



FRANCESCA IZZO*

LA TUTELA INTERNACIONAL DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: ¿UNA FACULTAD O UNA OBLIGACIÓN PARA LOS ESTADOS? LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE LA COMUNICACIÓN N. 4/16 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Los Menores Extranjeros no Acompañados: consideraciones generales y marco internacional. – 3. Alcance de la protección conferida a los menores extranjeros no acompañados en España: la posición del Comité de los Derechos del Niño ante un caso particular. – 3.1. Hechos, intervenciones y observaciones de las partes. – 3.2. Consideraciones del Comité de los Derechos del Niño. – 3.2.1. Sobre la admisibilidad. – 3.2.2. Sobre el fondo. – 4. Problemas para la protección efectiva de los menores extranjeros no acompañados en España: causas justificativas de la derogación de las disposiciones internacionales. – 4.1. Exigencias de orden público y seguridad nacional y la dificultad en la determinación de la menor edad. – 4.2. La legitimación de las “devoluciones en caliente”. – 4.3. La no obligatoriedad de los pronunciamientos del Comité de los Derechos del Niño. – 5. Consideraciones conclusivas. – 6. Anexo.

1. Introducción

La cuestión migratoria es un fenómeno que ha acompañado el desarrollo de las sociedades humanas desde siempre, si bien se ha intensificado en la última parte del siglo XX. Precisamente, este último período ha sido definido como “la edad de las migraciones”¹.

Este fenómeno ha derivado en dos visiones contrapuestas, dividiendo la opinión pública entre los que se muestran radicalmente contrarios a los flujos migratorios indiscriminados – que, a menudo, han sido tachados de racismo y xenofobia – y los partidarios de la estricta aplicación de las condiciones establecidas por la normativa

* Graduada en Derecho con doble licenciatura italo-española en la Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli” (Italia) y la Universidad de Murcia (España). Master en Abogacía por la Universidad de Valencia (España). La presente contribución científica ha sido elaborada durante la estancia de investigación en el Departamento de Derecho internacional “Adolfo Miaja de la Muela” de la Universidad de Valencia, bajo la tutela académica del Prof. Dr. José Manuel Sánchez Patrón, en el curso académico 2018/2019.

¹ P. AGUELO NAVARRO, *Refugiados, desplazados, migrantes. El complejo fenómeno de las migraciones internacionales, su relación con la protección internacional y los movimientos mixtos*, en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2016, pp. 173-207.

internacional y, en particular, del principio de *non-refoulement*² - acusados de populismo y de ser “do-gooder” -. Cada una de estas visiones tiene su propio fundamento en razones jurídico-ideológicas, pero esto no quiere decir que, al mismo tiempo, adolezcan de algunas deficiencias con las que debe tenerse mucho cuidado a la hora de optar por una posición.

Así, los “partidarios del rechazo en frontera” deberían tener en cuenta algunos hechos fundamentales: el hombre es naturalmente un animal racional e, históricamente, migratorio (*vagans*). Como sabemos, está demostrado científicamente que todos nosotros provenimos de una única cepa, el *homo sapiens-sapiens*, que se formó en una región del África centro-oriental hace 100/150 mil años. Y, en el curso de decenas de millares de años, nuestros ancestros se han desplazado hacia el Norte, el Noroeste y el Noreste, llegando a colonizar todo el territorio. Además, la historia se encuentra marcada por las migraciones humanas, de carácter más o menos pacífico, pero siempre portadoras de energías, de nueva vitalidad, de nuevos proyectos de vida. Cabe, por fin, reconocer que, actualmente, sectores completos de la actividad económica nacional son confiados, en una porción considerable de mano de obra, a extranjeros regulares, sin los que se verían obligados a paralizar su actividad. Asimismo, entre el 8-10% de la población activa de España, se encuentra constituida por extranjeros regularmente integrados en el mundo del trabajo, concurriendo a las mismas cotizaciones a la seguridad social con las que pagar las jubilaciones³.

Sin embargo, los defensores del principio de *non-refoulement*, deberían considerar que la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951 fue elaborada para contemplar situaciones individuales o de pequeños grupos, y no para permitir migraciones de poblaciones enteras, a lo que se suma el hecho de que la adhesión de este instrumento internacional⁴ puede venir acompañada de la presentación de reservas⁵. Además la diferencia entre migrantes económicos y solicitantes de protección – que es todavía esencial bajo el prisma del derecho internacional – se ha venido, poco a poco, deshaciendo. En efecto, el componente económico es evidente también en el proceso decisional seguido por los que huyen de situaciones de más o potencial peligro⁶. También es claro que la actitud general de la opinión pública de casi todos los países europeos está volviéndose en contra de la perspectiva de flujos migratorios indiscriminados, lo que pone en riesgo, incluso, el sistema de libre circulación Schengen instaurando entre la mayoría de países de la UE.

Partiendo del contexto internacional y europeo anterior, en el presente trabajo de investigación, me ocuparé específicamente del estudio del fenómeno migratorio de los Menores Extranjeros no Acompañados (en adelante: MENA). Y es que, en los últimos años, la inmigración infantil está ocupando un espacio de creciente importancia lo que está llevando a que muchos Países europeos – sobre todo los de frontera – adopten medidas específicas en relación con este problema concreto que se encuentra, lamentablemente, en aumento⁷.

² Artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951.

³ https://www.ine.es/dyns/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735976595.

⁴ Artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.

⁵ S.M. VELÁZQUEZ BORGES, *Las reservas en los tratados internacionales. Una necesaria y general fundamentación jurídico-institucional*, en *Anuario de derecho*, 2012, pp. 127-156.

⁶ M. LÓPEZ MARTÍN, E. GIL GARRIDO, C. MONTERO OROZCO, *El sistema de asilo y su protección social en España*, en *Servicios Sociales y Política Social*, 2016, pp. 105-115.

⁷ Al respecto, puede consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: J.M. VELASCO RETAMOSA, *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Valencia, 2018; I. E. LÁZARO GONZÁLEZ, B. MOROY ARAMBARRI, *Los menores extranjeros no acompañados*, Madrid, 2010; V. CABEDO MALLOL, *Menores no acompañados los otros inmigrantes: cuestiones jurídicas, actividades investigadores y docentes*, Valencia, 2015.

A tal fin examinaré la normativa internacional existente al respecto, así como la tutela prevista en esta regulación internacional. Y, en particular, me detendré en el análisis del reciente dictamen aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación N. 4/2016⁸.

2. Los Menores Extranjeros no Acompañados: consideraciones generales y marco internacional

Ante de todo hay que aclarar que se entiende por MENA (Menor Extranjero no Acompañado). Al respecto no existe en el marco internacional una definición unívoca de la misma manera que tampoco existe una línea de actuación común. Cada Estado – en efecto – adopta medidas propias con respecto a la inmigración y a la tutela de los menores, en atención a los diferentes tratados internacionales que ha ratificado.

La primera definición de menor, reconocida internacionalmente, se encuentra en la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (en adelante: Convención de los Derechos del Niño) que identifica con el término *child* cada sujeto en edad evolutiva que no haya cumplido los dieciocho años de edad. Así, podemos definir MENA como aquel «niño menor de 18 años de edad, a menos que, a los efectos de la Ley aplicable al menor, la mayoría de edad no sea alcanzada con anterioridad, que es separado de los padres y que no se encuentra sometido a la tutela de un adulto que, con base en la ley o a la costumbre que corresponda, sea responsable de hacerlo»⁹.

Para facilitar la construcción de tal concepto se puede distinguir preliminarmente los términos que componen esta categoría; a saber, diferenciar entre “menor”, “extranjero” y “no acompañado” a partir de la normativa internacional de referencia¹⁰.

