

**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**

CARMEN MONTESINOS PADILLA

SUMARIO

I. PROTECCIÓN VS. EXPULSIÓN. ¿QUÉ HACEMOS CON LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS? II. MINORÍA DE EDAD, MIGRACIONES Y DERECHOS 1. Nuestros compromisos internacionales. La Convención sobre Derechos del Niño 2. Nuestras obligaciones internas. El menor como extranjero formalmente protegido III. UN DIAGNÓSTICO PROSPECTIVO A PARTIR DE ALGUNOS EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS. 1. Un análisis genérico 2. Algunos casos concretos IV. ESTRATEGIAS POSIBLES 1. La operatividad de la doctrina de la *res interpretata* 2. La conveniente convergencia entre los controles de constitucionalidad y convencionalidad.

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

CARMEN MONTESINOS PADILLA¹

Universidad Complutense de Madrid

I. PROTECCIÓN VS. EXPULSIÓN. ¿QUÉ HACEMOS CON LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS?

La intensificación de los flujos migratorios durante los últimos años nos permite ya hablar de una verdadera globalización social sin que, sin embargo, la misma pueda decirse aparejada a una simultánea globalización jurídica en el campo concreto de la extranjería². Las razones de esta dualidad no son difíciles de entender pues, en un

¹ Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Desp. 1206, Universidad Complutense de Madrid, Campus de Somosaguas, 28223 Madrid. Email: cmonte08@ucm.es

² Rebato, M^a E. (2019). «Los extranjeros como titulares de derechos. Una cuestión recurrente», en Cuartero Rubio, M^a V. (dir), *Inmigración: Retos para el Derecho en el siglo XXI*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, p. 68. Sobre la necesidad de armonización en el terreno de los menores, Rinaldi, P. (2019). «Unaccompanied Migrant Minors at the Frontier of Human Rights. The Spanish Case», *International Journal of Children's Rights*, n. 27, pp. 798-799. El Plan de acción sobre los menores no acompañados 2010-2014 (COM (2010) 213 final), adoptado por la Comisión al amparo del Programa de Estocolmo (2010/C 115/01), supuso un punto de partida en el establecimiento de una estrategia comunitaria en materia de menores no acompañados, al proponer un planteamiento común basado en el interés superior del menor y unas líneas de actuación compartidas relativas a la prevención, la protección y la búsqueda de soluciones duraderas. En esta dirección apuntan las Conclusiones aprobadas por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3/6/2010. Con posterioridad, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión la elaboración de líneas estratégicas comunes para los Estados miembros

mundo fuertemente interdependiente e intensamente interconectado, el control de fronteras, intrínsecamente vinculado a la nacionalidad, se vindica como reducto de una soberanía, la del Estado, cada vez más erosionada³.

Aunque sin obviar las matizaciones que pueden inferirse del fenómeno de la integración supranacional⁴, a día de hoy los Estados europeos mantienen buena parte del control sobre la entrada, la salida y la permanencia de personas en su territorio, reservándose con ello un derecho de expulsión sobre quienes no poseen su nacionalidad⁵. La definición del estatuto jurídico del extranjero queda de este modo en manos del legislador de turno que, asido por unas ataduras constitucionales quizás demasiado holgadas⁶, corre el riesgo de dejarse arrastrar por las consabidas (y poco deseables) inclinaciones excluyentes, y segregacionistas, tachas con las que se han adjetivado las políticas migratorias de las últimas décadas⁷. Y la situación se complica cuando el

(COM(2017) 200 final). Otros instrumentos europeos que incorporan directrices sobre la protección, integración y, en su caso, la posible devolución de estos menores son la Comunicación de la Comisión sobre la protección de niños migrantes COM(2017) 211 final, el Plan de acción sobre la integración de nacionales procedentes de terceros COM(2016) 377 final) y la Comunicación de la Comisión sobre un nuevo Plan de acción en materia de devoluciones COM(2017) 200 final.

³ Vid. Arce Jiménez, C. (2012). *Los derechos políticos de los residentes extranjeros. La ciudadanía inclusiva*, Madrid, Defensor del Pueblo, pp. 28-29. Sobre la erosión de los elementos constitutivos del Estado, entre otros, Held, D. (2009). «¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política», en Carbonell, M., Vázquez, R., *Globalización y Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 76-78.

⁴ Desde Maastricht, la ciudadanía de la Unión Europea (UE) depende de la nacionalidad de los Estados. No obstante, desde su Sentencia en el asunto *Micheletti* (C-369/90), el Tribunal de Luxemburgo ha advertido que las decisiones de los Estados sobre la transferencia de la nacionalidad deben adoptarse con «la debida consideración del Derecho comunitario».

⁵ En su Resolución 2299(2019), la Asamblea General del Consejo de Europa se refiere a los esfuerzos de los Estados en la protección de sus fronteras y a la generalización de las expulsiones sin previa valoración de las necesidades de protección. Sobre los instrumentos para el ejercicio de dicho control, Castles, S., De Haas, H., Miller, M.J. (2014). *The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World*, 5th Ed., London, Palgrave Macmillan, pp. 215-239.

⁶ En España, de la lectura del art. 13 de la Constitución de 1978 (CE) podemos deducir que nacionales y extranjeros no son considerados en el mismo plano. El desarrollo legislativo del estatuto jurídico de los extranjeros ha mostrado así ciertas fluctuaciones en su configuración, cuyos excesos fueron sometidos al escrutinio del Tribunal Constitucional (TC) a través de sus Sentencias 115/1987 y 236/2007. Su doctrina fue finalmente asumida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ahora bien, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, autorizó el rechazo de los extranjeros que intenten franquear de forma irregular la frontera de Ceuta y Melilla.

⁷ Sobre la óptica excluyente del actual neoliberalismo y su traducción en la proliferación de vallas fronterizas, Han, B.-C. (2019). *La expulsión de lo distinto*, Barcelona, Herder, pp. 25-32. En un sentido similar, para Ferrajoli las políticas europeas sobre inmigración se basan en una discriminación por razones de identidad, reflejo de una radical asimetría entre «nosotros y los otros». Vid. Ferrajoli, L. (2019). «Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica», *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n. XI, pp. 32-37. Las críticas en esta dirección son también mínimo común denominador en la extensa bibliografía del profesor De Lucas quien, por poner un ejemplo, considera que la regulación jurídica de los flujos migratorios es el caldo de cultivo para la creación del «fobotipo del inmigrante

otro, el que cruza nuestras fronteras, no ha alcanzado la mayoría de edad⁸. En estos casos, la confluencia de las condiciones de menor y de migrante irregular, sitúan al Estado en una peliaguda disyuntiva, la de la protección o la expulsión⁹, cuya forma de resolución es termómetro inigualable del grado de cumplimiento de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

Las teorías del cumplimiento de los tratados internacionales nos muestran que son diversos los motivos que impulsan su ratificación por los Estados. Razones que se extienden desde la simple persuasión, hasta la más estricta coerción¹⁰. Pero para constatar el tránsito desde un reconocimiento genérico de derechos a la efectiva implementación de garantías concretas, es necesario ir más allá de la letra de la ley, analizando su aplicación práctica a través de políticas y procedimientos específicos. En el ámbito que aquí interesa, el de los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)¹¹, este proceso de escrutinio nos demuestra que muchos Estados formalmente comprometidos con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), entre ellos España, no siempre brindan una protección integral a los MENA, pudiéndose destacar como una de las principales formas de violencia institucional, la ejercida en el marco del procedimiento de determinación de la edad¹².

Sin obviar que no existe un derecho de entrada a otros países, los inmigrantes irregulares, entre ellos los menores no acompañados, deben disfrutar de los derechos que les reconocen los tratados internacionales válidamente celebrados por los Estados¹³. El DIDH hace muy pocas distinciones de aplicación en atención a la situación administrativa de las personas extranjeras que se encuentran en el territorio de un Estado parte dispensando, además, una protección reforzada a quienes, como los

ilegal». De Lucas, J. (2009). «Inmigración, diversidad cultural, reconocimiento político», *Revista de Sociología*, n. 94, p. 13.

⁸ Bhabbha se refiere a la «otredad» de los «menores apátridas de facto» como una grave amenaza frente a la pretensión básica de la dignidad. Bhabbha, J. (2009). «Arendt's Children: Do Today's Migrant Children Have a Right to Have Rights?», *Human Rights Quarterly*, vol. 31, n. 2, p. 423.

⁹ Arce Jiménez, E. (2018). «El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 38, p. 20.

¹⁰ Un interesante compendio de la bibliografía sobre teorías del cumplimiento puede verse en Bradford, W.C. (2004). «International Legal Compliance: An Annotated Bibliography», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 3, n.2, pp. 379-428.

¹¹ La definición del término MENA más referenciada es la contenida en la Resolución del Consejo de Europa 97/C221/03, de 26/6/1997. Sobre el desarrollo legislativo y jurisprudencial del concepto en la UE y su acogimiento en el Derecho español, Vinaixa Miquel, M. (2019). «La mayoría de edad: Un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n. 1, pp. 577-581.

¹² Fundación Raíces (2020). *Violencia institucional en el sistema de protección a la infancia*, Madrid, Fundación Raíces, pp. 24-25.

¹³ Aldana, R. (2011). «The International Rights of Migrants», en Cushman, T. (ed), *Handbook of Human Rights*, Londres, Routledge, p. 508.

MENA, se sitúan en una posición de especial vulnerabilidad¹⁴. Así lo hace la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹⁵, cuyo órgano de control, el Comité de Derechos del Niño (CRC o Comité), ha ido progresivamente poniendo el foco de atención tanto en el procedimiento de identificación para asegurar el acceso de los menores a sus derechos en tal condición como en el impulso de la regularización de su situación administrativa, para garantizar su integración¹⁶. Sin embargo, España ha sido objeto de varias resoluciones en las que se ha puesto de manifiesto la urgente necesidad de adecuar las prácticas de nuestras autoridades a los dictados de la CDN. Las deficiencias no eran desconocidas. Diversas organizaciones, instituciones y activistas de distinta procedencia llevaban años advirtiendo sobre los peligros, entre otras prácticas, del uso de técnicas poco fiables y excesivamente intrusivas de determinación de la edad, incluso en aquellos casos en los que el migrante presenta documentación acreditativa de su identidad¹⁷.

El problema, una vez reconocidos los incumplimientos por el propio CRC, era cómo garantizar la eficacia de sus resoluciones, tradicionalmente despojadas de todo efecto vinculante por nuestras autoridades nacionales y buena parte de nuestra doctrina¹⁸. Finalmente, en un caso muy reciente (Sentencia 307/2020, de 16 de junio) relativo precisamente a la determinación de la mayoría de edad de un migrante que disponía de documentación de la Embajada de su país que constataba que tenía menos

¹⁴ Sobre la aplicabilidad de los llamados «Pactos de Nueva York» a los menores, Kuper, J. (2011). «The Development of International Child Law. The Definition of the Child and Implementation Mechanisms», en Cushman, T. (ed), *Handbook of Human Rights*, op. cit., p. 336.

