

**LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES
EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS**

Garantías procesales y principales carencias del sistema español

AGE ASSESSMENT OF UNACCOMPANIED MINORS

Procedural guarantees and main deficiencies of the Spanish system

Mireya Cecilia García de Murcia

realizado bajo la dirección de la Profesora Elena Crespo Navarro

**XIV Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos
(Universidad de Alcalá)**



Madrid

Septiembre 2018

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la situación de los menores extranjeros no acompañados (MENA) en el contexto migratorio y se centra, particularmente, en el estudio del procedimiento de determinación de la edad como puerta de entrada al sistema de protección de la infancia.

Ante la ausencia de un procedimiento uniforme para determinar la edad, esta investigación ha reunido las recientes orientaciones del Comité de los Derechos del Niño, la normativa internacional y las buenas prácticas en la materia para concluir cuáles son las garantías procesales aplicables y qué métodos han de utilizarse.

Por último, se examinan las principales carencias del procedimiento de la determinación de la edad en España. Por un lado, se identifican las preocupaciones fundamentales y las recomendaciones en la materia expuestas por Comité de Derechos del Niño en sus últimas observaciones finales a España y, por otro lado, se estudian las posibles vulneraciones de la Convención sobre los Derechos del Niño derivadas de la falta de aplicación de las garantías procesales, que han sido reiteradamente señaladas mediante el procedimiento de comunicaciones ante este Comité.

PALABRAS CLAVE: edad, menores extranjeros no acompañados, derechos del niño, vulnerabilidad, protección, garantías procesales.

ABSTRACT

This project analyses the situation of unaccompanied minors in the context of international migration and is particularly focused on the age assessment procedure as the entrance gate to the child protection system.

Since age assessment differs from state to state, this study gathers the recent general comments of the Committee on the Rights of the Child, the international legal framework and the practical guidelines in the field in order to conclude which are the procedural safeguards and the methods that must be applied.

Finally, this research highlights the main deficiencies of the Spanish age assessment system. On the one hand, it outlines the major concerns and recommendations regarding the aforementioned process that the Committee on the Rights of the Child identified in its last concluding observations to Spain. On the other hand, it presents the alleged violations of the Convention on the Rights of the Child resulting from the current age assessment procedure as claimed through the communication procedure before this Committee.

KEYWORDS: age, unaccompanied minors, rights of the child, vulnerability, protection, procedural guarantees.

ÍNDICE DE MATERIAS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN	2
1. Objeto, método y fuentes	2
2. Plan de exposición	8
I. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL CONTEXTO MIGRATORIO. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS MENORES EXTRAJEROS NO ACOMPAÑADOS	11
1. Plano universal	11
A. Medidas generales de aplicación	13
B. Principios fundamentales	14
a) No discriminación	15
b) Interés superior del menor	16
c) Derecho a ser oído, expresar tu opinión y participación	19
d) Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo	20
e) No devolución y prohibición de expulsión colectiva	21
C. Obligaciones de los Estados	22
2. Plano regional europeo	26
A. El Consejo de Europa	26
B. La Unión Europea	29
II. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: MÉTODOS Y GARANTÍAS PROCESALES	35
1. Circunstancias que hacen necesaria la determinación de la edad	35
2. Métodos utilizados para la determinación de la edad	38
3. Garantías procesales aplicables a la determinación de la edad	41
A. Interés superior del menor	41
B. Beneficio de la duda. Presunción de minoría de edad	43
C. Uso del método menos intrusivo	45
D. Consentimiento informado	47
E. Designación de tutor y representante legal	49
F. Profesionales cualificados	50
G. Derecho a recurrir y revisar la decisión	51

III. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD EN ESPAÑA	..52
1. Normativa española52
2. Principales carencias del sistema español respecto al procedimiento de determinación de la edad57
A. Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño a España. Preocupaciones fundamentales en la materia y recomendaciones emitidas57
a) Competencia del Ministerio Fiscal59
b) Uso de métodos intrusivos a pesar de la aportación de documentos61
c) Otras preocupaciones que derivan del procedimiento63
d) Recomendaciones emitidas63
B. Comunicaciones presentadas contra España ante el Comité de Derechos del Niño. Posibles vulneraciones derivadas del procedimiento64
a) Interés superior del menor65
b) Derecho a la no discriminación68
c) Derecho a ser oído68
d) Derecho a la identidad69
e) Derecho a ser protegido y asistido por el Estado70
CONCLUSIONES71
ANEXO78
ÍNDICE DE FUENTES CITADAS83

