoff Ed., Leiden/Boston 2014.
- CARDONA, J., “Hacia la configuración de un «sistema» de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 2015, pp. 135-172.
- CASSESE, A., “A Plea for a Global Community grounded in a Core of Human Rights” in CASSESE, A. (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 136-143.
- CHETAIL, V., y FEROLLA VALLANDRO DO VALLE, M., “The Asylum Procedure Regulation and the Erosion of Refugee’s Rights”, Post N. 3 of the Series of the Odysseus Blog on the Pact on Migration & Asylum, Blog *Immigration and Asylum Law and Policy*, 23 de mayo de 2024.
- COLLINSON J., “Making the best interests of the child a substantive human right at the centre of national level expulsion decisions”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2020, vol. 38(3), pp. 169–190.
- COOLS, L. “L’enfermement d’enfants migrants à la lumière de la jurisprudence belge et strasbourgeoise”, en SAROLÉA, S. y SINON, A. (eds), *20 ans après l’affaire Tabitha. De nouvelles plumes pour analyser la détention d’enfants migrants à la lumière des droits humains*, 2021, pp. 265-283.
- COUZENS, M., “Unaccompanied migrant child in age determination procedure, in need of protection and in a street situation. Communication No. 130/2020 S.E.M.A v France”, Blog *Leiden Children’s Rights Observatory*, marzo de 2023.
- CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema español”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 47, 2022, pp. 1-35.
- DE FELICE, D., y GIURA, G., “From a sheltered to expulsion item, The transformation of unaccompanied minors’ legal culture”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 12(6), 2022, pp. 1358–1390.

- DE LA FUENTE CARDONA, F.S., “El procedimiento de determinación de la edad y la criminalización indirecta de los menores extranjeros no acompañados Algunas reflexiones a raíz de la STEDH Darboe y Camara c. Italia de 21 de octubre de 2022”, *Revista Crítica Penal y Poder (Nueva Época)*, 2024, núm. 26, pp. 1-15.
- DORBER, J. y KLAASSEN, M., “Communication 11/2017: N.B.F. v. Spain”, Blog *Leiden Children’s Rights Observatory*, Case Note 2019/4, 24 September 2019.
- DUIĆ, D., y ČEPO, M., “Impact of the new pact on migration and asylum on child refugees and unaccompanied minors”, *Balkan Social Science Review*, vol. 17, 2021, pp. 117-143.
- DURÁN RUIZ, F.J., *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*, Ed. Aranzadi, 2021.
- “Propuesta de un sistema común e integrado de protección de menores y jóvenes migrantes en la Unión europea”, en DURÁN RUIZ, F.J., CUESTA REVILLA, J. y NAVARRO, ORTEGA, A., *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras personas vulnerables en la UE y España: respuestas jurídicas desde la perspectiva de género*, Ed. Aranzadi, 2021, pp. 85-130.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., “La obligación de los Estados de reconocer y aceptar los efectos jurídicos de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, 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*, Ed. Dykinson, 2020, pp. 237-278.
- FOLGUERA CRESPO, J., PUERTA RUIZ DE AZÚA, C. y MOYA GARCÍA, S., “El procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 58, 2022, pp. 221-236.
- FOX PRINCIPI, K., “Implementation of Decisions under UN Treaty Body Complaint Procedures. How do States Complain?”, *Human Rights Law Journal*, vol. 37(1-6), 2017, pp. 1-31.
- GARDBAUM, S., “Human Rights as International Constitutional Rights” *European Journal of International Law*, vol. 19(4), 2008, pp. 749-768.
- GATTA, F.L., “Systematic push back of ‘well behaving’ asylum seekers at the Polish border: M. K. and Others v. Poland”, Blog *Strasbourg Observers*, 7 de octubre de 2020.
- “‘Tell me your story, but hurry up because I have to expel you’ – Asady and Others v. Slovakia: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT “own culpable conduct” test to collective expulsions”, Blog *Strasbourg Observers*, 6 de mayo de 2020.
- GISEL ZARATE, V., “Disposable Immigrants: The Reality of Sexual Assault in Immigration Detention Centers”, *Saint Mary’s Law Journal*, vol. 53(2), 2022, pp. 619-648.