¹⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25 de 20/11/1989. España ratificó la CDN en diciembre de 1990. BOE n. 313, de 31/12/1990, pp. 38897 a 38904.

¹⁶ Entre otras, CRC/GC/2005/6, de 1/9/2005; CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, de 16/11/2017; CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, de 16/11/2017.

¹⁷ Por ejemplo, Defensor del Pueblo (2011). *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, Defensor del Pueblo; Fundación Raíces (2014). *Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, Madrid, Fundación del Consejo General de la Abogacía Española; Human Rights Watch (2002). «Callejón sin salida: Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes». *Human Rights Watch*, vol. 4, n. 4, 67 pp. Un análisis de los distintos tipos de pruebas (examen de caracteres sexuales secundarios, radiológico —métodos Greulich y Pyle, Sauvegrain, Risser, Tanner-Whitehouse—, y dental) puede verse en Lapuerta Irigoyen, C. (2018). «La determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados no acompañados (MENAS)», *La Ley Penal. Sección Derecho Procesal Penal*, n. 130, p. 10.

¹⁸ Un ejemplo paradigmático de la negativa al reconocimiento de dicha vinculatoriedad lo encontramos en el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS) de 14/12/2001, relativo al Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el asunto *Cesáreo Gómez Vázquez c. España*. Vid. González García, J.M. (2008). «¿Son vinculantes los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)», en Ferrer Mac-Gregor, E., Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, pp. 105-136. En igual sentido, González Cano, I. (2001). «El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español». *Tribunales de Justicia: Revista Española de Derecho Procesal*, n. 2, pp. 38-39.

de 18 años, el Tribunal Supremo (TS) ha exigido la aplicación de nuestro marco regulatorio sobre el particular de conformidad con la CDN, imponiendo con ello la revisión de nuestras actuaciones en materia de determinación de la edad y protección de los niños que llegan solos a España¹⁹. Se aprecia así un avance significativo. Sin embargo, queda por ver si se trata éste del impulso definitivo para el recurso en nuestro país a la CDN, y los dictámenes y las resoluciones de su Comité, como un verdadero parámetro de control de la legislación y las prácticas administrativas nacionales en materia de derechos de la infancia. La intención de las próximas páginas es demostrar que así debería ser, pero para ello debemos comenzar por el principio.

II. MINORÍA DE EDAD, MIGRACIONES Y DERECHOS

Los tratados internacionales, con fundamento en el principio *pacta sunt servanda*, obligan a los Estados partes. Así se infiere claramente del art. 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. Regla a la que, además, debemos añadir la prevista en el art. 27 de la misma Convención, que consagra la preferencia aplicativa del Derecho internacional sobre el Derecho interno. Este último precepto tiene ya reflejo expreso en el art. 31 de la esperada Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales²⁰. Y junto a estas obligaciones de cumplimiento general debemos también recordar el mandato del art. 39.4 CE, relativo a la obligación de nuestro país de dispensar a los niños la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos. En apretada síntesis, nuestras autoridades nacionales deben cumplir los tratados a los que voluntariamente se hayan adherido, entre ellos, los dedicados a la protección de la infancia, atribuyendo a los mismos preferencia aplicativa sobre la normativa interna que los contraríe. Ello sin olvidar el mandato hermenéutico del art. 10.2 CE, cuya literalidad ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional (TC) en el sentido de obligar a nuestros poderes públicos a aplicar nuestra Magna Carta de conformidad con el DIDH, considerado incluso como la fuente de la que habrá de colegirse el contenido mínimo de nuestros derechos y libertades constitucionales²¹. La teoría no suscita ya demasiadas dudas. España debe proteger a los infantes dando con ello cumplimiento a nuestras obligaciones internacionales. Pero, como ya se advirtió, en materia de derechos, el tránsito del reconocimiento general al cumplimiento efectivo debe ser evaluado en atención a la aplicación de medidas concretas.

¹⁹ Aunque esta Sentencia será analizada en el epígrafe IV de este trabajo, para una primera aproximación al caso se recomienda consultar la información suministrada por la Fundación Raíces en <http://www.fundacionraices.org/?p=3120>.

²⁰ Por todos, Martín y Pérez de Nanclares, J. (2015). «La Ley de tratados y otros acuerdos internacionales: Una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, n. 1, pp. 13-60.

²¹ Por todas, STC 36/1991, Fundamento Jurídico (FJ) 5.

1. Nuestros compromisos internacionales. La Convención sobre Derechos del Niño

El Preámbulo de la CDN, replicando lo ya establecido en la Declaración de Derechos del Niño de 1959, recuerda que, debido a su inmadurez física y mental, los infantes necesitan salvaguardas y cuidados especiales²². De este modo, la Convención se refiere a la consideración primordial que habrán de dispensar las autoridades nacionales al interés superior del menor (art. 3), aunque ello sin soslayar que el niño es capaz de formar sus propias convicciones, que tiene derecho a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que le afecten (art. 12)²³. En términos generales, la CDN consagra los derechos que el DIDH reconoce a todas las personas, pero cuya titularidad es expresamente atribuida en este caso a los menores de 18 años²⁴. Titularidad (y ejercicio) que las autoridades nacionales han de respetar sin ningún tipo de discriminación (art. 2). Los países que, como España, hayan ratificado la CDN, están así obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar la eficacia de los derechos en la misma consagrados (art. 4). Obligación respecto de la cual al CRC le es reconocida una función esencial, pues al mismo se le encomienda el seguimiento de los progresos alcanzados por los Estados (arts. 42-45)²⁵. Y para guiarlos en el cumplimiento de sus obligaciones, ya en la introducción de su Observación General 5²⁶, el Comité establece con meridiana claridad que al ratificar la CDN, los países signatarios asumen la obligación de aplicarla, debiendo por ello revisar toda la legislación interna y directrices administrativas conexas con las que pudiera entrar en contradicción (apdos. 18-21).

Pasando del plano general de las obligaciones de cumplimiento al más concreto de los derechos de los MENA, la adaptación de los ordenamientos internos a los mandatos de la CDN debe guiarse por la Observación General 6 del CRC²⁷. En la misma, el Comité recuerda a los Estados su obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores lo antes posible (apdo. 13), y ello sin

²² El art. 1 CDN identifica como niño a todo ser humano menor de 18 años salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. *Vid.* CRC/GC/2005/6, de 1/9/2005,

²³ *Vid.* CRC/C/GC/12, de 20/7/2009.

²⁴ Los derechos de la CDN suelen clasificarse en cuatro categorías: protección contra abusos y explotación (arts. 11, 19, 32 y 34-36, entre otros); prevención de daños (por ejemplo, arts. 6, 7, 8 y 25); satisfacción de necesidades básicas (arts. 24, 26 ó 27); y participación (por ejemplo, arts. 12-15 y 17).

²⁵ El CRC es creado con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 43 CDN) que, en virtud del art. 44 CDN, aceptan la obligación de presentarle informes periódicos sobre las medidas adoptadas para ponerla en práctica. Pero, además, desarrolla otras muchas funciones, como la emisión de Observaciones Generales y, en virtud del correspondiente Protocolo Facultativo (A/RES/66/138), la resolución de comunicaciones individuales.

²⁶ CRC/GC/2003/5, de 27/11/2003.

²⁷ CRC/GC/2005/6, de 1/9/2005. Como principales motivos que impulsaron su elaboración, el CRC se refiere a las frecuentes dificultades a las que se enfrentan estos menores en cuanto a la determinación de su edad, la obtención de documentos de identidad y el acceso a registros y a sistemas de tutela (apdo. 3).

olvidar que el interés superior del niño habrá de ser tenido en cuenta y documentado al preparar cualquier decisión que tenga repercusiones fundamentales en su vida (apdo. 19), exigiéndose para su determinación una evaluación en profundidad de la identidad del menor (apdo. 20). Además, en todas las decisiones que le conciernan, incluidas las relativas a la tutela, custodia y representación legal, habrán de recabarse y tenerse debidamente en consideración sus deseos y opiniones (apdo. 25), no pudiendo ser trasladados a un país respecto del que hubiera motivos para pensar que existe un peligro real de daño irreparable (apdo. 27). El proceso de evaluación inicial comprenderá la inmediata determinación de la condición de MENA, para lo que habrá de tenerse en cuenta tanto el aspecto físico, como la madurez psicológica. La evaluación deberá realizarse con criterios científicos, basados en la seguridad y la imparcialidad, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad y, en caso de incertidumbre, otorgándole el beneficio de la duda. Cumplidos tales requisitos y tan pronto como fuera posible, habrá de entregarse al menor sus documentos de identidad (apdo. 31), teniendo que proceder de inmediato al nombramiento de un tutor, función de la que tendrán que excluirse los organismos o individuos cuyos intereses pudieran entrar en conflicto con los del niño (apdo. 33) a quien, por regla general, no podrá privarse de libertad (apdo. 61-63). Una vez decidida su permanencia en territorio nacional, las autoridades competentes tendrían que evaluar su situación y determinar las medidas necesarias para facilitar su integración, debiendo garantizarse en todo caso el acceso a los mismos derechos que a los niños nacionales (apdos. 95-96).

Pocas dudas parecen así poder tener cabida en cuanto al contenido y alcance de la CDN en general, y respecto de las obligaciones de la misma derivadas en relación con los MENA, más concretamente. Sin embargo, en España todavía hoy observamos sangrantes violaciones de nuestras obligaciones convencionales en la materia. Ahora bien, sin obviar la conveniencia de su modificación, el problema no parece radicar tanto en el tenor literal de las normas que regulan el tratamiento y estatuto de los MENA, como en su interpretación y aplicación por las autoridades competentes²⁸. Apropiándonos en este punto de las palabras de Jiménez Álvarez, parece que en Espa-

²⁸ A lo largo de este trabajo se intentará demostrar que, a pesar de la apariencia protectora de dichas normas, su aplicación práctica resulta difícilmente coherente con nuestras obligaciones internacionales. En todo caso, en los últimos años han proliferado las iniciativas de reforma. Así, por ejemplo, distintas organizaciones han firmado recientemente una propuesta conjunta de reforma de diversos preceptos del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (Reglamento de Extranjería). En lo que al procedimiento de determinación de la edad respecta, se propone la modificación de su art. 190 para exentar del mismo a quienes dispongan de documentos acreditativos de la identidad expedidos por las autoridades de su país de origen y prohibir prácticas intrusivas. El documento está disponible en: <https://sjme.org/wp-content/uploads/2020/06/Propuesta-conjunta-reforma-RD-RLOEX.pdf> Existen, además, otras recomendaciones que, aún excediendo el objeto de este trabajo, resultan también de interés. Es el caso de las del Defensor del Pueblo sobre las autorizaciones de residencia y trabajo, disponibles en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/modificacion-el-reglamento-de-extranjeria/>.

ña seguimos enfrentándonos a una situación de ambivalencia entre una regulación protectora y una práctica administrativa vulneradora²⁹.