En efecto, este sujeto especial se encuentra en los confines de dos legislaciones que son susceptibles de estar, entre ellas, a su vez, en conflicto. Por un lado, la relativa al menor basada en los principios de protección y tutela. Y, por otro lado, la de extranjería, surgida con un carácter policial, basada sobre los principios de control y defensa¹¹.

Por lo que concierne a la normativa relativa a los menores, la doctrina¹² habla de *protection* refiriéndose a aquellos derechos reconocidos para proteger al menor de los abusos, del maltrato y de la explotación; de *provision* como aquél ámbito que acoge los derechos sociales y económicos, no sólo para garantizar las necesidades primarias del menor, sino también para permitir el desarrollo según sus potencialidades; y, por último, de *participation* para indicar el ámbito en que se sitúan, en particular, los derechos de libertad

⁸ Dictamen aprobado en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación n. 4/16 (CRC/C/80/D/4/2016), del Comité de los Derechos del Niño del 12 de febrero 2019.

⁹ Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

¹⁰ Artículo 2, letra f) de la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

¹¹ G. PETTI, *Il male minore*, Verona, 2004.

¹² P. RONFANI, *I diritti dei minori stranieri non accompagnati. Norme, cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, pp. 201-234.

(expresión, religión, asociación, vida privada) que el menor ejerce bajo la responsabilidad de sus mismos padres, participando, así, en las decisiones que atañen a su vida en la medida en que resulta compatible con sus capacidades específicas.

El principio fundamental que encontramos en la base de la tutela del menor es indudablemente el de la protección del *best interest of the child*¹³ establecida por el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que el interés del menor tiene que prevalecer sobre los demás intereses en juego y por consiguiente – en una óptica de balance de derechos – es, en este contexto, el interés del menor el que tiene que dominar.

Es importante subrayar que este artículo siempre se refiere a situaciones concretas, por lo que será necesaria una valoración omnicomprensiva de la identidad del sujeto, de su nacionalidad, de su pertenencia étnica-lingüística y, sobre todo, debe ser determinada su necesidad de protección¹⁴. La valoración de todos estos elementos será hecha sobre el territorio del Estado receptor y en un entorno acogedor por personal cualificado.

Según la jurisprudencia de los tribunales nacionales¹⁵, la determinación del interés del menor va a depender, en particular, de tres aspectos a considerar: lo primero es la opinión del menor¹⁶. El menor ha de ser escuchado *ex* artículo 12 de la Convención, por lo que el Estado tiene no sólo la obligación de escuchar, sino también el deber de tener en cuenta lo que el menor tiene que decir; esta exigencia vale para cualquier procedimiento, ya sea judicial o administrativo. El segundo punto a tener en cuenta concierne a los factores que forman la personalidad del menor: edad, madurez y las particulares necesidades que él pueda tener¹⁷. El tercer factor a valorar es el catálogo de derechos garantizado por la Convención. El principio del *best interest of the child* es de por sí indefinido, por tanto tiene que ser interpretado necesariamente en conjunción con los demás derechos¹⁸.

Sin embargo, en la práctica, es muy probable que el menor llegue ilegalmente al territorio del Estado de acogida, o puede ocurrir que falten documentos, o bien que éstos sean falsos. En tales circunstancias, la edad del sujeto, requisito fundamental para establecer cuál es el régimen aplicable, debe averiguarse a través de los principales métodos de identificación y procedimientos de determinación de la edad del menor, partiendo del examen antropométrico¹⁹ y las consecuencias jurídicas que derivan de su aplicación.

¹³ Artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entrada en vigor el 01 de diciembre de 2009.

¹⁴ G. MARTÍNEZ ATIENZA, *Menores extranjeros no acompañados y sus derechos*, Barcelona, 2018.

¹⁵ Entre otras, la STC (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2008 (183/2008, recurso de amparo n. 3319/2007) y la STC de 22 de diciembre de 2008 (184/2008, recurso de amparo n. 3321/2007). El TC se ha pronunciado sobre la inadmisión de demanda contencioso-administrativa por falta de capacidad de un menor de edad, y denegación de un defensor judicial por contradicción de intereses con la Administración de tutela, que impiden que sea oído en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal (STC 221/2002).

¹⁶ Artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entrada en vigor el 01 de diciembre de 2009.

¹⁷ Observación General N. 6 (CRC/CG/2005/6) del Comité de los Derechos del Niño del 1 septiembre 2005 parr. 20.

¹⁸ Observación General N. 14 (CRC/C/GC/14) del Comité de los Derechos del Niño del 29 de mayo de 2013 parr. 4.

¹⁹ Se entiende los métodos Greulich and Pyle y TW3 (Tanner-Whitehouse 3): el primero establece la edad esquelética de la comparación entre el grado de osificación de la mano y la muñeca de la persona interesada y tableros de referencia se basados en radiografías de niños y adolescentes; el segundo prevé la comparación de la radiografía del distrito mano/muñeca con de las curvas estadísticas elaboradas poniendo en correlación la edad esquelética con la edad de nacimiento de varios sujetos. Con respecto del método Gruelich and Pyle el TW3 es creído más confiable.

A día de hoy no existe un procedimiento unívoco de determinación de la edad. En efecto, los Estados, conscientes de los límites que ello comporta, tienden a preferir la adopción de la simple radiografía de la muñeca. Al respecto el Derecho internacional – e incluso el buen juicio – recomienda una aproximación multidisciplinar; se pretende, pues, que el examen se desarrolle teniendo en consideración más aspectos, entre los cuales, por ejemplo, se encuentra un examen psicológico que valoraría la madurez del sujeto o mediciones antropométricas adecuadas y respetuosas con la vida y la dignidad humana²⁰.

No obstante, los Estados siguen en la estrecha aplicación del examen antropométrico, olvidándose del entorno en el que se encuentran estos migrantes, generando a menudo situaciones de angustia y de sufrimiento extremo. Es el caso de Omar, originario de Guinea, un joven inmigrante ex tutelado por la Generalitat de Cataluña que se suicidó el pasado 7 de noviembre, en Igualada (Barcelona), tras ser expulsado del centro de menores en el que se encontraba. Omar llegó a Cataluña hace unos meses, después de un viaje migratorio muy duro, se hallaba sin documentación identificativa y por eso tuvo que someterse a unas pruebas de determinación de la edad. Cabe remarcar una vez más que se trata de procedimientos que estiman la edad en función de la madurez ósea y dental, pero que están sujetos a grandes márgenes de error que pueden superar incluso los dos años, fundamentales en estos casos. El resultado del análisis determinó que tenía más de 18 años, por lo que tuvo que dejar el centro de protección de menores en el que estaba, siendo expulsado del mismo y convirtiéndose en inmigrante irregular. Sin embargo el joven no soportó el golpe de encontrarse una vez más solo y vulnerable para asumir esta realidad injusta, y por lo tanto tomó esa decisión tan extrema lanzándose desde un puente²¹.

El segundo término que define esta categoría particular es el de “extranjero”; y a tal propósito es útil partir de los principios de tutela de los ciudadanos de terceros países que entran en el territorio estatal. El primero de ellos es el de *non-refoulement* o prohibición de devolución. Un extranjero no puede ser deportado, expulsado o trasladado hacia territorios en los que su vida o su libertad estén amenazadas. Además, se establece la prohibición de discriminación²² y se impone al Estado la obligación de protección del extranjero. Esta protección le lleva a adoptar las medidas que considere idóneas para prevenir y reprimir cada una de las ofensas que recaigan sobre la persona o los bienes del extranjero²³.