INDICE DE ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DO	Diario Oficial de la Unión Europea
EASO	European Asylum Support Office
ECRE	European Council on Refugees and Exiles
EUROSTAT	Oficina Europea de Estadística
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights
MENA	Menores Extranjeros No Acompañados
LOEX	Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
OG	Observación general
OGC	Observación general conjunta
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RLOEX	Reglamento de la LOEX
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNICEF	United Nations Children's Fund

INTRODUCCIÓN

1. Objeto, método y fuentes

El objeto del presente Trabajo de Fin de Master es el análisis de la situación de los menores extranjeros no acompañados (en adelante MENA) en el contexto migratorio internacional y, más concretamente, el estudio de los problemas que plantea la determinación de la edad en dicho contexto.

En ese sentido, como punto de partida, conviene comenzar aclarando los conceptos de niño¹ y de MENA.

En primer lugar, en el plano internacional, encontramos la definición de niño en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), que lo define como:

“Todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”².

La observación general (en adelante OG) núm. 6 del Comité de Derechos del Niño define a los MENA como niños que, de acuerdo con la definición del art. 1 de la Convención:

“Están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”³.

De esta manera, los distingue de los niños separados, los cuales, a pesar de estar también separados de ambos padres o de sus tutores, están acompañados por otros miembros de la familia⁴.

En el ámbito regional europeo y, concretamente, en el marco de la Unión Europea (en adelante UE), el art. 2 de la Directiva 2011/95/UE define los siguientes términos:

“k) «menor»: un nacional de un tercer país o un apátrida menor de 18 años;

l) «menor no acompañado»: el menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; se

¹ Cuando en el presente estudio utilizamos el término niño o menor se referirá en todo momento a ambos géneros.

² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por Resolución 44/25 de la Asamblea General de la ONU de 20 de noviembre de 1989, en vigor con carácter general desde 2 de septiembre de 1990, y para España desde 5 de enero de 1991. Instrumento de ratificación de España, de 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990.

³ Observación general núm. 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño sobre el trato de los menores extranjeros no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Doc. CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005, pár.7.

⁴ *Ibid* pár.8.

incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros”⁵.

Por otro lado, en España, el art. 189 del Real Decreto 557/2011 define por primera vez al MENA como:

“El extranjero menor de 18 años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”⁶.

Posteriormente, el apartado segundo del Capítulo I del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación a los Menores Extranjeros No Acompañados, aportó otra definición, considerando al MENA como:

“El extranjero menor de 18 años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación, de acuerdo con el art. 189 REX”⁷.

Además, es necesario poner de manifiesto la particular vulnerabilidad de todos los niños migrantes, especialmente de aquéllos no acompañados, tal y como se reconoció en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes⁸. La observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional (en adelante OGC 3/22), ha confirmado la doble vulnerabilidad de los menores migrantes, principalmente por su

⁵ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, *DO L 337*, de 20 de diciembre de 2011. Las mismas definiciones se recogen en los art. 2.l) y m) de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, *DO L 180*, de 29 de junio de 2013; en el art. 2.d) y e) de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), *DO L 180*, de 29 de junio de 2013 y en el art. 2.i) y j) del Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, *DO L 180*, de 29 de junio de 2013.

⁶ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, *BOE*, de 30 de abril de 2011 y corr. err, *BOE*, de 18 de junio de 2011.

⁷ Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, *BOE* de 16 de octubre de 2014.

⁸ Resolución 71/1 de la Asamblea General de la ONU de 19 de septiembre de 2016, “Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes”, Doc. A/RES/71/1, de 3 de octubre de 2016.

minoría de edad, pero también por su situación de extranjero irregular⁹. En cuanto a los MENA, podría hablarse de una triple vulnerabilidad por ser menores, por ser extranjeros y por su situación de no acompañados. La inclusión de los MENA como colectivo especialmente vulnerable ha sido subrayada, como se verá en el cuerpo del trabajo, en diferentes Directivas de la UE.