2. Nuestras obligaciones internas. El menor como extranjero formalmente protegido

La difícil gestión política, social y humana de la situación de los MENA en España ha estado en el punto de mira de nuestro legislador y nuestras administraciones públicas en los últimos años³⁰, atestiguando su actividad la esquizofrenia que caracteriza los instrumentos regulatorios sobre la materia, con los que se pretenden aproximar dos polos que, por naturaleza, tienden a repelerse: la protección del niño en atención a su minoría de edad, por un lado, y la tendencia a la expulsión frente a su situación de irregularidad migratoria, por otro³¹.

En nuestro país, la regulación de este fenómeno es relativamente reciente, pues encuentra su primera manifestación en la versión primigenia del art. 10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), posteriormente reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia³². De conformidad con su art. 1, las disposiciones de la vigente LOPJM son aplicables a los menores que se encuentren en territorio español. Y dado que su art. 3 comienza declarando que los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución, los tratados internacionales y las demás normas que integran el ordenamiento sin discriminación alguna, la LOPJM no permite distinguir entre naciona-

²⁹ Jiménez Álvarez, M.G. (2014). «Como si fuera invisible. Niños, niñas y adolescentes que migran de forma autónoma en la trama fronteriza», en Empez, N. (coord.), *Dejadnos crecer. Menores migrantes bajo tutela institucional*, Barcelona, Virus Editorial, pp. 91-92.

³⁰ La creciente atención prestada al fenómeno de los MENA se explica fácilmente si atendemos al incremento de las cifras en los últimos años. En este sentido puede consultarse la Memoria de la Fiscalía General del Estado (FGE) correspondiente a 2018 (pp. 836-838), disponible en: https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2019/09/10/_memoria2019_76609dd4.pdf.

³¹ Troller se refiere a la confluencia de las normativas migratoria y de menores como causa principal de la insuficiente protección dispensada a los MENA. Troller, S. (2010). «En la trampa de la migración. Menores extranjeros no acompañados en España», en Human Rights Watch, *Informe Mundial 2010*, p. 4, disponible en: https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/migration_sp.pdf.

³² Los apdos. 3 y 4 del art. 10 LOPJM se referían originariamente al derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos de los menores extranjeros bajo la guarda y tutela de la administración, así como a la obligación de otorgarles la documentación acreditativa de su situación. La Ley Orgánica 8/2015, por un lado, incorporó disposiciones sobre niños migrantes que hubieran sido víctimas de trata y, por otro, añadió previsiones relativas a algunos derechos de suma importancia para valorar la situación de los menores que ingresan en España a través de su frontera sur, como los derechos a ser escuchado y al debido proceso. Por su parte, la Ley 26/2015 adicionó nuevas cláusulas al art. 10 LPJM, siendo lo más destacado la modificación del art. 12.4 para dar cobertura a la realización de un juicio de proporcionalidad sobre la fiabilidad de la documentación aportada por el niño. Vid. Paniza Fullana, A. (2015). «La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 8.

les y extranjeros, de modo que los derechos en la misma consagrados son igualmente atribuibles a los MENA³³. Además, el art. 10.3 LOPJM califica a este colectivo de especialmente vulnerable, razón por la cual dispone que las administraciones deberán velar por ellos. Pero más allá de estas disposiciones, es la normativa de extranjería la que se ocupa de regular más detalladamente la materia.

Si bien en su redacción originaria el art. 32 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social (LOEX) se decantaba por una protección del menor a través tanto de la deducción de su situación de residencia legal desde el momento de la asunción de la tutela administrativa y del reconocimiento a los Juzgados de Menores de competencia para resolver las dudas sobre la edad³⁴, la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, mudó en cierto modo el sentido del precepto, que pasaría a ser el número 35, condicionando el reconocimiento de la residencia legal a la acreditación de la imposibilidad de repatriación, y otorgando competencia al Ministerio Fiscal (MF) para resolver las dudas sobre la edad. Aunque el cambio en el órgano competente ha sido muy cuestionado³⁵, según la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2009³⁶, con el mismo se pretendía activar las funciones tuitivas de la Fiscalía y agilizar la resolución del expediente³⁷. En todo caso, la regulación vigente, resultado de la reforma de la LOEX por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, nos sitúa ante un marco regulatorio que, al menos formalmente, podría efectivamente calificarse de protector.

De conformidad con el vigente art. 35 LOEX, el Gobierno central y las Comunidades Autónomas promoverán el establecimiento de acuerdos de colaboración con los países de origen con objeto de prevenir la inmigración irregular y procurar la integración de los menores en su entorno de procedencia³⁸. La devolución del menor

³³ Flores González, B. (2018). «La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España». *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 2, pp. 329-331.

³⁴ Según el referido art. 32: «1. Se considerará regular (...) la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración Pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en el que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección (...) 2. En los supuestos en los que los Cuerpos y Fuerzas de seguridad localicen a una persona indocumentada, respecto de la que no pueda ser establecido con exactitud si es mayor o menor de edad, lo pondrán en conocimiento de los Juzgados de Menores para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias familiares y personales (...)».

³⁵ La propia Fiscalía, según su Memoria anual correspondiente a 2018 (nota 30), parece apuntar a la judicialización del procedimiento como posible respuesta a su cuestionamiento.

³⁶ *Vid.* epígrafe III.1 de este trabajo.

³⁷ La cuestión del órgano competente ha sido, de hecho, ampliamente debatida por la doctrina. Así, por ejemplo, a favor de la competencia del MF, entre otros, Adroher Biosca, S. (2003). «Menores extranjeros no acompañados. Una nueva emigración», en Lázaro González, E., Mayoral Narros, I.V. (coords.), *Jornada sobre derecho de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, pp. 264-265 y Armenteros León, M. (2015). *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España. Actualizado con el contenido del protocolo marco de 22 de julio de 2014*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 105.

³⁸ Con fundamento en el art. 148.1.20 CE, las Comunidades Autónomas han asumido la protección de los menores. Consecuentemente, han ido elaborando su propia legislación sobre la materia. Podemos

a su país es el objetivo prioritario. Pero el legislador no descuida sus deberes tuitivos. En esta dirección se orientan, al menos aparentemente, tanto la propia LOEX, como el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (Reglamento de Extranjería)³⁹. De conformidad con los mismos, y en atención a lo previsto en la LOPJM, asumida la tutela por la autoridad autonómica competente, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras recopilará la información necesaria de los países de origen y las distintas entidades públicas de protección implicadas en España, iniciándose el expediente de repatriación cuando se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación familiar o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen. En la tramitación del expediente intervendrán el MF, la entidad de tutela, el menor y, en su caso, su representante. Si se resuelve la permanencia del niño en territorio español, al mismo debe otorgársele una autorización de residencia. En caso de dudas sobre la edad, será el MF el encargado de tramitar el procedimiento para su determinación. Para ello, podrá exigir la colaboración de las instituciones sanitarias. Ahora bien, en el procedimiento de determinación de la edad el MF debe cumplir con una serie de garantías que, *prima facie*, buscan dotar de eficacia práctica al principio del interés superior del menor.

Más concretamente, según el vigente art. 12.4 LOPJM, en la versión dada por la Ley 26/2015 de conformidad con la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del TS en su conocida Sentencia 453/2014, de 23 de septiembre, cuando no se pueda establecer la mayoría de edad de una persona, ésta deberá ser considerada como menor, imponiéndose además al MF el deber de realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que habría que considerar que la documentación presentada no es fiable. Asimismo, las pruebas deben someterse al principio de celeridad, exigiéndose en todo caso el previo consentimiento informado del afectado, y debiéndose llevar a cabo las mismas con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas⁴⁰.

así recordar la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid; la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias; la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de Andalucía; la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña; o la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. Sobre la materia, Cabedo Mallol, V., Cloquell Lozano, A. (coords.) (2012), *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*, Valencia, Tirant lo Blanch.

³⁹ En sus arts. 189-198 el Reglamento establece el deber de poner al menor a disposición de los servicios de protección competentes y concreta el deber de determinar la edad en los casos en que la misma no pueda ser establecida con seguridad. Los arts. 191-195 regulan el procedimiento de repatriación consagrando, cuando la misma no fuera posible, el deber de otorgar la autorización de residencia.

⁴⁰ Según la STS 453/2014, el inmigrante que tenga un documento válido del que se desprenda su minoría de edad, no puede ser sometido injustificadamente a las pruebas médicas. *Vid.*, Rubio Torrano, E. (2014). «Menor de edad extranjero no acompañado y con pasaporte, en situación irregular en España», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n. 8, pp. 11-13. Esta doctrina ha sido acogida, entre otras, por las Sentencias 452/2014, de 24 de septiembre; 11 y 13/2015, de 16 de enero; 318 y 320/2015,

En términos formales podría decirse, por tanto, que nuestro marco regulatorio en la materia es efectivamente protector del menor que llega solo a España⁴¹. Ahora bien, la intervención del MF en el procedimiento de determinación de la edad ha sido ampliamente cuestionada por el CRC, especialmente crítico también con el recurso a técnicas demasiado intrusivas⁴². Desde luego, no es nuestra intención confirmar o desmentir el presunto sometimiento de la Fiscalía a las órdenes del Ejecutivo, ni la conformidad o no de la política migratoria nacional con el debido respeto al principio del interés superior del menor⁴³. Se trata aquí, sencillamente, de constatar, como lo han hecho tanto el propio CRC, como el Defensor del Pueblo y diversas organizaciones y fundaciones, que las prácticas de nuestras autoridades competentes han supuesto reiteradas vulneraciones de nuestras obligaciones convencionales, muchas de ellas relacionadas con el procedimiento de determinación de la edad⁴⁴. Aunque, eso sí, ello sin obviar las críticas suscitadas por otras actuaciones, como las relativas al otorgamiento al menor de su documentación personal de identidad y residencia⁴⁵.

de 22 de mayo; 319/2015, de 23 de mayo; 329/2015, de 8 de junio; 368/2015, de 18 de junio; 411/2015, de 3 de julio; 507/2015, de 22 de septiembre; y 720/2016, de 1 de diciembre.

⁴¹ Sin embargo, como ya se indicó (nota 28), las propuestas de reforma han sido frecuentes en los últimos años. Así, junto a las ya señaladas, en su informe elaborado para el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos correspondiente a 2020, Raíces y Noves Vies han propuesto la reforma del art. 35 LOEX y del art. 12.4 LOPJM para trasladar la competencia sobre determinación de la edad a los órganos judiciales. Acceso en: http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/EPU-2020_Informe-conjunto-infancia-migrante-en-Espa%C3%B1a.pdf. Raíces presentó además recientemente sus enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia instando, entre otras cosas, la prohibición de la realización de prácticas invasivas de aquellos menores cuya edad esté determinada por documentación acreditativa oficial. Disponible en: <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2020/08/Enmiendas-a-la-LO-Proteccion-Integral-a-la-Infancia-y-Adolescencia-frente-a-la-Violencia.pdf>.