No obstante, en la práctica, existe una discrepancia notable entre los derechos reconocidos a los migrantes *tout court* y los derechos de los menores migrantes²⁴. De hecho, el mayor problema para los menores extranjeros es el de su reconocimiento principal como migrante en vez de como niño. Esta prevalencia conlleva que, automáticamente, se minimice la prioridad sobre la protección legal que, según los estándares internacionales, le

²⁰ D. C. H. ROSCAM ABBING, *Age Determination of Unaccompanied Asylum Seeking Minors in the European Union: A Health Law Perspective*, en *European Journal of Health Law*, 2011, pp. 11-25.

²¹ Al respecto, puede consultarse, entre otros, los siguientes periódicos: https://elpais.com/ccaa/2019/11/10/catalunya/1573407342_242442.html (*El País*) https://www.huffingtonpost.es/entry/un-joven-inmigrante-extutelado-se-suicida-tras-ser-expulsado-del-centro-de-menores_es_5dc9b4f4e4b00927b237cbce (*Huffingtonpost*) y https://www.eldiario.es/catalunya/migrante-extutelado-suicida-Catalunya-expulsado_0_962753865.html (*El Diario*).

²² Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entrada en vigor el 01 de diciembre de 2009.

²³ J. MCADAM, *Forced Migration, Human Rights and Security*, Oregon, 2008.

²⁴ J. KANICS, D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, K. TOUZENIS, *Migrating Alone: Unaccompanied and Separated Children's Migration to Europe*, en *Unesco Publishing*, 2010, pp. 13-14.

correspondería como menor; una tutela mucho más elaborada y amplia para los niños que para los migrantes en general, según lo establecido por los tratados internacionales.

La tercera característica es el *status* de “no acompañado”, que se encuentra definido en el Programa de Menores Separados en Europa²⁵. Según éste, lo conforman los «menores de 18 años, que están fuera de su país de origen, y que están separados de ambos padres o de un adulto que se responsabilice de su cuidado y protección por ley o por la costumbre. De hecho, algunos menores pueden estar completamente solos, mientras que otros pueden vivir con miembros de la familia ampliada, pero todos éstos son menores separados y tienen derecho a una protección internacional especial: los menores separados podrían solicitar guardería por miedo de persecuciones, de conflictos armados o de desórdenes en su propio país; podrían ser víctimas de tráfico sexual u otro tipo de explotación, o de haber emprendido el viaje a Europa para huir de situaciones de grave privación».

La doctrina²⁶ suele distinguir dos categorías de menores extranjeros que emigran solos: los “no acompañados” y aquellos que lo hacen “separados”. Estos últimos son definidos por ir acompañados por adultos que forman parte de su familia, pero que no son sus padres. Sin embargo, en la práctica, esta definición resulta baladí en cuanto que ambas categorías gozan de la misma tutela específica al ser portadores de las mismas necesidades y del mismo nivel de protección, ya que en su propio país – como ya se ha señalado – pueden ser víctimas de persecuciones de varios tipos y se ven impulsados a emigrar²⁷.

En línea con el ordenamiento internacional, España ha contribuido a la definición de MENA afirmando que se refiere al «extranjero menor de dieciocho años que se encuentra en España sin ser acompañado por un adulto responsable de él, legalmente o de hecho, teniendo en consideración el riesgo de no protección del menor²⁸». Esta definición se encuentra en su legislación sobre extranjería.

Por todo lo dicho hasta aquí, parece que los Estados miembros de la comunidad internacional tienen todos los elementos para garantizar convenientemente la inmigración de esta particular y vulnerable²⁹ categoría (MENA), pero, en la realidad, no es así debido al amplio margen de discrecionalidad que goza cada país para efectuar su protección.

En este sentido, analizaremos uno de los casos en el que la reacción del Estado de acogida – en este caso España – ante de la inmigración de un MENA, no ha sido la apropiada en línea con lo establecido por el Derecho internacional y que, por lo tanto, ha merecido la intervención en su favor del Comité de los Derechos del Niño.

²⁵ Programa sobre los Menores Separados en Europa por iniciativa de Save the Children junto con el ACNUR para promover los derechos y la tutela de los menores migrantes en Europa.

²⁶ D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, *Modelos de acogida e integración de los menores no acompañados y separados en Europa*, en *Los menores extranjeros no acompañados*, 2010, pp. 77-96.

²⁷ Al respecto, puede consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: V. CABEDO MALLOL, *Los menores extranjeros no acompañados: en la norma y en la realidad*, Valencia, 2012; V. CABEDO MALLOL, A. CLOQUELL LOZANO, *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas: la necesidad de colaboración, coordinación y cooperación a nivel nacional y en el seno de la Unión Europea*, Valencia, 2012.

²⁸ Artículos 59 – 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

²⁹ Artículo 3 c. 9) de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

3. Alcance de la protección conferida a los menores extranjeros no acompañados en España: la posición del Comité de los Derechos del Niño ante un caso particular

3.1. Hechos, intervenciones y observaciones de las partes

Para entender mejor como cada Estado actúa en materia de MENA, sería necesario partir de un reciente caso que ha involucrado España, en el que ha sido necesaria la intervención del Comité de los Derechos del Niño. En particular, los hechos ocurrieron el pasado 2 diciembre de 2014 cuando un grupo de personas de origen subsahariano abandonaron el Monte Gurugú (Marruecos) – donde vivían en los campamentos improvisados para migrantes procedentes de conflictos armados que hubieran tenido lugar en sus respectivos países – con la intención de acceder a Melilla (España).

En particular, junto a la tercera valla, D.D. – ciudadano del Mali, autor de las pretensiones, que en la época de los hechos tenía 15 años – después de haber permanecido varias horas en la cima de ella sin asistencia alguna, decidió bajar. Fue detenido y esposado inmediatamente por la Guardia Civil española, entregado a las fuerzas marroquíes y, finalmente, deportado sumariamente a Marruecos. En ningún momento fue sometido a un procedimiento de identificación, asistido por abogados, intérpretes o médicos.

A la vista de lo anterior, D.D. decidió presentar una comunicación en la que denunció que sus derechos reconocidos por la Convención de Derechos del Niño habían sido vulnerados. En la denuncia, hizo especial referencia al artículo 20 de la misma, dada la falta de protección de España en su condición de MENA³⁰. En segundo lugar, alegó también la violación del artículo 37 de dicha Convención ya que tampoco había sido sometido a ningún tipo de proceso o evaluación previo exponiéndole a un riesgo de daño irreparable³¹. Con ello se había eludido completamente las obligaciones internacionales; en particular el ya citado principio del *best interest of the child*.

Por su parte, España, llamada a expresar sus observaciones, afirmó la inadmisibilidad del recurso por cuatro razones. En primer lugar, el recurso era inadmisibile *rationae loci*, ya que los hechos fueron imputables presuntamente a las autoridades marroquíes³². Segundo, el recurso era inadmisibile *rationae personae*³³, ya que podía presumirse la mayor edad del D.D. a partir de sus declaraciones (2014 en el CETI de Melilla – 2015 en la Comisaría de Extranjería de Melilla) en las que afirmó tener 20 años. Tercero, la inadmisibilidad del recurso *rationae materiae* porque la cuestión se refería al derecho de asilo, el cual no se encuentra contemplado en la Convención de Derechos del Niño. Y, por último, el Estado

³⁰ Observación General N. 6 (CRC/CG/2005/6) del Comité de los Derechos del Niño del 1 septiembre 2005 parr. 7 y 9.

³¹ Observaciones Finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de Marruecos (CRC/C/MAR/CO/3-4), del Comité de los Derechos del Niño del 14 de octubre de 2014, parr. 34 y la Observación General n.13 (CRC/C/GC/13) del Comité de los Derechos del Niño del 18 de abril de 2011 parr. 26.

³² Artículo 5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011 mediante su Resolución A/RES/66/138.