- GRANT, S., “GCM Commentary: Objective 14: Enhance consular protection, assistance and cooperation throughout the migration cycle”, Blog *Refugee Law Initiative*, 5 de noviembre de 2018.
- GUARDIOLA LOHMÜLLER, A. V., “El Derecho de Asilo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: entre la Soberanía del Estado y los Derechos Humanos”, tesis doctoral en Derecho, Universidad de Alicante, noviembre de 2024.
- GUTIERREZ ESPADA, C., “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10(2), pp. 836-851.
- HAUMONT, G., “M.D. and A.D. v. France: Milestone towards a principled prohibition on the immigration detention of children?”, Blog *Strasbourg Observers*, 11 de febrero de 2022.
- IZQUIERDO SANS, C., “Los efectos de las decisiones de los comités de derechos humanos resolviendo comunicaciones individuales. El caso de España”, en M., IZQUIERDO SANS, C. (Dir.) y GARCÍA CASAS, M. (Coord.), *Litigación internacional para la defensa de los derechos humanos*, Ed. Colex, 2022, pp. 216-217
- KLABBERS, J., PETERS, A. y ULFSTEIN, G. (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2009.
- LAPOUTRE, N., “Le droit d’être entendu avant l’adoption d’une mesure d’éloignement, un droit fondamental réduit à portion congrue”, *Revue des droits de l’homme, Actualités Droits-Libertés*, 2015, pp. 1-9.
- LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D., “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion”, en FELLER, E., TÜRK, V. and NICHOLSON, F., *Refugee Protection in International Law*, 2003, pp. 87-177
- LAVRYSEN L., “Rahimi v. Greece and the proceduralization of children’s rights”, Blog *Strasbourg Observers*, 15 de abril de 2011.
- LELLIOT, J., “La ley “Zampa” en Italia: aumentar la protección para los menores no acompañados”, *Revista Migraciones Forzadas*, vol. 57, 2018, pp. 79-81.
- LÓPEZ ULLA, J.M., “Razones para una Directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 73, 2022, pp. 873-914.
- “Menores extranjeros y centros de internamiento”, en REVENGA, M. y FERNÁNDEZ, J. J. (coords.), *Los centros de internamiento de extranjeros: régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 10 de febrero de 2015*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 303-333.
- “La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 46, 2013, pp. 1061-1090.

- LOUSADA AROCHENA, J. F., “El Caso González Carreño contra España”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, vol. 37, 2015, pp. 6-15.
- MARCHIORO, I. “Riflessioni sull’effettività della tutela dei minori richiedenti d’asilo negli strumenti rimediali europei a margine della sentenza Darboe e Camara c. Italia”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, num. Extra 2, 2023, pp. 142-157.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La política europea de protección internacional. Sistema europeo común de asilo*, Aranzadi, 2018.
- MERON, T., *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- MILANO, V., “Acceso a la protección internacional: uso y abuso de los procedimientos fronterizos de asilo en la Unión Europea”, en FERRER LLORET, J. y SOLER GARCÍA, C. (ed.), *La Unión Europea y el Mediterráneo. Entre la cooperación y el conflicto*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 315-371.
- *The Human Rights-Based Approach to Human Trafficking in International Law: An Analysis from a Victim Protection Perspective*, Marcial Pons, 2020.
- “Trata con fines de explotación sexual y asilo: la devolución de las víctimas en riesgo de sufrir persecución como máxima expresión de su situación de desprotección”, en ORTE, C., BALLESTER, L., y POZO, R. (Coord.) *Vulnerabilidad y resistencia: experiencias investigadoras en comercio sexual y prostitución*, Colección *Treballs Feministes*, n. 16, Ed. Universitat de les Illes Balears, 2019, pp. 37-62.
- MOLINA MARTÍNEZ, L., “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados: marco normativo actual, doctrina jurisprudencial y la reforma para la judicialización del procedimiento y la efectiva preservación de la identidad personal”, *Derecho Privado y Constitución*, vol. 44, pp. 175-214.
- MONTESINOS PADILLA, C., “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”, *UNED. Revista de Derecho Político*, nº 110, 2021, pp. 229-258.
- MOUZOURAKIS, M., et al., “All but last resort: The last reform of detention of asylum seekers in Greece”, Blog *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 18 de noviembre de 2019.
- O’DONNELL, R., “Spotlight on the Best Interests of the Child in Returns of Unaccompanied Children & Reflections for the New Pact on Migration and Asylum”, Blog *Migration & Asylum Law & Policy in Europe*, 13 de abril de 2021.
- OLEA FERRERAS, S., “La confusa doctrina del Tribunal Supremo español sobre la aplicación de los Dictámenes de Comités de Tratados Internacionales de Derechos Humanos firmados por España”, Blog *Hay Derecho*, 3 de junio de 2020.