⁴² En sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España (CRC/C/ESP/CO/5-6), el CRC insta la revisión de la Ley 26/2015 y del Protocolo Marco de 2014 (al que nos referiremos con posterioridad), mostrando su preocupación por la competencia de la Fiscalía para determinar la edad (apdos. 44 y 45).

⁴³ Las Observaciones Finales del CRC *supra* indicadas fueron contestadas por la Nota Interna 2/2018 de la Unidad de Extranjería de la FGE, en la que, más allá de aclarar los términos de la vinculación con el Gobierno, concretó los principios generales que guían su actividad; delimitó la naturaleza del decreto de determinación de la edad; clarificó los supuestos en que se realizan pruebas médicas; y constató la prohibición de aplicar medidas cautelares de privación de libertad. Acceso en: <https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2018/05/NOTA-INTERNA-NUM-2-SEGUIMIENTO-MENAS.pdf>

⁴⁴ Por poner un ejemplo reciente, en el cuestionario del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de 20/4/2020, Accem y Cepaim se refieren a la necesidad tanto de una aplicación de las medidas de determinación de la edad más acordes con la realidad de los MENA, como de un pleno respeto de los principios y medidas de protección de la infancia. El documento está disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CallEndingImmigrationDetentionChildren/CSOs/ACCEM-Fundacion%20Cepaim_submission.pdf.

⁴⁵ En el documento de propuestas de reforma del Reglamento de Extranjería al que nos referimos en la nota 28, se advierte expresamente (p. 22) sobre el preocupante número de menores que salen del sistema de protección sin haber sido documentados con tarjeta de residencia. Recordemos a este respecto

III. UN DIAGNÓSTICO PROSPECTIVO A PARTIR DE ALGUNOS EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS

Parafraseando a Lázaro González, si bien es cierto que de la evolución normativa acaecida en España podría deducirse la progresiva articulación de un marco regulatorio cada vez más protector de los MENA, no lo es menos que los hechos nos muestran reiteradas vulneraciones de nuestras obligaciones internacionales⁴⁶. Muchos de dichos incumplimientos se encuentran, como decíamos, directamente vinculados con el procedimiento de determinación de la edad que, frente a un progresivo descenso en el número de repatriaciones, ha acabado por convertirse en una barrera prácticamente infranqueable por los MENA para el acceso a sus derechos.

1. *Un análisis genérico*

La tramitación de los procedimientos de repatriación se enfrentó desde el principio a problemas prácticos, con un evidente trasfondo político, difíciles de solventar. La falta de pericia de las autoridades españolas en la interlocución con las autoridades de los países de origen y la negativa de colaboración de estas últimas, no tardaron en impulsar un cambio de estrategia⁴⁷. La Circular de la Fiscalía 2/2006, de 27 de julio, allanó el camino para la conversión de los menores en adultos. A partir de la misma, la práctica del procedimiento de determinación de la edad se amplió de los supuestos de niños indocumentados, a los de niños con documentos que mostraran indicios de

que el establecimiento de un plazo para la solicitud de autorización ha sido tradicionalmente criticado. Vid. Arce Jiménez, E. (2006). «Menores extranjeros no acompañados», en Lázaro González, I.E., Culebras Llana, I. (coord.), *Nuevos Retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, pp. 137-138. Téngase en cuenta que los MENA que llegan a la mayoría de edad sin haber obtenido una autorización de residencia mientras estuvieron sometidos a protección pública pueden ser expulsados del territorio español (art. 57 LOEX). Para evitarlo, la entidad podrá recomendar la concesión al ex MENA de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Sin embargo, las dificultades en el cumplimiento de los requisitos exigidos para ello (arts. 198.1 y 2, 64 y 105.3 Reglamento de Extranjería) constituyen uno de los principales motivos que los lleva a abandonar los centros de acogida. Sobre esta cuestión, Ramón Fernández, F. (2015). «La autorización de residencia de los MENA, durante su minoría de edad y al cumplir los 18 años», en Cabedo Mallol, V. (coord.), *Menores no acompañados: los otros inmigrantes. Cuestiones jurídicas. Actividades investigadoras y docentes*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 145-167.

⁴⁶ Lázaro González, I.E. (2019). «Penélope o el arte de destejer: La protección que reciben en España los menores extranjeros no acompañados», en Cuartero Rubio, M^a V. (dir), *Inmigración: Retos para el Derecho en el siglo XXI*, op. cit., p. 256.

⁴⁷ Es interesante recordar que la Instrucción de la FGE 3/2003, sobre el retorno de menores extranjeros, fue muy criticada por su especial atención a fenómenos de política migratoria. Vid. Lorente, D., Jiménez, M. (2004). *Menores en las fronteras: De los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos*, Bilbao, SOS Racismo. Recuérdese, en todo caso, que las reiteradas denuncias relativas a la falta de garantías en los procesos de repatriación y las consecuentes SSTC 183 y 184/2008, impulsaron la aprobación de la ya referida Ley Orgánica 2/2009.

falsedad⁴⁸. Con posterioridad, la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, amplió el elenco de casos en los que podrían apreciarse indicios de irregularidad en la documentación, a aquellos en los que la misma incorporase datos manifiestamente incorrectos o contradictorios con otras documentaciones, procediera de países cuyas administraciones no garantizaran la fiabilidad de los datos o estableciera diferentes filiaciones o fechas de nacimiento⁴⁹. Además, según la mencionada Consulta, la negativa al sometimiento a las pruebas médicas podría ser valorada como un indicio relevante de la mayoría de edad⁵⁰.

Aunque los supuestos en los que podrán apreciarse indicios de falsedad documental no fueron incorporados por la mencionada Ley Orgánica 2/2009 en la LOEX, ni por reforma alguna se hizo lo propio en el Reglamento de Extranjería, sí que fueron acogidos por el Protocolo Marco de octubre de 2014 (Protocolo Marco)⁵¹, a cuya aplicación se han asociado reiteradas vulneraciones tanto del derecho a la presunción de la minoría de edad, como de los derechos procesales de los menores migrantes que llegan solos a España⁵². A este último respecto, téngase en cuenta que el decreto fiscal de determinación de la edad no es susceptible de recurso directo ante los órganos jurisdiccionales, pues solo se pueden recurrir los efectos derivados de su aplicación (por ejemplo, la resolución que determina el cese de tutela). Los servicios de protección pueden solicitar a la Fiscalía la revisión del decreto pero, en términos judiciales y tal y como lo confirmó el Auto del TC 151/2013, el decreto fiscal solo puede impugnarse por vía indirecta⁵³.

⁴⁸ Vid. la Circular (p. 83) en: <http://intermigra.info/modules.php?name=News&file=article&sid=657>

⁴⁹ Vid. apdo. VI de la Consulta, disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-Q-2009-00001.pdf También, Durán Ruiz, F.J. (2011). «Derechos de los menores extranjeros y la determinación de su edad: cuestiones sustantivas y procesales», en García Castaño, F.J., Kressova, N. (coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Instituto de Migraciones, pp. 856-861. La determinación de la edad ha sido objeto de otros documentos de la FGE, como la Circular 3/2001, sobre la actuación de MF en materia de extranjería y las Instrucciones 2/2001, acerca de la interpretación del art. 35 LOEX y 6/2004, sobre tratamiento jurídico de los MENA.

⁵⁰ Sobre el uso de la negativa al sometimiento a las pruebas como una *ficta confessio*, Armenteros León, M. (2015), *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España (...)*, op. cit., p. 107.

⁵¹ Vid. Apdo. sexto del Capítulo I del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados. BOE n. 251, de 16/10/2014. Los supuestos de aplicación de cada uno de los criterios aparecen en el documento *Menores extranjeros no acompañados. Valoración de los documentos de identidad extranjeros en los expedientes de determinación de la edad*: <https://web.icam.es/bucket/VALORACION%20DOCUMENTOS%20INDENTIDAD%20EXTRANJEROS.pdf>.

⁵² Así lo ha denunciado la Fundación Raíces, conjuntamente con Noves Vies, en el informe elaborado para el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos (nota 41). Previamente, Raíces impugnó el Protocolo Marco en vía contencioso-administrativa, siendo inadmitido el recurso por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7ª) de la Audiencia Nacional 236/2016, por considerar que no es un acto susceptible de impugnación autónoma. La decisión fue confirmada por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) del TS 131/2018, de 31 de enero.

⁵³ Además, el Capítulo V del Protocolo Marco no prevé posibilidad de recurso contra los actos desarrollados para concluir el expediente que, de hecho, es calificado de diligencia preprocesal. Estas circunstancias, sin embargo, no son consideradas como causa de alteración de los afectados por Lapuerta

A pesar de la escasa fiabilidad de las técnicas médicas utilizadas⁵⁴, en España la práctica el procedimiento de determinación de la edad se ha convertido en la regla, impulsando con ello numerosas denuncias de una injustificada obstaculización del acceso de los MENA a sus derechos⁵⁵. A esta realidad se han referido expresamente el Comité español de UNICEF⁵⁶ y el propio Defensor del Pueblo, especialmente preocupado este último por una consideración insuficiente de la documentación presentada por los migrantes⁵⁷. La situación es, desde luego, inquietante. Recuérdese que, más allá de las vulneraciones concretas de derechos que pueden suponer tanto el recurso a técnicas muy invasivas y poco fiables de determinación de la edad, como la insuficiente consideración del testimonio del inmigrante o de la documentación acreditativa presentada por el mismo, los procesos de identificación que concluyan la mayoría de edad determinarán el tipo de protección a dispensar por las autoridades nacionales, pasando de la tutela administrativa al posible ingreso en un Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes o en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE), e incluso al retorno al país de origen⁵⁸. Se trata así de poner de manifiesto cómo, a pesar de contar con un marco regulatorio protector en las formas, el mismo ha sido en cierto modo desvirtuado a través de prácticas y procedimientos escasamente respetuosos con nuestras obligaciones convencionales, poniendo con ello en riesgo la vida e integridad de los menores que llegan solos a España huyendo, no deberíamos olvidarlo, de la pobreza, los conflictos armados, las catástrofes naturales, la desestructuración familiar y la desprotección institucional⁵⁹. Veamos algunos ejemplos.

Irigoyen a tenor precisamente de la posibilidad de recurso indirecto. Vid. Lapuerta Irigoyen, C. (2018). «La determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados (...)», *op. cit.*, p. 10.

⁵⁴ En este sentido puede verse la Resolución del Parlamento Europeo 2012/2263(INI). El apdo. Quinto del Capítulo V del Protocolo Marco no concreta las técnicas a utilizar, limitándose a recomendar el seguimiento de las pautas de actuación fijadas por los Institutos de Medicina Legal. En todo caso, en una encuesta realizada en 2018 por el Comité Científico-Técnico del Consejo Médico Forense, se constató el reducido porcentaje de casos en el que participan los referidos Institutos. Vid. Garamendi-González, P.M., López Alcaraz, M. (2019). «Situación actual de la estimación forense de la edad en menores extranjeros no acompañados en España». *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 45, n. 4, pp. 133-135.