El tema elegido como objeto de estudio es de indiscutible actualidad e importancia, especialmente para un país como España, cuyas fronteras son uno de los pasos hacia el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE desde el exterior. Para entender la relevancia del presente estudio parece oportuno detallar la magnitud del fenómeno migratorio en la actualidad. En ese sentido, el *Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia* (en adelante, UNICEF por sus siglas en inglés), viene denunciando que el número global de MENA ha alcanzado un número récord. Al menos 300.000 menores extranjeros no acompañados o separados fueron registrados en 80 países en el período 2015-2016, aumentando drásticamente en comparación con los 66.000 registrados durante 2010-2011¹⁰.

En el ámbito de la UE, el número de MENA ha crecido exponencialmente en los últimos años, si bien ha experimentado un descenso en 2017. De acuerdo con los datos ofrecidos por la *Oficina Europea de Estadística* (en adelante EUROSTAT)¹¹, en 2017, un total de 31.395 MENA reclamaron protección internacional en la UE, suponiendo un 4,5% del total de peticiones de asilo, que ascendían a 704.600¹², tal y como se aprecia en la tabla incluida más abajo¹³. Sin embargo, el número de MENA que ha reclamado protección internacional el pasado año es sustantivamente inferior a la cifra de 95.205 registrada en 2015, cifra cinco veces superior a los MENA registrados durante el periodo comprendido entre 2008 y 2013. Ha de advertirse que, como consecuencia de la

⁹ Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, Doc. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, de 16 de noviembre de 2017, pár. 3.

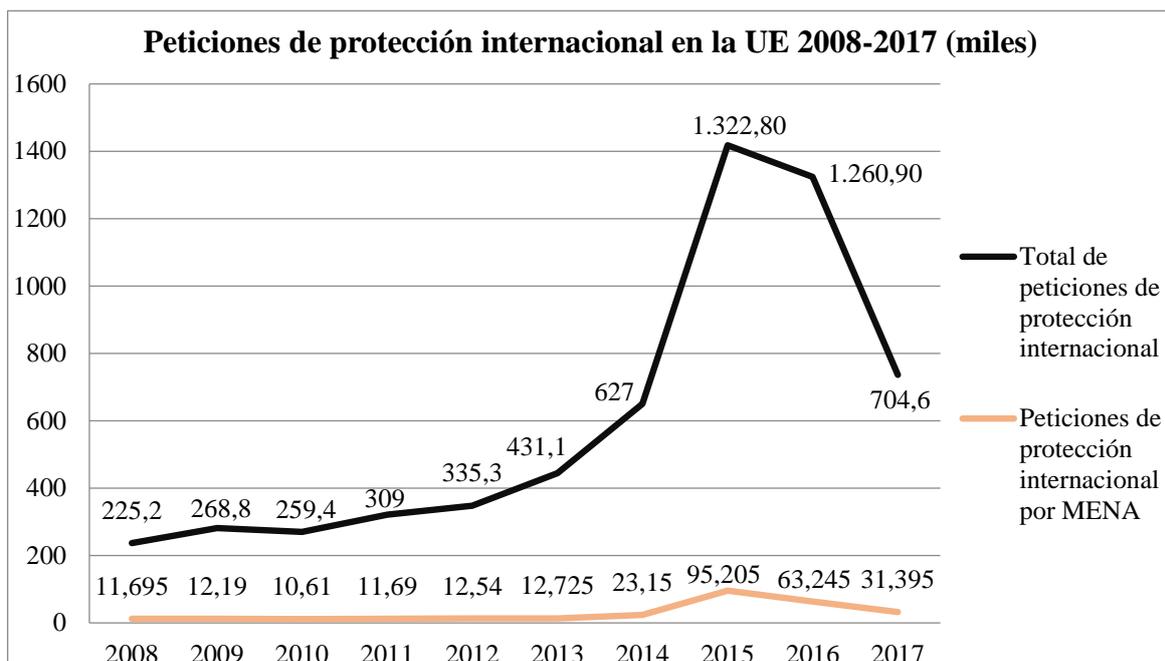
¹⁰ Vid. documento titulado *Children on the move; Key facts & figures*, febrero 2018, disponible en <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Data-brief-children-on-the-move.pdf> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹¹ Vid. los datos oficiales en *Asylum applicants considered to be unaccompanied minors - annual data*, disponible en <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tps00194&plugin=1> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹² El número total de peticiones de asilo puede ser consultado en *Asylum applications (non-EU) in the EU-28 Member States, 2006–2017*, disponible en http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹³ Tabla de elaboración propia a partir de los datos de EUROSTAT.

obligación impuesta por el art. 4.3.a) del Reglamento 862/2007¹⁴, estos datos corresponden a aquellos MENA que efectivamente reclamaron protección internacional mediante la solicitud de asilo y, por tanto, una parte del colectivo, al ser muy difícil determinar la cantidad exacta que entraron a la UE sin ser detectados. Atendiendo a los datos proporcionados por el *Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados* (ECRE, siglas en inglés)¹⁵, en 2013, 12.770 MENAS entraron en el territorio de la Unión sin solicitar protección internacional, frente a los 12.725 que sí lo hicieron¹⁶.