³³ Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

sostuvo la inadmisibilidad por falta de agotamiento de recursos internos³⁴. D.D. no solicitó asilo en el país de tránsito, ni un permiso de trabajo para España; y una vez en este país tuvo a su disposición recursos efectivos contra la resolución que ordenaba su expulsión.

Tras estas observaciones, el 31 de mayo de 2018, intervinieron también terceros en el procedimiento; en particular, la Comisión Internacional de Juristas, el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados, el Centro AIRE y el Consejo Holandés para refugiados. Fundamentalmente, sus intervenciones se fundaron en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reconoce que cuando un Estado toma medidas para prevenir la entrada de extranjeros en su territorio o para devolverlos a otro Estado, está ejerciendo su jurisdicción, lo que compromete su responsabilidad³⁵. El Estado tiene libertad para elegir las medidas para prevenir la entrada de extranjeros en su territorio con el límite del respeto a los principios de no devolución y prohibición de expulsiones colectivas. Así pues, España debía permitir a los menores acceder a su territorio como requisito previo al proceso de evaluación inicial a fin de cumplir con sus obligaciones internacionales, en arreglo a los artículos 3, 20 y 37 de la Convención de los Derechos del Niño.

3.2. Consideraciones del Comité de los Derechos del Niño

3.2.1. Sobre la admisibilidad

El 1 de febrero de 2019, el Comité de los Derechos del Niño se pronunció sobre esta controversia. En primer lugar, – tal y como establece el Protocolo facultativo a la Convención de los Derechos del Niño³⁶– el Comité procedió al examen de la admisibilidad de la comunicación, considerándola admisible por varias razones. En primer lugar, *rationae personae*, ya que los documentos oficiales expedidos a nombre del autor – cuya validez se presume salvo prueba en contrario – atestaban la minoría de edad del demandante en la época de los hechos. Estos documentos fueron reconocidos válidos por España a la hora de emitir a favor del autor un permiso de residencia y un certificado de tutela legal de la Comunidad de Madrid. Además, cabe admisibilidad *rationae loci*, dado que el alcance de la comunicación se limitó a las acciones de las autoridades españolas del 2 diciembre de 2014, y no sobre las de las autoridades marroquíes. Asimismo, se admitió la comunicación *rationae materiae* ya que la cuestión no se fundó en el derecho de asilo – no contemplado por la Convención de los Derechos del Niño – sino en la violación de los artículos 3, 20 y 37 de la citada Convención. Por último, el Comité relevó que no cabía la inadmisión por el no agotamiento de los recursos internos disponibles, al no haberse solicitado el asilo o permiso de trabajo en España por parte del autor, argumentos que sólo sugieren que el autor podría haberlos solicitados antes de entrar en España. Tampoco era inadmisibile por no haber recurrido la resolución administrativa que ordenaba su expulsión, ya que no existió orden formal de expulsión que pudiese haber sido impugnada.

³⁴ Artículo 7 (e) del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011 mediante su Resolución A/RES/66/138.

³⁵ Sentencia del TEDH de 23 de febrero 2012, as. 27765/09, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* parr. 180.

³⁶ Artículo 20 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011 mediante su Resolución A/RES/66/138.

3.2.2. Sobre el fondo

Considerada la admisibilidad de la comunicación, el Comité de los Derechos del Niño se expresó sobre el fondo del asunto, reiterando la obligación de los Estados de adoptar medidas necesarias para fomentar la protección y asistencia especial de los MENA³⁷ – entre otras, las relativas a su identificación³⁸ –, y como estas deberían aplicarse a los menores incluso al tratar de penetrar en el territorio nacional, particularmente en la frontera. Al mismo tiempo, señaló como, en este caso concreto, España había incumplido al proceder directamente a la expulsión del autor, sin ejercer ningún control para la identificación y determinación del menor. Por lo tanto, el Estado debería haber seguido las tres etapas fundamentales siguientes: «a) la determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado de la persona en cuestión y, en caso de incertidumbre, se otorgue al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que fuese un menor, se lo trate como tal; b) la identificación del menor tras una entrevista inicial y c) el entendimiento de la situación concreta del menor y la evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad si los hubiere»³⁹.

Además, el Comité reconoció una violación del principio de *non-refoulement*⁴⁰ – que incluye la obligación para el Estado de no trasladar a un niño «a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor»⁴¹ – debiéndose garantizar a los niños el derecho de acceder al territorio y ser remitidos a las autoridades encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos, siempre en el respeto de las garantías procesales. Al respecto, se precisó como en ningún momento, España había realizado una evaluación previa de la situación existente en Marruecos para evitar este riesgo.

Todo lo anterior junto a la forma en la que se llevó a cabo la deportación – es decir permanecer por varias horas trepado a una de las vallas, ser detenido, esposado y directamente devuelto a Marruecos sin recibir ningún tipo de asistencia legal o de un intérprete – conllevó la conclusión de que España había actuado sin tomar en consideración el interés superior del menor⁴² violando en particular los artículos 3, 20 y 37 de la Convención de los Derechos del Niño. Así el Comité decidió que este país debería proporcionar al demandante una reparación adecuada. También debía comprometerse a evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, mediante la revisión de la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana y de su disposición adicional

³⁷ Artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

³⁸ Observación General N. 6 (CRC/CG/2005/6) del Comité de los Derechos del Niño del 1 septiembre 2005 párr. 13.

³⁹ Dictamen aprobado en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación n. 4/16 (CRC/C/80/D/4/2016), del Comité de los Derechos del Niño del 12 de febrero 2019, párr. 14.3.

⁴⁰ Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁴¹ Dictamen aprobado en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación n. 4/16 (CRC/C/80/D/4/2016), del Comité de los Derechos del Niño del 12 de febrero 2019, párr. 14.4.

⁴² Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

décima en relación con el “Régimen Especial de Ceuta y Melilla”, la cual autorizaría la práctica indiscriminada de deportaciones automáticas en su frontera⁴³.

4. Problemas para la protección efectiva de los menores extranjeros no acompañados en España: causas justificativas de la derogación de las disposiciones internacionales

4.1. Exigencias de orden público y seguridad nacional y la dificultad en la determinación de la menor edad

A pesar de toda la normativa reguladora de los MENA y de las intervenciones de órganos internacionales y nacionales, en España siguen existiendo muchos obstáculos para garantizar realmente la tutela a estos sujetos particulares y vulnerables. De hecho, la realidad más frecuente es que la mayoría de ellos lleguen a España sin la documentación oficial de su país para dificultar su identificación por las autoridades administrativas españolas, lo que da origen al largo y tortuoso camino para la determinación de la edad a fin de, eventualmente, reconocer y otorgar la tutela en situación de desamparo.

Estos procedimientos – en teoría – deberían desarrollarse a través de pruebas médicas junto a la evaluación de otras circunstancias y, sobre todo, teniendo en cuenta las declaraciones del menor. Sin embargo, en la práctica, la edad del sujeto se establece solo por los resultados de la investigación médica⁴⁴, sin indagar sobre el estado del interesado y sin que pueda consultar a un abogado que pueda asesorarle sobre sus derechos⁴⁵.

En particular, la práctica más utilizada en la indagación médica es la radiografía de la muñeca/mano y de los dientes⁴⁶. En ambos casos, se trata del examen de elementos óseos en evolución hasta que resultan fácilmente investigables con escasas radiográficas. Sin embargo el examen radiográfico puede ser visto como una lesión de los derechos del menor que puede compararse con una “inspección”, puesto que no se limita solo al aspecto exterior del indagado, sino también se extiende al interior del cuerpo humano. Por ello, estaría justificado que solo se ejecutara por razones estrechamente conectadas a su salud. En el caso de que tenga que resolverse una situación jurídicamente relevante, sería necesario el consentimiento expreso del sujeto que ha de someterse al citado examen.