⁵⁵ Fundación Raíces (2020), *Violencia institucional (...)*, *op. cit.*, pp. 25-33.

⁵⁶ Vid. Ceriani Cernadas, P. (2019). *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*, Madrid, Unicef Comité Español, en especial pp. 57-66.

⁵⁷ El Informe se encuentra disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/10/Los_ni%C3%B1os_y_adolescentes_informe2018.pdf

⁵⁸ Según el mismo Informe del Defensor del Pueblo, la presencia de menores en centros de internamiento sigue siendo una cuestión muy preocupante. En 2015, año en que se facilitó este dato por primera vez, fueron 19 los menores detectados, 51 en 2016 y 48 en 2017. En 2018, 88 inmigrantes fueron puestos en libertad tras acreditar su minoridad. Este último año, en visita no anunciada al CIE de Madrid, 13 internos manifestaron su minoría de edad, 3 fueron puestos en libertad. En 2018 se recibieron además numerosas quejas en los CIEs de Tenerife, Algeciras, Valencia y Barcelona.

⁵⁹ Martínez Rodríguez, J.A. (2017), *Los derechos humanos ante la esclavitud en la globalización: la inmigración irregular*, Barcelona, Bosch Editor, p. 164. Sobre las principales causas de los desplazamientos transfronterizos de los menores, *vid.* el Informe de UNICEF *Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y*

2. Algunos casos concretos

El 1 de febrero de 2019, el CRC adoptó su decisión en el asunto D.D., objeto de la comunicación presentada por un ciudadano de Malí que alegó ser víctima de múltiples vulneraciones de sus derechos como consecuencia de su deportación sumaria a Marruecos cuando, en diciembre de 2014, siendo menor de edad, cruzó el puesto fronterizo que separa este país de Melilla⁶⁰. Alegó que, con carácter previo a su expulsión, no fue sometido a procedimiento de identificación alguno, no tuvo oportunidad de explicar sus circunstancias personales, no contó con asistencia de letrado, intérprete o médico, ni tuvo a su disposición recursos efectivos que agotar. Frente a las objeciones alegadas por España, el CRC declaró la admisibilidad de la comunicación con fundamento en el hecho de que la partida de nacimiento, el pasaporte y la tarjeta consular maliense expedidos a nombre de D.D. demostraban que éste era menor, debiendo presumirse la validez de dicha documentación. Además, advirtió el Comité, con independencia de que D.D. llegara o no a territorio español, en el momento de su detención por la Guardia Civil quedó bajo control efectivo de España, refiriéndose la queja a presuntas vulneraciones de la CDN, y no al derecho de asilo del peticionario⁶¹. Asimismo, rechazó la objeción relativa a la falta de agotamiento de recursos internos al entender que, por un lado, las solicitudes de asilo y de visa de trabajo no pueden considerarse como recursos efectivos frente a la expulsión y, por otro, que del expediente se deducía claramente que no existió orden formal de devolución que pudiera haber sido recurrida. Entrando ya en el fondo, el CRC concluyó que para cumplir con sus obligaciones convencionales (arts. 3 y 20 CDN), España debía implementar un procedimiento de evaluación previo a cualquier devolución que, en caso de incertidumbre sobre la edad, otorgase el beneficio de la duda, debiendo incluir en el mismo una entrevista inicial en la que se tuviera en cuenta la situación concreta del migrante y los aspectos particulares de vulnerabilidad⁶².

social de los menores extranjeros en España (pp. 48-49), disponible en: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/informe_infancia_inmigrante_UNICEF_CGAE_2009.pdf

⁶⁰ CRC/C/80/DR/4/2016.

⁶¹ En materia de asilo, el Comité se pronunció en su Dictamen CRC/C/82/D/27/2017. R.K., salió de Guinea huyendo de los enfrentamientos entre cristianos y musulmanes. Llegó a España en junio de 2017, siendo en ese momento trasladado a los calabozos de una comisaría, donde permaneció 3 días. A pesar de que mantuvo en todo momento que era menor, las autoridades españolas determinaron su mayoría de edad, incoándose orden de devolución y resolviéndose judicialmente su ingreso en el CIE de Aluche (Madrid). En julio, R.K. acudió a una entrevista para solicitar asilo, siéndole denegada la posibilidad de formalizar su solicitud por no contar con tutor. El CRC concluyó la vulneración de los arts. 3, 12, 8 y 20 CDN, así como del art. 22, por considerar que la no asignación de un tutor a R.K., a pesar de contar con documentación oficial que acreditaba su minoría de edad, tuvo como consecuencia que se viera privado de la especial protección que deben tener los MENA solicitantes de asilo. Un caso muy similar es el resuelto por el Dictamen CRC /C/82/D/17/2017, relativo al caso M.T.

⁶² El Comité recordó que, de conformidad con el art. 37 CDN, y a la luz del principio de no devolución, el Estado tiene la obligación de realizar una evaluación previa sobre la existencia de un riesgo de daño irreparable para el menor. Obligación que consideró incumplida. En atención a todo lo anterior,

Solo unos días después, el 18 de febrero de 2019, el CRC se pronunció en el asunto N.B.F.⁶³. La patera de N.B.F., que en el momento de la detención se encontraba indocumentado, fue interceptada por la Policía Nacional el 26 de enero de 2017. N.B.F. manifestó entonces ser menor. Un día más tarde la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Granada ordenó la práctica de pruebas oseométricas, determinando la radiografía que N.B.F. era mayor de 19 años. La Fiscalía dictó ese mismo día el decreto que determinaba su mayoría de edad y, el 28 de enero, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Motril ordenó su ingreso en un CIE. En ese momento, N.B.F. volvió a manifestar su minoría de edad, y si bien el cuerpo policial del CIE envió fax al respecto a la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Barcelona y a la *Generalitat de Catalunya*, el afectado nunca recibió respuesta. En atención al carácter meramente valorativo de las pruebas practicadas (prueba radiológica basada en el Atlas de Greulich y Pyle) y el rechazo a la asignación de un tutor o representante, N.B.F. argumentó la vulneración de los arts. 3, 18.2 y 20.1 CDN. Manifestó además que, junto a sus derechos a la identidad y a su protección como menor privado de su entorno familiar, los hechos relatados vulneraron sus derechos a un nivel de vida adecuado y a la educación (arts. 27 y 29 CDN). Al igual que en el caso anterior, en éste España argumentó la falta de agotamiento de los recursos internos, que fundamentó en la posibilidad de recurrir la orden de devolución por la vía administrativa y judicial, y en la posibilidad de presentar nuevas pruebas para que el MF pudiera ordenar la práctica de nuevas diligencias de investigación⁶⁴. Pero el CRC volvió a negar la causa de inadmisibilidad, en este caso con fundamento en la inexistencia de nuevas pruebas médicas que permitieran desvirtuar las practicadas, la indisponibilidad de medios del interesado para someterse a pruebas alternativas y la falta de respuesta del MF ante la segunda proclamación de su minoría de edad en el momento del internamiento. En cuanto al fondo, subrayando el uso exclusivo de pruebas físicas y la necesidad de considerar las declaraciones del niño y de otorgarle el beneficio de la duda, el Comité concluyó que el proceso de determinación de la edad no contó con las garantías necesarias para proteger los derechos de los arts. 3 y 12 CDN. Asimismo, apreció que el incumplimiento de la medida provisional de la suspensión de la devolución y el ingreso de N.B.F. en el CIE, vulneraron el art. 6 del Protocolo Facultativo⁶⁵.

el CRC identificó como medidas a adoptar por España: 1) una reparación adecuada, incluida una indemnización financiera y rehabilitación por el daño sufrido; 2) revisar, a efectos de evitar futuras vulneraciones de la CDN, la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, en especial su Disposición Adicional 10ª. *Vid.* nota 5.

⁶³ CRC/C/79/D/11/2017.

⁶⁴ España alegó la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra la orden de devolución y contra la eventual denegación de asilo pero, también, la de instar un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad ante la jurisdicción civil, conforme a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁶⁵ A diferencia de lo que ocurriera en el anterior, en este caso el CRC no concretó las medidas específicas a adoptar para remediar las vulneraciones constatadas, sino que se limitó a declarar que España

De especial interés resulta también el Dictamen, de 31 de mayo de 2019, relativo al caso A.L., ciudadano de Argelia que viajaba en una patera interceptada el 11 de abril de 2017, cuando pretendía acceder a Almería⁶⁶. Tras ser sometido a prueba radiográfica de la mano izquierda, A.L. ingresó en un CIE de Madrid, recibiendo poco después su representante legal una copia de su acta de nacimiento que confirmaba su minoridad y que, con objeto de que se revisara el correspondiente decreto, fue remitida al Juzgado de Instrucción nº 5 de Almería. A.L. afirmó ante el CRC que nunca recibió respuesta. Y este relato es el que le llevó a alegar la vulneración del art. 3 CDN, leído conjuntamente con los arts. 18.2 y 20.1 CDN, dada la falta de nombramiento de un tutor o representante; del art. 8 CDN, dado el deber del Estado de no interferir en su identidad; del art. 12 CDN, pues España no le dio la posibilidad de ser escuchado; y de los arts. 27 y 29 CDN, porque no le fue asignado un tutor que velara por su interés⁶⁷. En su pronunciamiento, el CRC reiteró la importancia de la existencia de un recurso a través del que poder cuestionar el resultado del procedimiento de determinación de la edad, debiéndose en todo caso dar al joven el beneficio de la duda. Recordó además que los Estados tendrían que realizar una evaluación holística, del desarrollo físico y psicológico del niño, a través de especialistas que atiendan a sus circunstancias particulares, debiéndose considerar los documentos disponibles como válidos, salvo prueba en contrario. También volvieron a cuestionarse los métodos médicos basados en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, así como se reiteró que los Estados deben designar a un representante legal cualificado para todas las personas que alegan ser menores de edad. Todo ello llevó al CRC a concluir que también en este caso España quebrantó tanto los arts. 3 y 12 CDN, como el art. 6 de su Protocolo Facultativo⁶⁸, preceptos declarados igualmente vulnerados en el caso J.A.B.

está obligada a «evitar que se cometan violaciones similares en el futuro», debiendo asegurar «que todo proceso de determinación de la edad de posibles niños no acompañados sea acorde a la Convención» señalando, eso sí, la importancia de que «durante los procedimientos se designe rápidamente a las personas sometidas a los mismos una representación calificada y gratuita».

⁶⁶ CRC/C/81/D/16/2017.

⁶⁷ España alegó incumplimiento del deber de agotamiento de los recursos internos, refiriéndose de nuevo a la posibilidad de haber presentado nuevas pruebas ante la Fiscalía, haber solicitado la revisión de la decisión conforme al art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de recurrir su orden de devolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa y de instar un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de edad. En su Dictamen, el CRC descartó la inadmisibilidad. Por un lado, porque entendió que A.L. ofreció un relato detallado y consistente de los hechos, de modo que si España tenía dudas sobre la validez de su acta de nacimiento, debería haberse dirigido a las autoridades consulares de Argelia. Y, por otro, porque España no justificó que los recursos invocados suspenderían su deportación.