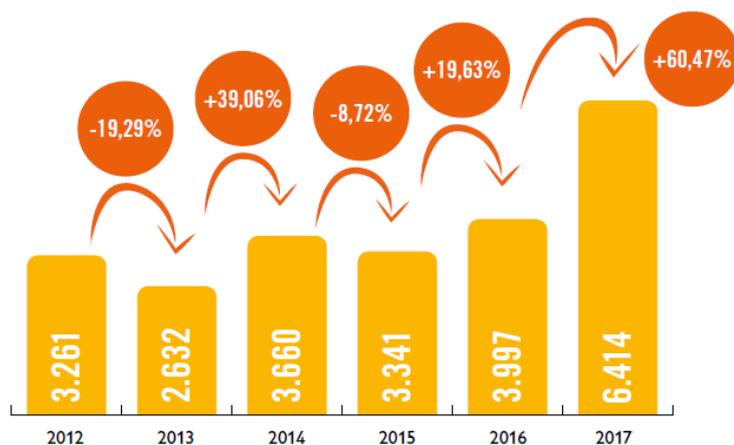
En el plano nacional, los MENA que llegan a España proceden mayoritariamente del Magreb, del Sahel y del África subsahariana occidental, siendo la mayoría inmigrantes económicos, varones de edades entre los 16 y 18 años. Según los datos de EUROSTAT, únicamente 20 MENA reclamaron protección internacional en España en 2017, lo que supone un 0,06% del total de peticiones de asilo por MENA en

¹⁴ Reglamento (CE) núm. 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 311/76 del Consejo relativo a la elaboración de estadísticas de trabajadores extranjeros, DO L 199, de 31 de julio de 2007.

¹⁵ ECRE es una organización europea que agrupa a 90 ONGs dedicadas a proteger y promover los derechos de los refugiados, solicitantes de asilo y personas desplazadas y alcanzar políticas equitativas y humanas conformes con el derecho internacional de los derechos humanos. Para más información vid <https://www.ecre.org/> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹⁶ Datos reflejados en el informe titulado *Children in crisis: Unaccompanied migrant children in the EU*, publicado por UK House of Lords (European Union Committee), HL Paper 34, de 26 de julio de 2016, párr. 14, disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/lducom/34/34.pdf> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

la UE. Sin embargo, según la ONG *Save the Children*¹⁷, el número de MENA tutelados ha aumentado en un 60,47% en el último año, contabilizándose 6.414 MENA bajo tutela en España a 31 de diciembre de 2017. La diferencia entre las escasas peticiones de protección internacional por parte de los MENA en España y el creciente número de MENA tutelados en nuestro país, pone de manifiesto la falta de acceso de los menores migrantes que llegan solos al procedimiento de protección internacional, principalmente causada por la carencia de conocimiento y de información. El siguiente gráfico¹⁸ muestra la evolución del número de menores migrantes tutelados en España desde el año 2012 hasta 2017:



Los datos arrojados en agosto de 2018 son todavía más sorprendentes, constatándose un aumento a 7.000 MENA tutelados por España. Además, en el mes de julio se ha registrado la mayor entrada de inmigrantes de manera irregular en España desde 2012, con la llegada de 440 MENA a Cataluña solo durante este mes. En lo que va de año, la Junta de Andalucía ha atendido a un total de 4.098 MENA, siendo la cifra de 1.450 MENA en Cataluña.

Los motivos por los que un MENA decide migrar son variados, figurando entre ellos la persecución del menor o de sus padres, la huida de un conflicto armado, la trata, la venta por sus progenitores o la búsqueda de mejores oportunidades económicas. El Comité de Derechos del Niño¹⁹ viene identificando una serie de lagunas en relación a la protección y al tratamiento de este colectivo, estando expuestos a explotación, abusos sexuales, reclutamiento en fuerzas armadas, trabajo infantil y privación de libertad.