La situación se ha hecho más crítica tras la reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁴⁷ y la aprobación del Protocolo Marco de Menores Extranjeros no Acompañados⁴⁸, que amplía las medidas de investigación médica también a los sujetos que estén provistos de documentación identificativa. Esta ampliación se justifica debido a las exigencias de orden público y seguridad nacional. Así, aunque en los documentos resulte la

⁴³ Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinado de España (CRC/ESP/CO/5-6), del Comité de los Derechos del Niño del 5 de marzo 2018, parr. 44.

⁴⁴ A pesar de que no existe un método científico único que puede determinar la edad con exactitud, hay una presunción de validez de los resultados y son legalmente irrecurribles.

⁴⁵ I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, C. PÉREZ GONZÁLEZ, *La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: Derecho Internacional, europeo y Español*, en *La Trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, 2015, p. 245.

⁴⁶ Es cierto que el proceso de osificación de los elementos óseos de tales distritos presentan una buena relación con la edad cronológica.

⁴⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁴⁸ Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados aprobado en la resolución del 13 de octubre 2014.

minoría de edad, pero en la prueba pericial médica no sea confirmada, no se le reconocerá la situación de desamparo y por lo tanto estos sujetos pueden ser objeto de expulsión⁴⁹.

Esta actitud ha sido criticada recientemente por la doctrina⁵⁰, que ha subrayado, otra vez, la anteposición de las exigencias de la política migratoria nacional a la condición de menor; extendiéndose, como acabamos de señalar, las investigaciones médicas a practicar, incluso, a los menores provistos de documentación identificativa, cuando esta manera de proceder, sin embargo está excluida por la normativa internacional y nacional.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵¹, al abordar el concepto de “indocumentado”⁵² prohíbe explícitamente la realización de pruebas de determinación de la edad a los inmigrantes cuyo pasaporte o documento de identidad equivalente resulte la minoría de edad. En estos casos no se trata de menores indocumentados ex art. 35. 3 LOEx. Esta prohibición ha sido confirmada en sentencias posteriores⁵³.

En definitiva, en este supuesto, el menor tendría que ser encomendado a las autoridades de protección de menores que tramitarían el procedimiento de desamparo⁵⁴ y, solo en determinadas circunstancias y de forma excepcional, el Ministerio Fiscal podría acordar las pruebas de determinación de la edad también a los sujetos provistos de los correspondientes documentos, teniendo en cuenta el sexo, el origen étnico, las enfermedades previas, el entorno sociocultural y la educación del menor⁵⁵.

Llegados a este punto cabe destacar otras dos recientes observaciones del Comité de los Derechos del Niño que amonestó España por haber procedido a las investigaciones médicas a pesar de que en ambos casos se trataba de MENA provisto de documentación, señalando la violación de los artículos 3, 8, 12, 20 y 24 de la Convención de Derecho del Niño, y del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

En particular, el primer caso⁵⁶ trata de un argelino de 17 años que llegó indocumentado a Almería en el 2017 y se le sometió a una prueba médica con el fin de determinar su edad, sin realizarse ningún otro tipo de pruebas complementarias; y sin realizar entrevista alguna al autor durante todo el proceso. El resultado de esta prueba determinó la mayoría de edad y por lo tanto, la Fiscalía Provincial de Almería ordenó su ingreso en el CIE (Centro de Internamiento de Extranjeros) sin considerar la copia del acta

⁴⁹ L. LAFONT NICUESA, *La determinación de la edad del presunto menor extranjero. Pasaporte contra pruebas médicas: aspectos civiles penales y contencioso-administrativos*, Valencia, 2018.

⁵⁰ A. DE PALMA DEL TESO, A. GONZÁLEZ GARCÍA, *La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina del tribunal supremo*, en *Revista jurídica de Cataluña*, 2015, p. 613.

⁵¹ Sentencia del TS de 23 septiembre 2014, as. 453/2014, recurso n. 1382/2013 parr. 4.

⁵² Artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

⁵³ Entre otras, la STS de 24 de septiembre de 2014 (452/2014, recurso no 280/2013) y la STS de 16 enero 2015 (11/2015, recurso 1406/2013 y 13/2015, recurso 241/2014). El TS ha precisado que para la validez del pasaporte u otro documento de identidad no se requiere como se venía exigiendo por el Ministerio Fiscal y algunos órganos judiciales legalización o apostilla, ni la existencia de Tratado o Convenio internacional con el Estado que ha emitido dichos documentos. El TS ha señalado que no podrán realizarse las pruebas de determinación de la edad a los inmigrantes no acompañados cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad resulte la minoría de edad, al no tratarse de menores «indocumentados».

⁵⁴ A. DE PALMA DEL TESO, A. GONZÁLEZ GARCÍA, cit p. 614.

⁵⁵ *Ivi*, p. 627.

⁵⁶ Dictamen aprobado en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación n. 16/17 (CRC/C/81/D/16/2017), del Comité de los Derechos del Niño del 31 de mayo 2019, párr. 13.

de nacimiento presentada por el menor en mayo de 2017 confirmando que había nacido el 29 de febrero del 2000 y que, por tanto, aún no había alcanzado la mayoría de edad. En el segundo caso⁵⁷, se trata de un niño camerunés que llegó a Ceuta en abril de 2016, sin documentos, hasta que en octubre de ese mismo año, un familiar envió su acta de nacimiento certificando su minoría de edad. A pesar de esto, España consideró al autor como inmigrante indocumentado y le solicitó someterse a pruebas médicas. Dada la negativa a someterse a tales pruebas, la Fiscalía de menores emitió una resolución mediante la cual determinaba que el autor era mayor de edad.

Ambos casos demuestran, una vez más, que, en España, se sigue practicando indiscriminadamente la prueba para la determinación de la edad del menor; incluso en los menores provistos de documentación⁵⁸. Ello los deja en situación de desamparo o en riesgo de expulsión en caso de que resulten ser adultos, lo que contraviene – según el Protocolo Marco de Menores Extranjeros no Acompañados – la doctrina en materia de los Derechos humanos, las sentencias del Tribunal Supremo y las posición de los tribunales europeos.

4.2. *La legitimación de las “devoluciones en caliente”*

Otro aspecto problemático que impediría la correcta aplicación del Derecho internacional en materia de MENA en España, es el concerniente al fenómeno de las llamadas “devoluciones en caliente”. Se trata de devoluciones ilegales – sobre todo en la frontera sur del país con Marruecos – que obstaculizan a los inmigrantes que intentan llegar al territorio español y tener acceso a los procedimientos para obtener la protección internacional, lo que constituye una vulneración, como afirmamos, del principio de no devolución⁵⁹.

La práctica anterior tiene como finalidad impedir la entrada de flujos indiscriminados de personas. Se les para directamente en la frontera, lo que da origen a una transgresión de la obligación internacional que tienen las autoridades estatales de individualizar las situaciones particularmente vulnerables a fin de otorgar mayor tutela. Con dicha práctica, se pone en el mismo nivel a todas las inmigraciones, hasta el punto de hacer desaparecer totalmente la distinción inicial entre migrante económico y migrante merecedor de especial protección.

Las devoluciones en caliente están amparadas por la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana 4/2015 que modifica la Ley de Extranjería añadiendo una nueva Disposición Adicional Décima⁶⁰. Esta última faculta a la Administración para ejecutar rechazos en frontera sin procedimiento administrativo alguno; y, además, no hace ninguna referencia a menores no acompañados, ni define ningún proceso para su identificación y protección.