⁶⁸ En opinión del Comité, España no tomó el interés superior del niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad. Además, las autoridades nacionales no respetaron la identidad del A.L. al negarle cualquier tipo de valor probatorio a la copia de su acta de nacimiento, sin un examen formal de los datos incluidos en dicho documento realizado por autoridad competente y sin haber alternativamente cotejado los datos del acta con las autoridades del país de origen del autor, resultando de ello una vulneración del art. 8 de la Convención. Finalmente, apreciada también

J.A.B. dejó Camerún en mayo de 2015, pasando por Nigeria, Benín, Níger, Argelia y Marruecos antes de llegar, en abril de 2016, a Ceuta. Tras declarar ser menor de edad y pasar por comisaría, fue trasladado al Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes de esta ciudad, donde permaneció 5 meses. En septiembre ingresó en un centro para adultos, que abandonó por las condiciones en las que se encontraban los internos. J.A.B. pasó así tres meses durmiendo en parques y albergues. En octubre de 2016, recibió de su familia su acta original de nacimiento. J.A.B. acudió con dicho documento a la Embajada camerunesa en Madrid para solicitar la expedición de un pasaporte. En noviembre obtuvo su tarjeta de identidad consular y su certificado de inscripción y, en diciembre, a la vista de su situación y su documentación de identidad oficial, J.A.B. fue trasladado al Centro de Primera Acogida de Menores de Hortaleza. En enero de 2017 compareció, sin tutor ni abogado, ante la Fiscalía, que le solicitó que se sometiera a la realización de pruebas de determinación de la edad, informándole de que si se negaba, sería considerado mayor. A pesar de las advertencias, J.A.B. se negó y, tras decretarse su mayoría de edad, fue trasladado a un centro para personas sin hogar. Con posterioridad, durmió en la calle, en un albergue municipal y en casas de particulares que lo acogieron. En marzo, la Embajada le entregó su pasaporte, y en abril se dictó resolución de expulsión a su país. Un año más tarde, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 24 de Madrid revocó su orden de expulsión, sentencia declarada firme mediante diligencia de mayo de 2018. A pesar de ello, la Fiscalía Provincial decidió no proceder a la revisión del decreto y, en noviembre, se dictó sentencia desestimatoria en el procedimiento de oposición al cese de tutela. El CRC concluyó que, teniendo en cuenta la falta de consideración de los documentos de identidad emitidos por un país soberano, la declaratoria de mayoría de edad frente a la negativa de J.A.B. a someterse a las pruebas, y el rechazo de su representante para acompañarlo durante dicho procedimiento, España no tomó el interés superior del niño como consideración primordial, violando por ello los arts. 3 y 12 CDN. También declaró vulnerado el art. 8 CDN, al entender que nuestro país no respetó la identidad de J.A.B. al negarle cualquier tipo de valor probatorio a todos los documentos oficiales aportados, apreciando además una violación de los arts. 20.1 y 24 CDN. España, concluyó el CRC, desatendió su deber de protección reforzada de J.A.B. dada la desconsideración de su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado y la contradicción observada entre el reconocimiento del autor como mayor de edad y la simultánea exigencia al mismo de un tutor para dispensarle tratamientos y vacunas⁶⁹.

vulneración del art. 6 del Protocolo Facultativo por los mismos motivos que en el caso anterior (riesgo de enviar a un posible menor a un centro de internamiento de adultos).

⁶⁹ El CRC profundizó en la cuestión del agotamiento de los recursos internos al advertir que: las pruebas adicionales no son un recurso adecuado a la luz de las decisiones del TS de prohibir los exámenes médicos con el fin de determinar la edad de menores documentados; una apelación ante un tribunal civil de la decisión por la que se deniega la tutela no constituye un recurso efectivo para un MENA que no disponga de tutor ni asistencia letrada; tampoco lo es el recurso ante la jurisdicción contencioso-

IV. ESTRATEGIAS POSIBLES

De los Dictámenes del CRC hasta aquí analizados podemos deducir, entre otras muchas cosas, tanto el deber de presunción de autenticidad de la documentación de identidad presentada por el niño y la obligación de otorgarle el beneficio de la duda como, en caso de ausencia de documentación, la exigencia de proceder a una evaluación que, eliminando técnicas intrusivas, no se limite a pruebas exclusivamente físicas. El Comité es meridiano al diagnosticar nuestros principales males y al prescribir sus principales remedios. Así puede constatar en sus Dictámenes en los asuntos R.K y M.T. en los que junto a las indicadas, identifica como medidas concretas a adoptar por España para garantizar el pleno cumplimiento de nuestras obligaciones convencionales, la asignación gratuita y sin demora de un representante legal cualificado, el nombramiento de un tutor a los solicitantes de asilo que aleguen ser menores, el desarrollo de mecanismos de reparación efectivos y la capacitación de funcionarios⁷⁰. El problema es que tradicionalmente las autoridades españolas han justificando el incumplimiento de los pronunciamientos de los Comités de Naciones Unidas con fundamento tanto en su pretendida falta de vinculatoriedad, como en la negativa a considerarlos como una interpretación autorizada del respectivo tratado o convención.

En el marco de Naciones Unidas, el único procedimiento de cumplimiento obligatorio para los Estados partes de los principales tratados sobre derechos es la presentación de informes periódicos, considerado como el menos conflictivo de los mecanismos de cumplimiento posibles. Pero precisamente por su limitado poder coercitivo⁷¹, la mayoría de los tratados que integran el sistema universal se han dotado ya de un procedimiento que legitima a los particulares para la presentación de comunicaciones individuales, considerado desde hace tiempo como un elemento clave para garantizar el efectivo cumplimiento del DIDH⁷². Este procedimiento es el que permite describir a los órganos creados en virtud de dichos tratados como órganos cuasi-jurisdiccionales. Una vez admitida la comunicación, y si no se ha logrado un acuerdo entre el peticionario y el Estado objeto de queja, el respectivo comité analizará jurídicamente las actuaciones controvertidas, determinando si ha habido o no vulneración del correspondiente tratado. Al hacerlo, el comité de que se trate efectivamente actuará como lo haría un tribunal internacional de derechos, excepto por un detalle no menor, y es

administrativa contra la orden de devolución en tanto que el mismo no suponga una revisión del decreto fiscal, ni lo puede ser la vía a la jurisdicción voluntaria, pues en los casos en los que el recurso se había interpuesto hasta el momento, siempre fue desestimado.

⁷⁰ Vid. nota 61.

⁷¹ Buergenthal, T. (2001). «The U.N. Human Rights Committee». *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, p. 347.

⁷² Shelton, D. (2013). «Enforcement and Remedies», en Rodley, N., Sheeran, S. (eds), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, London, Routledge, p. 675.

que, se afirma, sus decisiones no son vinculantes⁷³. Ahora bien, esta pretendida falta de vinculatoriedad no puede equiparse con una plena ausencia de efectos jurídicos⁷⁴.

1. La operatividad de la doctrina de la *res interpretata*

Los pronunciamientos de los comités de Naciones Unidas tienen, sin duda, significación jurídica real⁷⁵. Como se advirtió en la STC 70/2002 (FJ 7), no es posible establecer una plena analogía entre las resoluciones de estos órganos y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ahora bien, tanto los tratados del sistema universal como el desarrollo que de los mismos hacen sus respectivos comités, son de obligado cumplimiento para los Estados. Y lo son con fundamento tanto en la ya mencionada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como en el propio articulado del tratado o convención de que se trate⁷⁶. Además, en el caso concreto del ordenamiento español, dicha obligatoriedad en el cumplimiento tiene su reflejo en los arts. 10.2 y 96 CE y en el art. 31 de la citada Ley de Tratados. Y es precisamente en el primero de los preceptos señalados en el que ahora centraremos nuestra atención, pues es en el mismo que se impone un ajuste interpretativo entre los sistemas nacional e internacional de protección de derechos⁷⁷. Acomodo que habrá de cumplirse respecto tanto de las sentencias de los tribunales internacionales, como de los pronunciamientos de los comités no jurisdiccionales⁷⁸.

⁷³ Bernaz, N. (2013) «Continuing Evolution of the United Nations Treaty Bodies System», en Rodley, N., Sheeran, S. (eds), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, op. cit., pp. 710-711. Esta «falta de vinculatoriedad» es generalmente considerada como uno de los principales defectos del sistema: Nowak, M. (2007), «The Need for a World Court of Human Rights». *Human Rights Law Review*, vol. 7, núm. 1, p. 252.

⁷⁴ Entre nuestra doctrina no ha faltado quien observe, en la negativa al cumplimiento de los dictámenes de los comités ONU, una vulneración de los principios de legalidad y jerarquía normativa. Vid., Fernández De Casadevante Romaní, C. (2009). «La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités», en Escobar Hernández, C., Pastor Palomar, A. (coords.), *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 2, Madrid, Colección Escuela Diplomática, pp. 179-198.

⁷⁵ Rodley, N. (2013). «The Role and Impact of Treaty Bodies», en Shelton, D. (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 621-648.

⁷⁶ En lo que a la CDN respecta, debemos recordar tanto su art. 24, que establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar una completa realización de los derechos en la misma contenidos, como el art. 7.4 de su Protocolo Facultativo, en virtud del cual las autoridades nacionales deben dar una «debida consideración» a los pronunciamientos del CRC.

⁷⁷ Por todos, Arzoz Santisteban, X. (2014), *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Saiz Arnaiz, A. (1999), *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

⁷⁸ Piénsese, por ejemplo, en la generalización de la doble instancia en todos los procesos penales a partir de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos. Vid. González García, J.M. (2008). «¿Son vinculantes los Dictámenes del Comité (...)», op. cit., pp. 128-129.

En sus Comentarios Generales nº. 33, el propio Comité de Derechos Humanos calificó sus pronunciamientos como una interpretación autorizada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁹, afirmación avalada por la Corte Internacional de Justicia y fácilmente extensible a los dictámenes y resoluciones del resto de los comités de Naciones Unidas⁸⁰, incluidos los pronunciamientos del CRC⁸¹. Así lo entiende la doctrina más especializada⁸², y así parece incluso poder deducirse tanto de la STC 64/2019 (FJ 4)⁸³, como de la postura adoptada por el Ejecutivo español cuando se ha tenido que defender para sostener el riguroso cumplimiento de la CDN por nuestras autoridades nacionales⁸⁴. De este modo, si afirmamos, como lo hacemos, que los dictámenes y las resoluciones del CRC son interpretaciones auténticas de la CDN, dichos pronunciamientos habrán de ser utilizados por nuestras autoridades nacionales *ex art.* 10.2 CE a la hora de interpretar y aplicar los derechos que el ordenamiento español reconoce a los MENA⁸⁵. Y en esta dirección parece apuntar la reciente STS (Sala de lo Civil) 307/2020, que resolvió conjuntamente los recursos de casación e infracción procesal (2629/2019) con origen en la demanda de oposición contra la resolución administrativa que denegó la declaración de desamparo y tutela de Mamadou.