¹⁷ Informe titulado *Los más solos: Los fallos en el sistema de acogida, protección e integración de los menores migrantes no acompañados que llegan a España*, de mayo de 2018, p. 20, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/los_mas_solos_vok.pdf (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pár. 3.

Con frecuencia, estos menores no pueden obtener documentos de identidad, lo que da lugar a que su edad no pueda determinarse. Ser identificado como menor de edad conlleva una serie de derechos y garantías previstas en la CDN. Por ello, cuando el joven migrante no acompañado llega sin documentación o con documentación de dudosa autenticidad, se hace necesario determinar su edad. De esta manera, el procedimiento de determinación de la edad constituye la puerta de entrada al sistema de protección de la infancia.

La importancia de este estudio radica en que el procedimiento de la determinación de la edad de los MENA es una cuestión actual y candente, reiteradamente señalada a lo largo de este último año por el Comité de Derechos del Niño como una problemática urgente a resolver. Si bien el Comité aún no ha emitido dictamen sobre ninguna comunicación en la materia presentada mediante el sistema de quejas, sí se ha pronunciado en los últimos meses a través de observaciones generales y, específicamente, a través de las últimas observaciones finales a España. Además, la necesidad de establecer procedimientos fiables y multidisciplinarios también ha sido destacada en el ámbito regional europeo. Particularmente, cabe destacar que actualmente se encuentra pendiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el caso *Darboe y Camara contra Italia* (demanda núm. 5797/17) sobre el procedimiento de determinación de la edad a presuntos MENA, su consecuente detención y la falta de adopción de medidas protectoras ante su alegada situación de no acompañados.

Por todo ello, este trabajo pretende analizar cómo debe llevarse a cabo el procedimiento de determinación de la edad, qué garantías y principios deben aplicarse y, por último, cuáles son las principales carencias de España al respecto.

En cuanto al método seguido y las fuentes utilizadas, el presente estudio se basa principalmente en el análisis de la práctica, aprovechando el trabajo de la autora en la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación previamente como alumna en prácticas y en la actualidad como consultora²⁰. La colaboración de la autora en las comunicaciones presentadas contra España ante el Comité de Derechos del Niño y la asistencia a jornadas de formación y debate sobre el tratamiento de los MENA en las observaciones generales conjuntas publicadas en noviembre de 2017²¹ y sobre las últimas observaciones finales del Comité

²⁰ Las opiniones expresadas en este documento pertenecen en exclusiva a la autora y no representan a la Oficina donde presta sus servicios.

²¹ Jornada sobre *el uso de las nuevas observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño en la argumentación jurídica relacionada con niños y niñas extranjeros en España*, organizada por Fundación

de Derechos del Niño a España²² han permitido comprender la situación actual y la amplitud de la problemática.

Al ser un tema tan reciente, no existe doctrina al respecto que se haya podido utilizar para sustentar este trabajo. Por tanto, este estudio se ha desarrollado teniendo en cuenta las normas internacionales vigentes sobre la materia, tanto en el plano universal, mediante el análisis de la CDN junto a las interpretaciones llevadas a cabo por el Comité de Derechos del Niño en sus observaciones generales y sus observaciones finales a España, como en el plano regional europeo, en el ámbito del Consejo de Europa y de la UE. Además, por lo que se refiere al plano regional europeo, se han tenido muy en cuenta el Informe publicado por la *División de los Derechos del Niño* del Consejo de Europa, de septiembre de 2017²³ y la Guía práctica para la determinación de la edad publicada en marzo de 2018 por la *Oficina Europea de Apoyo al Asilo* (en adelante EASO, por sus siglas en inglés)²⁴. Conviene advertir asimismo que, dada la importancia de la problemática, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha anunciado la adopción de una guía sobre la determinación de la edad de los MENA para la primera mitad de 2019. El estudio ha sido completado con documentación relevante obtenida de la página web oficial de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas–Comité de Derechos del Niño²⁵.

2. Plan de exposición

Además de la Introducción y las Conclusiones, el trabajo se estructura en tres Capítulos. En el Capítulo I se analiza la regulación vigente sobre la protección de los menores extranjeros en el contexto migratorio tanto en el plano universal como en el regional europeo, haciendo particular referencia a la normativa sobre los MENA. En el plano universal, merecen especial mención la OGC 3/22 y la observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los

Abogacía Española y UNICEF, que tuvo lugar el 16 de febrero de 2018 en la sede del Consejo General de la Abogacía Española (Madrid).