⁵⁷ Dictamen aprobado en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación n. 22/17 (CRC/C/81/D/22/2017), del Comité de los Derechos del Niño del 31 de mayo 2019, párr. 14.

⁵⁸ Al respecto véase también: Dictamen aprobado en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación n. 17/2017 (CRC/C/82/D/17/2017), del Comité de los Derechos del Niño del 18 de septiembre de 2019, párr. 14. Y Dictamen aprobado en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación n. 27/2017 (CRC/C/82/D/27/2017), del Comité de los Derechos del Niño del 18 de septiembre de 2019, párr. 10.

⁵⁹ M.V. CUARTERO RUBIO, J.M. VELASCO RETAMOSA, E. PÉREZ VERA, *Inmigración: Retos para el Derecho en el siglo XXI*, Navarra, 2019.

⁶⁰ Disposición adicional decima. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

La legalización de este tipo de devoluciones constituiría no solo un incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de España⁶¹, sino también una infracción de la Constitución Española, que en su artículo 105 c) establece que la adopción de un acto administrativo ha de garantizar la audiencia del interesado⁶².

La obligación de dar audiencia al interesado no es la única violación constitucional que produciría el rechazo en frontera, sino que también podría considerarse vulnerado el principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad⁶³. El establecimiento de la posibilidad de esta devolución inmediata sin que figuren los supuestos en los que ésta podrá aplicarse⁶⁴, supondría una vulneración de ese principio. Asimismo, el hecho de que no se tenga acceso a los procedimientos administrativos establecidos constituiría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a las garantías procesales⁶⁵.

Además, la legalización de esta práctica introducida por la Disposición Adicional Décima no constituiría solo un quebrantamiento del ordenamiento internacional y nacional, sino que también tendría consecuencias muy graves para los sujetos pasivos de la devolución; en particular, para los MENA, quienes son merecedores de una tutela reforzada.

El hecho de que se expulse directamente a las personas que lleguen a la frontera impide que se dé lugar a los procedimientos identificativos y en este sentido no se puede determinar si entre ellos habrían personas necesitadas de protección internacional, privando a las mismas del acceso a los procedimientos establecidos por la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, exponiéndolos también a los riesgos para su vida y su seguridad que el retorno a Marruecos comporta⁶⁶.

A pesar de todo esto, la reciente sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁷ ha aceptado, por primera vez, la legitimación de estas devoluciones en caliente. Se trata de un caso de rechazo de dos inmigrantes subsaharianos – mayores de edad – por parte de la Guardia Civil española en la frontera de Melilla con Marruecos en agosto de 2014. En un primer momento, la Sala del Tribunal Europeo Derechos Humanos se pronunció a favor de los inmigrantes condenando a España por incumplimiento de las obligaciones internacionales⁶⁸. Sin embargo, el pasado 13 de febrero de 2020, la Gran Sala de dicho Tribunal cambió completamente su posición pronunciándose, por unanimidad, a favor del Estado español y rechazando las pretensiones de los demandantes.

En particular, los magistrados han justificado el cambio de criterio en el hecho de que los demandantes hubieran podido solicitar la protección internacional en el punto fronterizo de Beni Enzar, además de acudir a las embajadas españolas y consulados en su país de origen o de tránsito⁶⁹. Así, el Estado puso a disposición un acceso real y efectivo, lo

⁶¹ Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinado de España (CRC/ESP/CO/5-6), del Comité de los Derechos del Niño del 5 de marzo 2018, parr. 44.

⁶² Artículo 105 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶³ Artículo 9 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶⁴ Sentencia del TC de 15 marzo 1990, res. 46/1990, as. acumulados núms. 573/1988 y 1591/1989, parr. 13.

⁶⁵ Artículo 24 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶⁶ Amnistía Internacional, *Miedo y Vallas. Los planteamientos de Europa para contener a las personas refugiadas*, 2015, p.35. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/eur03/2544/2015/es/>

⁶⁷ Sentencia de la Gran Sala del TEDH, de 13 de febrero de 2020, as. 8675/15 y 8697/15, N.D. y N.T. c. España.

⁶⁸ Sentencia de la Sala TEDH de 3 de octubre 2017, as. 8675/15 y 8697/15, N.D. y N.T. c. España parr. 99.

⁶⁹ Sentencia de la Gran Sala del TEDH, de 13 de febrero de 2020, as. 8675/15 y 8697/15, N.D. y N.T. c. España, parr. 212.

que excluye que se haya producido una vulneración de la Convención⁷⁰. Es más, se considera que, en este caso, los inmigrantes mismos se expusieron accediendo en masa y haciendo uso de la fuerza para entrar en territorio español de manera ilícita⁷¹.

Esta decisión resulta inapelable y representa un precedente jurisprudencial crucial que condicionará toda la política migratoria, especialmente la de los países con fronteras externas, lo que despierta no pocas preocupaciones. De hecho, en teoría, podría aplicarse sin distinción a cualquier cruce no autorizado de extranjeros, incumpliendo no solo, en mi opinión, la prohibición de devolución, sino también la obligación de los Estados de prestar una tutela reforzada para ciertas categorías de particulares como son los MENA.

4.3. *La no obligatoriedad de los pronunciamientos del Comité de los Derechos del Niño*

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y ratificada por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, crea el Comité de los Derechos del Niño con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes de la Convención⁷².

Así, el Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de sus dos primeros Protocolos – el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados y el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía –. Este órgano cuasi-judicial juega un papel relevante a la hora de garantizar la tutela internacional de los menores.

La Convención sigue estableciendo la obligación de todos los Estados Partes de presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se garantiza esta tutela: inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”⁷³.

Además, el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo al procedimiento de comunicaciones⁷⁴, prevé la posibilidad de que los particulares presenten denuncias o comunicaciones al Comité por violaciones por el Estado parte de cualquiera de los derechos reconocidos en los instrumentos ratificados; esto es, el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

Llegado a este punto cabe destacar el problema que impide la aplicación eficaz de las disposiciones internacionales en materia de menores. Y ello se debe a la falta de

⁷⁰ Sentencia de la Gran Sala del TEDH, de 13 de febrero de 2020, as. 8675/15 y 8697/15, *N.D. y N.T. c. España*, parr. 229.

⁷¹ Sentencia de la Gran Sala del TEDH, de 13 de febrero de 2020, as. 8675/15 y 8697/15, *N.D. y N.T. c. España*, parr. 231.

⁷² Artículo 43. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁷³ Artículo 44.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁷⁴ Los artículos 5 a 11 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011 mediante su Resolución A/RES/66/138.

obligatoriedad de los pronunciamientos del Comité de los Derechos del Niño, lo que acaba redundando en que el Estado continúe con prácticas claramente anómalas⁷⁵.

La Convención establece que las funciones principales del Comité de los Derechos del Niño son fundamentalmente las de favorecer y fomentar su aplicación efectiva y estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la misma, invitando – cuando lo considere oportuno – a organismos competentes y apropiados a que intervengan con el objeto de que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores de su interés y formulando –en el mejor de los casos– sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información de los Estados Partes⁷⁶.

Por lo tanto, si hablamos de “sugerencias y recomendaciones” y no de “decisiones y resoluciones” del Comité de los Derechos del Niño, nos estamos refiriendo a unos medios políticos más que a una verdadera decisión vinculante para los Estados, concepto que subraya, además, el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo al procedimiento de comunicaciones cuando destaca su naturaleza amistosa⁷⁷.

Aunque la finalidad tanto de las “sugerencias” como de las “decisiones” es solucionar controversias, lo que distingue a estas dos figuras es su naturaleza, ya que, la primera se incluye en los medios de solución políticos mientras que la segunda lo hace en los judiciales. Estos últimos, como es sabido, se caracterizan por su obligatoriedad para los Estados, mientras que los primeros, en cambio, no tienen carácter vinculante⁷⁸. Ello contribuye a que el Estado, pese haber tenido un comportamiento que pudiera perjudicar la tutela de los menores, continúe con en esta práctica ignorando el reproche del Comité.