El 29 de abril de 2015 Mamadou, que había llegado solo a España, presentó ante la Fiscalía solicitud de tutela, adjuntando en la comparecencia partida y acta de nacimiento originales de Malí, de las que resultaba que había nacido en noviembre de 1999. La Fiscalía no consideró suficiente la documentación aportada y decidió la práctica de pruebas de determinación de la edad, decretándose la mayoría el 6 de mayo. En septiembre, una vez obtenido el pasaporte, Mamadou presentó nuevo escrito

⁷⁹ CCPR/C/GC/33, apdo. 13.

⁸⁰ Rodley, N. (2013), «The Role and Impact of Treaty Bodies», *op. cit.*

⁸¹ *Vid.* el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 70º periodo de sesiones celebrado en 2018: DOC A/73/10, pp. 117, 118, 123-125.

⁸² Doek, J.A. (2011). «The CRC: Dynamics and Directions of Monitoring its Implementation», en Invernizzi, A., Williams, J. (eds), *The Human Rights of Children. From Visions to Implementation*, Ashgate, p. 101; Kilkelly U. (2011). «Using the Convention on the Rights of the Child in Law and Policy: Two ways to improve Compliance», en *ibidem*, p. 192.

⁸³ El art. 10.2 CE lleva asociada «una regla de interpretación evolutiva» que no puede prescindir de la exégesis «que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados» (STC 81/1989, FJ 2; 31/2018, FJ 4), sean éstos jurisdiccionales o no. Recordemos que, en este sentido, se pronunció ya el TC en su Sentencia 116/2006 (FJ 5), en relación con el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Finalmente, en su Sentencia 64/2009, el TC utiliza ya expresamente las observaciones del CRC como argumento de autoridad tanto para delimitar el contenido y alcance de la CDN, como para justificar la plasmación de sus exigencias en la LOPJM. En este sentido, también, STC 23/2020.

⁸⁴ Por ejemplo, en sus alegaciones en el mencionado asunto N.B.F. (CRC/C/79/D/11/2017, apdo. 6.5), España fundamentó su postura en la Observación n. 6 del CRC.

⁸⁵ Gómez Fernández, I. (2017). (2017). «Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración». *Revista Aranzadi Doctrinal. Estudios*, n. 2 y Gutiérrez Espada, C. (2018). «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, n. 2, pp. 841-842.

a la Fiscalía adjuntándolo como documento que acreditaba su minoría de edad y solicitando la revisión del decreto fiscal dictado en mayo. No recibió respuesta, por lo que compareció con su pasaporte ante la Dirección General de la Familia y el Menor de Madrid. La Fiscalía le notificó la negativa a la revisión y la Dirección General resolvió denegar la protección. En la demanda de oposición se solicitó que se declarase no conforme a Derecho el decreto fiscal y que se reconociera la minoría de edad de acuerdo con los datos que figuraban en la partida de nacimiento y en el pasaporte del interesado. La demanda y el correspondiente recurso de apelación fueron desestimados, acudiendo finalmente el menor al TS, frente al que alegó la vulneración del art. 24 CE por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba, así como la contravención del art. 55.3 LOEX y del art. 190.2 del Reglamento de Extranjería.

Aunque en su informe se opuso al fondo, en esta Sentencia el MF recordó que el CRC había condenado ya en varias ocasiones a España cuestionando el sistema nacional de determinación de la edad, especialmente en lo que respecta al empleo de técnicas médicas invasivas en los supuestos de migrantes documentados, advirtiéndolo por ello sobre la urgencia de reformar nuestra legislación. Por su parte, partiendo precisamente de la necesaria interpretación de nuestros textos legales de conformidad con la CDN (Fundamento de Derecho Tercero), el TS estimó el recurso. Y aunque así no lo dijera expresamente, para ello aplicó la doctrina sentada por las observaciones y dictámenes del CRC en este trabajo analizadas. En su Sentencia, el TS rebatió las dudas de la Fiscalía sobre la fiabilidad de la documentación presentada por el interesado por no haber sido la misma ni invalidada, ni desacreditada por las autoridades que la expedieron. Asimismo, refutó la validez de una simple valoración física de los migrantes y denegó el valor indiciario de la negativa del recurrente a someterse a pruebas médicas.

La STS 307/2020 ha venido así a confirmar la conveniencia del recurso a la vía de la doctrina de la *res interpretata* como estrategia a futuro frente a los tribunales ordinarios para garantizar un efectivo cumplimiento de nuestras obligaciones convencionales respecto de los menores que llegan solos a España. Estrategia igualmente aplicable en caso de plantear demanda ante la jurisdicción de Estrasburgo⁸⁶, a la que incluso podría llegar a accederse *per saltum* en aquellos casos en los que el origen de la vulneración alegada se hallara en el propio decreto de determinación de la edad. Para ello podría recurrirse de nuevo, como argumento de autoridad, a los dictámenes del CRC. No olvidemos que el Comité ha declarado, por un lado, que la revisión del decreto en base a nuevas pruebas objetivas no puede considerarse un recurso efectivo,

⁸⁶ Recordemos que, en importantes resoluciones sobre la materia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha basado su pronunciamiento en la CDN. Entre otras, Sentencias en los asuntos *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica*, de 12/10/2006; *Maslov c. Austria* [Gran Sala], de 23/06/2008; *Rabimi c. Grecia*, de 5/04/2011. Además, de su jurisprudencia puede deducirse el valor de interpretación auténtica que en Estrasburgo se reconoce a los dictámenes del CRC. Así, por ejemplo, en la Sentencia (Gran Sala) en el asunto *N.D. y N.T.*, de 13 de febrero de 2020, el Tribunal de Estrasburgo utilizó (apdo. 68) el Dictamen del CRC en el analizado asunto D.D., como parte del marco jurídico a considerar.

muy especialmente si se atiende a la indisponibilidad de medios del interesado, la dilación excesiva en el tiempo del proceso de revisión, la no suspensión de la orden de expulsión y la reiterada negativa del MF cuando se trata de pruebas documentales que contradicen las pruebas médicas ya practicadas (no olvidemos el caso D.D.). Por otro lado, también ha sostenido que ni el recurso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, ni el recurso contencioso-administrativo contra la orden de devolución, ni el recurso a la jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad, pueden ser considerados efectivos en tanto que no suspenden la expulsión (recordemos el caso A.L.)⁸⁷. Todo ello sin olvidar que, en nuestro ordenamiento, cuando no exista o no se comuniqué al interesado la correspondiente resolución sobre la tutela o la devolución, sencillamente no habrá vía de impugnación transitable con carácter previo a la presentación de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. *La conveniente convergencia entre los controles de constitucionalidad y convencionalidad.*

No obstante lo hasta aquí apuntado, tampoco debe olvidarse que aún albergando significación jurídica, los dictámenes de los comités de Naciones Unidas no son títulos ejecutivos. Por ello, respuestas como las de la STS 1263/2018 en el asunto Carreño, en la que el carácter jurídico vinculante del Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer fue considerado como fundamento válido para la formulación de una reclamación patrimonial por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, aunque deben ser bienvenidas, no pueden considerarse sino como circunscritas al caso concreto⁸⁸. Así, aunque no es del todo descartable una evolución de los efectos de los dictámenes de los comités del sistema universal en una dirección similar a la seguida por las sentencias del propio Tribunal de Estrasburgo⁸⁹, lo que es evidente es la urgencia de operar modificaciones de nuestro ordenamiento

⁸⁷ No obstante, en el Auto de la Audiencia Provincial (AAP) de Madrid (sección 10ª) 343/2019, de 18 de noviembre, se afirmó que para el debate sobre la validez de un documento para fijar la edad, la jurisdicción civil es competente por la vía del art. 158.4 Código Civil. Y en el mismo pronunciamiento se afirmó la posibilidad de seguir el procedimiento del art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los supuestos de contradicción entre pasaporte y pruebas, cuando no haya resolución administrativa. Por su parte, según el AAP de Barcelona 341/2019, de 18 de septiembre, el acuerdo del ente de protección confirmando el alzamiento del desamparo ante un decreto que deniega la revisión de la mayoría de edad, puede recurrirse judicialmente aunque no se hubiera recurrido la resolución originaria alzando el desamparo.

⁸⁸ Cfr. Escobar Hernández, C. (2019). «Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los dictámenes adoptados por comités de derechos humanos. algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, n. 1, pp. 241-250; Gómez Fernández, I. (2019). «Qué nos enseña el caso de Ángela González Carreño sobre el recurso al derecho internacional de los derechos humanos en los procedimientos ordinarios (Comentario a la Sentencia 1263/2018 del Tribunal Supremo)». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 7; Gutiérrez Espada, C. (2018), «La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales (...), *op. cit.*, pp. 836-851.

⁸⁹ En este sentido parece apuntar Gómez Fernández, I. (2019), en *ibidem*.

que, en materia de determinación de la edad, debieran suponer si no la judicialización del proceso mediante un cambio del órgano competente para resolver, al menos sí la previsión de una vía de impugnación directa del decreto fiscal.

Según su Nota Interna 2/2018, la Fiscalía ha modificado las plantillas para incorporar la posibilidad de acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando no haya resolución que acuerde el cese de la tutela. Además, se han planteado distintas propuestas de solución acudiendo a otros mecanismos procesales ya existentes. Así, por ejemplo, Lafont Nicuesa se centra en el recurso a la vía contencioso-administrativa, atendiendo para ello a la definición que de los actos de trámite hizo el TS en su Sentencia 2098/2009, de 16 de abril. De este modo, al entender el decreto fiscal como un acto de trámite que incide en la situación personal del interesado al condicionar directamente la decisión del servicio de protección de poner fin a la tutela, o de la administración de incoar el expediente de expulsión y pedir el internamiento, para Lafont se abre la vía del recurso contencioso-administrativo como medio de impugnación directa del decreto de determinación de la edad⁹⁰. En todo caso, los obstáculos a los que se enfrentan los MENA para oponerse judicialmente al decreto fiscal están en el punto de mira, siendo por ello conveniente profundizar en el debate, al que incluso ya parece haberse adherido, en el sentido aquí apuntado de judicialización del sistema, el propio MF.

Por su parte, y con objeto de reforzar la seguridad jurídica, las previsiones que sobre la materia son recogidas en la LOEX, el Reglamento de Extranjería y la propia LOPJM, debieran reformarse en el sentido de consagrar de forma clara e incontrovertible el necesario consentimiento informado para el sometimiento al procedimiento de determinación de la edad⁹¹, la imposibilidad de otorgar efectos indiciarios a la negativa del migrante a someterse a pruebas médicas y la proscripción de su práctica en los supuestos en los que hubiera aportado documentación oficial que no hubiese sido desacreditada o invalidada por las autoridades oficiales que la expidieron⁹². Sin embargo, hasta que esas modificaciones tengan lugar, el recurso al mandato del art. 10.2 CE en el sentido hasta aquí referido pudiera combinarse con el impulso de un control de convencionalidad que efectivamente tomara como parámetro no solo la CDN, sino el desarrollo que de la misma hace el CRC en sus resoluciones y dictámenes⁹³.