- ORTIZ VIDAL, M.D., “Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los derechos del niño en al marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 41, 2021, pp. 1-27.
- PETERS, A., ¿“Are we Moving towards Constitutionalization of the World Community?” in CASSESE, A. (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 118-135.
- POSNER, E.A., *The perils of global legalism*, University of Chicago Press, 2011.
- PROGIN-THEUERKAUF, S., “Asylum and Return: The Gnandi Case, or a clarification of the Right to an Effective Remedy”, *European Papers*, vol. 4(1), 2019, pp. 359-363.
- RENEMAN, A. M., “Speedy Asylum Procedures in the EU: Striking a Fair Balance Between the Need to Process Asylum Cases Efficiently and the Asylum Applicant’s EU Right to an Effective Remedy”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 25(4), 2014, pp. 717-748.
- RUBENFELD, J., “Unilateralism and Constitutionalism”, *New York University Law Review*, vol. 79(6), 2004, pp. 1971-1986.
- SANCHEZ LAMELAS, A., “Los dictámenes de los Comité de expertos de Naciones Unidas y la responsabilidad del estado”, *Revista de Administración Pública*, vol. 224, 2024, pp. 213–241.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles migratorios y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2020.
- “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿apuntalando los muros de la Europa fortaleza?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72(2), 2020, pp. 235-259.
- SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., “Comentario sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006: caso Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 13, 2006, pp. 187-198.
- SIMON, D. y KLAASSEN, M., “Age assessment and the presumption of minority as a prerequisite for effective human rights protection of asylum seekers: a discussion of Darboe and Camara v Italy”, *Blog Strasbourg Observers*, 4 de octubre de 2022.
- SMYTH, C.M., “Towards a complete Prohibition on the Immigration Detention of Children”, *Human Rights Law Review*, vol 19(1), 2019, pp. 1-36.
- SORMUNEN, M., “A Focus on Domestic Structures: Best Interests of the Child in the Concluding Observations of the UN Committee on the Rights of the Child”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 38(2), 2020, pp. 100-121.

- “Understanding the Best Interests of the Child as a Procedural Obligation: The Example of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 20, 2020, pp. 745-768.
- VANNELLI, M., “The Unaccompanied Child’s Right to Legal Assistance and Representation in Asylum Procedures under EU Law”, *Laws*, vol.11(11), 2022, p.11-18.
- VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, B., “La STS (Sala Especial) 1/2020, de 12 de febrero: ¿Es el recurso de revisión una vía útil para dotar de efectividad a los dictámenes adoptados por los Comités de derechos humanos?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, 2021, pp. 353-359.
- VICENTE LORCA, “Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España”, *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 22, 2022, pp. 101-130.
- VILLÁN DURÁN, C., “El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, 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*, Dykinson, 2020, pp. 99-124.



**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciase de nuestras ofertas semanales