5. Consideraciones conclusivas

La abundante normativa internacional y nacional en materia de inmigración producida en las últimas dos décadas no ha llevado, hasta a ahora, a una disciplina uniforme, sino que, más bien han contribuido a incrementar la incertidumbre normativa y la dificultad en la gestión y en la elección de la regla a adoptar. Este complejo normativo no ha servido para disminuir los flujos migratorios ni dar derechos a los migrantes, sino, todo lo contrario, ha conllevado el aumento de la inmigración ilegal y clandestina⁷⁹.

El amplio margen de discrecionalidad dejado a los Estados para gestionar el fenómeno migratorio ha creado enormes diferencias normativas y de conducta.

En España, como se ha visto, la política migratoria es muy dura y selectiva, limitando ampliamente la posibilidad de una entrada legal y complicando la regularización y la permanencia en el territorio.

⁷⁵ B. MORENO GONZÁLEZ, *Administración pública y menores de edad el sistema de protección a la luz de los informes de los defensores del pueblo*, Madrid, 2018.

⁷⁶ Artículo 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁷⁷ Artículo 9 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011 mediante su Resolución A/RES/66/138.

⁷⁸ J. JUSTE RUIZ, M. CASTILLO DAUDÍ, *Lecciones de derecho internacional público*, Valencia, 2005.

⁷⁹ A. RODRÍGUEZ GARCÍA DE CORTÁZAR, C. GIMENO MONTERDE, *Las migraciones de jóvenes y adolescentes no acompañados: una mirada internacional*, Granada, 2019.

Si la obtención del permiso de residencia – de acuerdo con la normativa nacional – sigue siendo estrechamente conectada con la solicitud de permisos en el ámbito laboral, resulta difícil, en la práctica, determinar las normas españolas que regulen la condición del inmigrante solicitante de asilo o menor de edad. Y todo esto conlleva la continua invocación de los artículos de las Convenciones, la de Ginebra sobre los refugiados o la relativa a los derechos al niño del 1989, que de forma insuficiente, insertan una definición de estos sujetos o contienen una mera referencia, pero no una disciplina real.

La política migratoria española, en aplicación de la reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana 4/2015 que modifica la Ley de Extranjería añadiendo una nueva Disposición Adicional Décima y la aprobación del Protocolo Marco de Menores Extranjeros no Acompañados, dificulta la concesión de una tutela reforzada a los menores extranjeros no acompañados, lo que favorece – en muchas ocasiones – comportamientos que derogan las disposiciones internacionales que establecen tal tutela⁸⁰.

El análisis del fenómeno migratorio de los MENA ha evidenciado como la normativa internacional – orientada a la tutela del individuo – contrasta con la normativa nacional – preocupada por el orden público y la seguridad nacional –. También ha puesto de relieve la frecuente y predominante aplicación de las disposiciones nacionales frente a las internacionales, lo que conlleva, además, una excepción del principio de jerarquía normativa establecido por la misma Constitución Española⁸¹.

En este contexto, un papel clave lo juegan los órganos judiciales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Supremos nacionales que, mediante sus sentencias, limitan y controlan las órdenes estatales. Sin embargo, a pesar de ese esfuerzo jurisdiccional, los tribunales por sí solo no son capaces de hacer frente a las problemáticas objeto de nuestro análisis, ya que siguen siendo numerosos los casos de rechazos en fronteras de MENA y por lo tanto sería conveniente la adopción de una normativa armonizadora por parte tanto de las instituciones nacionales como de las internacionales.

Para la consecución de dichos objetivos, se podría pensar en la implantación de medidas jurídicamente vinculantes y establecer órganos *ad hoc* que aseguren el respeto y el cumplimiento de los principios enunciados por las ya citadas convenciones internacionales. Además se podría reconocer una fuerza vinculante a las observaciones propuestas por los órganos internacionales competentes – como el Comité de los Derechos del Niño – confiriéndole un carácter obligatorio en vez de reconocerle una fuerza meramente facultativa.

6. *Anexo*

Dictamen aprobado por el Comité en relación con
el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los
Derechos del Niño relativo a un procedimiento
de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 4/2016 (Extracto)

⁸⁰ M. ARMENTEROS LEÓN, *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España: actualizado con el contenido del protocolo marco de 22 de julio de 2014*, Valencia, 2015.

⁸¹ Artículo 96 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

« Consideración de la admisibilidad 13.1 Antes de examinar toda queja formulada en una comunicación, el Comité debe decidir si la comunicación es admisible, de conformidad con el artículo 20 de su Reglamento en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre un Procedimiento de Comunicaciones.

13.2 El Comité toma nota de los argumentos del Estado parte de que la comunicación es inadmisibile *rationae personae* porque, por un lado, el autor declaró inicialmente ser mayor de edad tras su entrada a España y, por otro lado, el autor no sería la misma persona que entró a España el 30 de diciembre de 2014 y fue registrada bajo el nombre de Y.D. El Comité observa, sin embargo, que la partida de nacimiento, el pasaporte y la tarjeta consular maliense, todos ellos documentos oficiales expedidos a nombre del autor, cuya validez debe presumirse salvo prueba en contrario, demuestran que el autor tenía 15 años al momento de los hechos ocurridos el 2 de diciembre de 2014. El Comité observa asimismo que el propio Estado parte reconoció la validez de dichos documentos expidiendo a favor del autor un permiso de residencia y un certificado de tutela legal de la Comunidad de Madrid.

13.3 En cuanto a la falta de correspondencia entre la persona registrada por autoridades españolas y el autor, el Comité observa que no existe prueba concluyente en el expediente que demuestre que el autor no es la misma persona que intentó acceder a Melilla el 2 de diciembre de 2014 en las condiciones descritas. El Comité considera que la carga de la prueba no puede recaer exclusivamente en el autor de una comunicación, tanto más porque el autor y el Estado parte no siempre gozan del mismo acceso a los elementos probatorios y que muchas veces el Estado parte es el único que dispone de la información pertinente. En el presente caso, el Comité considera que el autor ha aportado un relato creíble y consistente de los hechos, apoyado por pruebas. El Comité hace notar asimismo las alegaciones del autor en el sentido que el Estado parte hubiera podido cotejar las huellas dactilares de la persona registrada como Y.D. y las del autor. Por consiguiente, el Comité considera que la presente comunicación es admisible *rationae personae*.

13.4 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibile *rationae loci* porque las acciones de las autoridades marroquíes no son atribuibles a España. El Comité observa, sin embargo, que el alcance de la presente comunicación se limita a las acciones de las autoridades españolas, y no marroquíes, el 2 de diciembre de 2014. En este sentido, el Comité observa que, según lo afirmado por el autor, éste fue detenido por fuerzas de seguridad españolas en la tercera valla del puesto fronterizo de Melilla, esposado y devuelto a territorio marroquí. En estas circunstancias, e independientemente de si se considera que el autor llegó a territorio español o no, éste se encontró bajo la autoridad o control efectivo del Estado parte. Por lo anterior, el Comité considera que la presente comunicación es admisible *rationae loci*.

13.5 El Comité toma nota asimismo del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibile *rationae materiae* porque se refiere al derecho de asilo del autor que no se encuentra contemplado en la Convención. El Comité observa, no obstante, que la presente comunicación se refiere a alegadas violaciones de los derechos del autor contemplados en los artículos 3, 20 y 37 de la Convención y no a su derecho al asilo. Por consiguiente, el Comité considera que la presente comunicación es admisible *rationae materiae*.