⁹⁰ Vid. Lafont Nicuesa, L. (2018). *La determinación de la edad del presunto menor extranjero. Pasaporte contra pruebas médicas. Aspectos civiles, penales y contencioso-administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 200.

⁹¹ Sobre esta cuestión es interesante la Sentencia de la AP de Asturias (secc. 4ª) 382/2019, de 30 de octubre, relativa a un caso en el que no se llevó a cabo correctamente el consentimiento informado ya que el mismo solo se practicó para la prueba del carpo que apuntó la posible minoría de edad, pero no para las pruebas posteriores de la ortopantomografía y la clavicular que determinaron que era adulto.

⁹² A este respecto cabe recordar que, según el AAP de Madrid (secc.10ª) 343/2019, de 18 de noviembre, el decreto fiscal que determina la mayoría de edad en base a la realización de pruebas oseométricas no destruye la presunción de veracidad del pasaporte.

⁹³ La bibliografía sobre el «control de convencionalidad» es muy abundante. En todo caso, dado que se trata de un concepto acuñado y desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

A esta última posibilidad dio expresamente entrada en nuestro ordenamiento la STC 140/2018, que condujo al art. 96 CE el fundamento para un legítimo control de convencionalidad por nuestros tribunales ordinarios⁹⁴. Ahora bien, en lo que a esta segunda estrategia de actuación respecta, debemos advertir que la opción del TC es arriesgada, pues en su Sentencia de 2018, a la vez que legitimó el control difuso de convencionalidad, perseveró en su rechazo a la consideración del DIDH como parámetro de constitucionalidad. Se abren así las puertas a una inconveniente situación de inaplicación de una ley nacional que previamente hubiera sido declarada constitucional. Y no se trata ésta de una mera elucubración teórica, pues así ocurrió ya en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1/2020, en relación con el art. 52.d del Estatuto de los Trabajadores⁹⁵. Por eso, hoy más que nunca, resulta imprescindible un cambio de postura del supremo intérprete de nuestra Constitución. Junto al ajuste interpretativo exigido por el art. 10.2 CE operado, como venimos defendiendo, de conformidad con el desarrollo que de los tratados internacionales hacen los órganos encargados de su control (sean estos jurisdiccionales o no), el TC debiera ya dar cabida al DIDH como verdadero parámetro de constitucionalidad. Ello requeriría, desde luego, enfrentarse a diversos interrogantes cuya respuesta, por otro lado, habría de extrapolarse a la delimitación del parámetro exegético que impone el art. 10.2 CE.

¿Qué concretos instrumentos internacionales pueden ser parámetro interpretativo y de control? ¿Pueden serlo las resoluciones de los comités encargados de velar por el cumplimiento de los tratados de la ONU? ¿Deberían establecerse distinciones entre resoluciones genéricas, como las observaciones, y las que resultan de la activación de los mecanismos de comunicación individual? ¿Puede el *soft law* internacional considerarse a tales efectos? Se trata, claro está, de una ardua tarea. En todo caso, a la misma

se recomienda la lectura de su Cuadernillo de Jurisprudencia sobre la materia, disponible en: <http://www.scba.gov.ar/servicios/violenciafamiliar/Corte%20IDH%20-%20Cuadernillo%20de%20Jurisprudencia%20N%C2%B0%207%20Control%20de%20Convencionalidad.pdf>. También, Vio Grossi, E. (2018). «El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXIV, pp. 311-335.

⁹⁴ Vid. Montesinos Padilla, C. (2019). «La jurisdicción universal en regresión: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 140/2018, de 20 de diciembre». *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 72, pp. 97-126.

⁹⁵ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resolvió un recurso de suplicación contra la Sentencia 168/2019 del Juzgado de los Social de Terrassa, que desestimó una demanda relativa a la improcedencia de un despido basado en el referido precepto estatutario, previamente declarado conforme a la CE por la STC 118/2019. Situación distinta sería aquella en la que no hubiera habido previo pronunciamiento del TC, en cuyo caso, como advierte el profesor Alonso García, nada impediría que se instara su intervención posterior bien por la vía del recurso de amparo, para determinar la conformidad con el art. 24 CE de la selección de la ley aplicable, bien a través de la cuestión o el recurso de inconstitucionalidad. Vid. Alonso García, R. (2020). «El control de convencionalidad: Cinco interrogantes». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 119, pp. 13-51. Pero tanto en el caso de pronunciamiento previo, como en el de control posterior se impone, en opinión de quien suscribe, un acomodo sustantivo riguroso de derechos constitucional y convencionalmente reconocidos.

habría de aplicarse el TC con la mayor urgencia y dejando a un lado sus tradicionales recelos, pues solo de este modo ambos parámetros de control, el de constitucionalidad y el de convencionalidad, podrían convivir en nuestro ordenamiento en condiciones de convergencia, y no de concurrencia⁹⁶. Sea como fuere, las hasta aquí señaladas son meras hipótesis de trabajo y, como tales, posible objeto de controversia. Lo que no es controvertible es que la CDN y las resoluciones del CRC han de surtir efectos jurídicos para los Estados, obligados como están a cumplir de buena fe los compromisos internacionales que han asumido de forma voluntaria.

Title:

Age determination. Obligations, practices and litigation strategies for effective protection of foreign unaccompanied minors treaty rights

Summary:

I. PROTECTION VS. EXPULSION. WHAT DO WE DO WITH UNACCOMPANIED MIGRANT MINORS? II. MINORITY, MIGRATION AND HUMAN RIGHTS 1. Our International Commitments. The Convention on the Rights of the Child 2. Our Internal Obligations. Children as Foreigners Formally Protected III. A FORWARD-LOOKING DIAGNOSIS BASED ON SOME PARADIGMATIC EXAMPLES 1. A General Analysis 2. Some Specific Cases IV. POSSIBLE STRATEGIES 1. The Res Interpretata Doctrine Feasibility 2. The Convenient Convergence Between the Constitutionality and the Conventionality Controls. V. BIBLIOGRAPHY.

Resumen:

El progresivo incremento del número de Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) que llegan a España desde finales de la década de los ochenta, ha puesto en un brete a nuestras autoridades, que desde entonces

⁹⁶ Jimena Quesada, L. (2019). «La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 53, p. 452. A la necesidad de «avanzar hacia una fusión o interacción de ambos controles» se refirió hace ya más de un lustro el profesor García Roca, pero en exclusiva relación a la inclusión de una referencia expresa de la CDFUE y del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los arts. art. 10.2, 53.1 y 161 CE. *Vid.* García Roca, J. (ed.) (2014). *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 33-35.

se debaten entre sus obligaciones tuitivas frente al menor y el necesario, aunque no siempre bien gestionado, control de fronteras. En una primera lectura, la normativa española en materia migratoria y de tutela del menor podría efectivamente calificarse de protectora. Sin embargo, la praxis nos viene demostrando desde hace años que su aplicación no siempre es conforme a los mandatos de la Convención sobre Derechos del Niño, ni al desarrollo que de la misma hace el Comité encargado de controlar su cumplimiento. Las críticas, muchas de ellas centradas en el procedimiento de determinación de la edad, son bien conocidas. Los informes y recomendaciones de instituciones y organizaciones, nacionales e internacionales, se han multiplicado desde que el colectivo de los MENA pasó a catalogarse como nuevo fenómeno migratorio. En todo caso, fue durante 2019 cuando el Comité de Derechos del Niño terminó de perfilar nuestros incumplimientos convencionales en materia de identificación del menor. El problema, una vez más, es delinear las estrategias de cumplimiento de unas resoluciones a las que, tradicionalmente, se les ha despojado de toda fuerza vinculante.

El objetivo de este trabajo es doble. Por un lado, se pretende demostrar que a pesar de la apariencia protectora de nuestras normas jurídicas, su aplicación práctica está todavía muy lejos de cumplir con los estándares internacionales en materia de infancia. Con tal finalidad se analizan tanto los instrumentos regulatorios sobre el estatuto y el tratamiento de los MENA en España, como algunas de las últimas resoluciones del Comité de Derechos del Niño dictadas contra nuestro país en materia de determinación de la edad. Por otro lado, con el afán de contribuir a evitar futuros incumplimientos convencionales, y aunque sin olvidar las necesarias propuestas de reforma del sistema normativo, como posibles estrategias de litigio se apuntan el recurso a la doctrina de la *res interpretata* y una coherente implementación del controvertido control de convencionalidad. El mandato hermenéutico del artículo 10.2 de la Constitución española ha orientado la actuación del Tribunal Supremo en una reciente sentencia sobre un caso directamente vinculado con la insuficiente consideración de la documentación acreditativa de la identidad que presentan los menores migrantes que llegan solos a España. Por su parte, el propio Tribunal Constitucional ha avalado la práctica del control de convencionalidad por nuestros tribunales ordinarios. Sin obviar todas las matizaciones necesarias, la operatividad de ambas estrategias parece estar así fuera de toda duda.

Abstract:

The growing number of Unaccompanied Foreign Minors (UFM) arriving in Spain since the late eighties, puts our authorities in a difficult position between their obligations for protection towards minors and the necessary, although not always well managed, border control. In a first reading, the Spanish legislation on migration and children could indeed be described as protective. However, practice shows its application is not always fo-

llowing the Convention on the Rights of the Child. Nor its development by the Committee responsible for monitoring its compliance. Criticisms, focus on the age determination procedure, are well known. The reports and recommendations of national and international institutions and organizations have multiplied since the UFM group was classified as a new migratory phenomenon. In any case, it was during 2019 when the Committee on the Rights of the Child finished outlining our conventional failures to identify minors. The problem, once again, is to outline the strategies of compliance with a kind of decisions traditionally deprived of any binding force.

The objective of this paper is twofold. On the one hand, it aims to demonstrate that, despite the protective appearance of our legal system, its application is still far from meeting international standards. To this end, it analyzes the instruments on the UFM status and legal treatment. Furthermore, it also studies some of the latest Committee on the Rights of the Child's resolutions regarding the procedure for determining age. On the other hand, to contribute to avoid future breaches of our international commitments, both the 'res interpretata' doctrine and the conventionality control implementation are pointed out as possible litigation strategies. All this without forgetting the necessary proposals for legal reforms. The hermeneutic mandate of article 10.2 of the Spanish Constitution guided a recent ruling of the Supreme Court on a case directly linked to the insufficient consideration of identity documentation presented by migrant minors arriving alone in our country. For its part, the Constitutional Court endorsed the practice of the conventionality control by the judiciary. Without ignoring all the necessary nuances, the operability of both strategies seems to be beyond doubt.

Palabras clave:

Comités de Naciones Unidas; Control de convencionalidad; Convención sobre Derechos del Niño; Menores Extranjeros No Acompañados, Pruebas de determinación de la edad

Keywords:

Age Determination Tests; United Nations Committees; Convention on the Rights of the Child; Conventionality Control; Unaccompanied Foreign Minors.