13.6 Por último, el Comité toma nota del argumento del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos disponibles, de acuerdo con el artículo 7 (e) del Protocolo Facultativo, porque: a) no solicitó asilo en los países de tránsito; b) no solicitó asilo en

España en el puesto fronterizo de Beni Enzar; c) no solicitó una visa de trabajo para España y; d) una vez en España, tuvo recursos efectivos contra la resolución administrativa que ordenaba su expulsión. El Comité observa que los argumentos a), b) y c) del Estado parte sólo sugieren que el autor podría haber solicitado asilo o una visa de trabajo antes de entrar al territorio del Estado parte, por consiguiente, no pueden considerarse como recursos efectivos frente a la expulsión del autor. El Comité observa asimismo que surge del expediente que el 2 de diciembre de 2014 no existió ninguna orden de expulsión formal contra el autor. Por consiguiente, el Comité considera que, en el contexto de la expulsión inminente del autor el 2 de diciembre de 2014, y sin haber existido una orden formal de expulsión que pudiese haber sido impugnada por el autor, los recursos judiciales mencionados en el argumento d) del Estado parte no hubiesen tenido sentido, ya que no eran recursos disponibles ni efectivos. En consecuencia, el Comité considera que el artículo 7 (e) del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

13.7 El Comité considera que, de conformidad con el artículo 7 (f) del Protocolo Facultativo, el autor ha fundamentado suficientemente sus quejas basadas en los artículos 3, 20 y 37 de la Convención. Por consiguiente, el Comité declara la queja admisible y procede a su examen en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

14.1 El Comité de los Derechos del Niño ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 (1) del Protocolo Facultativo.

14.2 La cuestión ante el Comité consiste en determinar si, en las circunstancias del presente caso, la devolución del autor por la Guardia Civil española a Marruecos el 2 de diciembre de 2014 violó sus derechos reconocidos en la Convención. En particular, el autor alegó que, al deportar sumariamente al autor a Marruecos el 2 de diciembre de 2014, sin ningún tipo de proceso de identificación y evaluación de su situación, el Estado parte: a) no brindó al autor protección y asistencia especiales en su condición de niño no acompañado (artículo 20); b) no respetó el principio de no devolución y expuso al autor a correr el riesgo de sufrir actos de violencia y tratos crueles, inhumanos y degradantes en Marruecos (artículo 37) y; c) no consideró el interés superior del niño (artículo 3).

14.3 El Comité considera que las obligaciones del Estado de proveer protección y asistencia especiales a niños no acompañados, de acuerdo con el artículo 20 de la Convención, “se aplican incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional”. Del mismo modo, el Comité considera que “el aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados lo antes posible, particularmente en la frontera”. Por lo anterior, es imperativo y necesario que, para cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 20 de la Convención y para respetar el interés superior del niño, el Estado conduzca un proceso de evaluación inicial, previo a cualquier traslado o devolución, que comprenda las siguientes etapas: a) la determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado de la persona en cuestión y, en caso de incertidumbre, se otorgue al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal; b) la identificación del menor tras una entrevista inicial y c) el entendimiento de la situación concreta del menor y la evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad si los hubiere .

14.4 El Comité considera asimismo que en cumplimiento de las obligaciones resultantes del artículo 37 de la Convención, para velar porque ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Estado no deberá trasladar a un menor “a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor” . Por lo anterior, el Comité considera que, de acuerdo con el artículo 37 de la Convención 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 y de violaciones graves de sus derechos en el país al que será trasladado o devuelto, tomando en consideración el interés superior del niño, incluyendo, por ejemplo, “las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios” . En particular, el Comité recuerda que “en el contexto de la evaluación de su interés superior y en los procedimientos de determinación de este interés superior, debe garantizarse a los niños el derecho de: a) acceder al territorio, cualquiera que sea la documentación que posean o de la que carezcan, y ser remitidos a las autoridades encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos, sin merma de las garantías procesales (...)” .

14.5 En el presente caso, el Comité observa que el 2 de diciembre de 2014: a) el autor llegó a España como niño no acompañado privado de su medio familiar ; b) el autor permaneció por varias horas trepado a una de las vallas del puesto fronterizo de Melilla sin recibir ningún tipo de asistencia por parte de las autoridades españolas; c) apenas bajó de la valla, el autor fue detenido, esposado y directamente devuelto a Marruecos por la Guardia Civil española; d) en el período entre que el autor bajó de la valla y fue devuelto a Marruecos, el autor no recibió ningún tipo de asistencia legal ni se le ofreció la asistencia de un intérprete para poder comunicarse, no se lo sometió a un proceso de evaluación inicial para determinar su condición de niño no acompañado ni se lo trató como tal en caso de duda, no se lo identificó ni se lo entrevistó, ni tampoco se lo consultó sobre sus circunstancias personales concretas y/o sobre su situación de vulnerabilidad en ese momento.

14.6 El Comité toma también nota de la alegación del Estado parte sobre que el principio de no devolución no es aplicable al presente caso porque sólo rige cuando la persona proviene de un territorio en el que existe un riesgo de persecución. Sin embargo, el Comité reitera la obligación del Estado parte de no trasladar a un niño “a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor.” El Comité también toma nota que, antes de devolver al autor a Marruecos, el Estado parte no identificó al autor, no escuchó sus circunstancias personales y no condujo una evaluación previa sobre la existencia de un riesgo de persecución y/o daño irreparable en el país al que iba a ser devuelto. El Comité considera que, a la luz de la situación de violencia contra migrantes en la zona de frontera con Marruecos y del maltrato al cual fue sometido el autor, no haber realizado una evaluación sobre el eventual riesgo de daño irreparable para el autor, antes de su deportación y no haber tenido en cuenta el interés superior del autor viola los artículos 3 y 37 de la Convención.

14.7 El Comité considera que, a la luz de las circunstancias del caso, el no haber sometido al autor, en su condición de niño no acompañado, a un proceso de identificación y evaluación de su situación previo a su deportación, y no haberle dado oportunidad de presentar objeciones a su eventual deportación, viola sus derechos contemplados en los artículos 3 y 20 de la Convención.

14.8 Por último, el Comité considera que la forma en que se llevó a cabo la deportación del autor, en su condición de niño no acompañado privado de su medio familiar, en un contexto de migración internacional, habiendo sido detenido y esposado, sin haber sido escuchado, recibido asistencia legal o de un intérprete o tenido en cuenta sus necesidades, constituye tratos prohibidos por el artículo 37 de la Convención.

14.9 El Comité de los Derechos del Niño, actuando en virtud del artículo 10, párrafo 5, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto violaciones de los artículos 3, 20 y 37 de la Convención.

15. El Estado parte debe proporcionar al autor una reparación adecuada, incluida una indemnización financiera y rehabilitación por el daño sufrido. El Estado parte tiene asimismo la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, en particular mediante la revisión de la Ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, adoptada el 1 de abril de 2015. Asimismo, el Estado parte debe revisar la disposición adicional décima de dicha ley en relación con el “Régimen Especial de Ceuta y Melilla,” la cual autorizaría la práctica indiscriminada del Estado parte de deportaciones automáticas en su frontera.

16. El Comité recuerda que, al haber ratificado el Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación de la Convención y/o de sus dos Protocolos Facultativos sustantivos.

17. Con arreglo a lo establecido en el artículo 11 del Protocolo Facultativo, el Comité desea recibir del Estado parte, a la mayor brevedad y en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el dictamen del Comité. Asimismo, pide al Estado parte que incluya información sobre esas medidas en los informes que presente en virtud del artículo 44 de la Convención. Por último, se pide al Estado parte que publique el dictamen del Comité y le dé amplia difusión.»