²² Jornada sobre *las observaciones finales del Comité de Derechos del Niño a España*, organizada por Plataforma Infancia y Cátedra Santander de Derecho y Menores, que tuvo lugar el 16 de marzo de 2018 en la Universidad Pontificia de Comillas (Madrid).

²³ Informe titulado *Age assessment: Council of Europe member states' policies, procedures and practices respectful of children's rights in the context of migration* publicado por el Consejo de Europa (División de los derechos del niño), septiembre 2017, disponible en <https://rm.coe.int/age-assessment-council-of-europe-member-states-policies-procedures-and/168074b723> (último acceso 16 de agosto de 2018).

²⁴ EASO, *Practical guide on age assessment*, EASO Practical Guides Series, Second edition, 2018, disponible en <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-on-age-assessment-v3-2018.pdf> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

²⁵ <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/pages/crcindex.aspx> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno (en adelante OGC 4/23)²⁶. Ambas OGC, publicadas en noviembre de 2017, analizan las medidas generales de aplicación, los principios jurídicos fundamentales y las obligaciones de los Estados en la materia. Por otra parte, en el ámbito regional europeo, se detalla la regulación existente sobre menores extranjeros en el contexto migratorio en el marco del Consejo de Europa y de la UE. Para saber si esta regulación es aplicable al menor que llega sin documentación o con documentación de dudosa autenticidad, es necesario llevar a cabo el procedimiento de determinación de la edad. Además, lo dispuesto en este capítulo tiene especial transcendencia, al constituir el marco jurídico de aplicación al presunto MENA durante el procedimiento de determinación de la edad como consecuencia de la aplicación del principio del beneficio de la duda.

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones generales, la regulación europea al respecto y las mencionadas guías de buenas prácticas, el Capítulo II de este trabajo trata de exponer en qué casos sería necesaria la determinación de la edad de un presunto MENA, qué métodos deberán utilizarse y qué principios y garantías procesales han de cumplirse.

En el Capítulo III de esta investigación, tras una evaluación de la normativa nacional al respecto, se ha considerado oportuno analizar la problemática del procedimiento de determinación de la edad en España, al encontrarse doblemente señalada por el Comité de Derechos del Niño. En primer lugar, en marzo de 2018, el Comité de Derechos del Niño publicó sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, identificando a los MENA como una de las cinco áreas que requieren la actuación urgente del Estado. Específicamente, han sido analizadas cada una de las preocupaciones del Comité en relación al procedimiento de determinación de la edad y se han expuesto las escuetas recomendaciones del Comité para ajustar el procedimiento a las disposiciones de la CDN. En segundo lugar, la importancia de resolver el problema de la determinación de la edad viene marcada por el número de comunicaciones en la materia presentadas contra España -a través del sistema de quejas individuales- ante el Comité de Derechos del Niño. A fecha de cierre

²⁶ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, de 16 de noviembre de 2017.

de este trabajo de investigación²⁷, existen un total de 46 comunicaciones presentadas ante este Comité, con 29 de ellas interpuestas contra España. De estas últimas, 25 versan sobre el procedimiento de determinación de la edad a los MENA, encontrándose actualmente 20 pendientes en la materia. Los artículos generalmente invocados corresponden a diferentes derechos previstos en la CDN, como el derecho a la no discriminación (art. 2), el interés superior del menor (art. 3), el derecho a la identidad (art. 8), el derecho a ser oído (art. 12) y el derecho a ser protegido y asistido por el Estado (arts. 18.2 y 20.1). Estas posibles vulneraciones derivarían de la falta de aplicación de las garantías procesales inherentes al procedimiento de la determinación de la edad que fueron expuestas en el Capítulo II.

El trabajo se completa con un Anexo que incorpora una tabla, de elaboración propia, que recoge, sobre la base de la información obtenida en la Web del Comité de Derechos del Niño, todas las comunicaciones presentadas ante dicho Comité, el país frente al cual se presenta, un breve resumen del caso, los artículos invocados por los comunicantes y el estado de la comunicación. Cierra el trabajo un Índice de bibliografía, documentación y jurisprudencia citadas.

²⁷ El presente estudio se cierra a fecha de 16 de agosto de 2018.

I. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL CONTEXTO MIGRATORIO. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

1. Plano universal

En el plano internacional, son varios los tratados que protegen los derechos de los menores afectados por la situación migratoria. El instrumento jurídico principal es la CDN que, a lo largo de sus 54 artículos, regula los estándares mínimos que los Estados deben respetar en relación al tratamiento de los menores. Este instrumento ha sido ratificado por 196 Estados, siendo el tratado internacional de derechos humanos más ratificado de la historia²⁸. Esta regulación se completa con tres Protocolos facultativos, el primero relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía²⁹; el segundo sobre la participación de niños en los conflictos armados³⁰ y, el tercero, relativo al procedimiento de comunicaciones³¹. Éste último reviste especial importancia, pues, como veremos más adelante, permite a los menores de los países que hayan ratificado el Protocolo buscar justicia, haciendo valer sus derechos ante el Comité de los Derechos del Niño³².

²⁸ Todos los países del mundo lo han ratificado, a excepción de Estados Unidos. Sobre el estado de las ratificaciones vid. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en (última visita 16 de agosto de 2018).

²⁹ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por Resolución 54/263 de la Asamblea General de la ONU de 25 de mayo de 2000, Doc. A/RES/54/263, de 16 de marzo de 2001. Entrada en vigor el 18 de enero de 2002. Instrumento de ratificación de España, de 5 de diciembre de 2001, *BOE* de 31 de enero de 2002.

³⁰ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado por Resolución 54/263 de la Asamblea General de la ONU de 25 de mayo de 2000, Doc. A/RES/54/263, de 16 de marzo de 2001. Entrada en vigor de forma general el 18 de enero de 2002, y para España el 8 de abril de 2002. Instrumento de ratificación de España, de 1 de marzo de 2002, *BOE* de 17 de abril de 2002.

³¹ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, adoptado por Resolución 66/138 de la Asamblea General de la ONU de 19 de diciembre de 2011, Doc. A/RES/66/138, de 27 de enero de 2012. Entrada en vigor el 14 de abril de 2014. Instrumento de ratificación de España, de 19 de abril de 2013, *BOE* de 31 de enero de 2015.

³² El Comité de Derechos del Niño es uno de los 9 Comités del sistema de Naciones Unidas. Está formado por 18 expertos independientes que son elegidos por un período de 4 años. Su función principal, establecida en el art. 43.1 de la CDN, es controlar la implementación y el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la CDN. De acuerdo con el art. 44 de la CDN, los Estados parte tienen la obligación de presentar informes de forma periódica, que son examinados por el Comité y culminan con una evaluación crítica de la situación de cada país mediante la emisión de observaciones finales. Sus otras dos funciones a destacar son la emisión de observaciones generales y, desde marzo de 2014, el examen de las comunicaciones presentadas de acuerdo al Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Para más información sobre el Comité de Derechos del Niño vid. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx> (último acceso 16 de agosto de 2018).

Los compromisos asumidos en la CDN fueron más tarde ratificados en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes³³. Esta Declaración proclama la necesidad de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños refugiados y migrantes, aplicándose particularmente - como consecuencia de su especial vulnerabilidad - a los niños no acompañados y los que estén separados de sus familias.

Ya en 2005, el Comité de los Derechos del Niño publicó su OG³⁴ 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen³⁵. Esta OG es de aplicación a todos los menores no acompañados y separados de su familia que se encuentren fuera de su país de nacionalidad o fuera de su país de residencia habitual (en caso de apatridia), con independencia del régimen de residencia y de las razones por las que se encuentren en el extranjero. Sin embargo, no se aplica a los menores que no hayan cruzado una frontera internacional y que, por tanto, se encuentren en situación de desplazados internos.

Más recientemente, el 16 de noviembre de 2017 se publicaron la OGC 3/22 sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional³⁶ y la OGC 4/23 sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno³⁷.

El objetivo de ambas recomendaciones es orientar sobre las medidas que deben adoptarse para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de ambas Convenciones, protegiendo así los derechos de los niños en el contexto migratorio internacional. A diferencia de la OG 6 (2005), las OGC 3/22 y 4/23 (2017) tienen un ámbito más amplio de aplicación, pues se refieren a todos los menores en el contexto de la migración internacional, con independencia de su situación o la de sus

³³ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes ya citada, Doc. A/RES/71/1, párs. 32 y 59.

³⁴ El objetivo principal de las observaciones generales del Comité de Derechos del Niño es promover la aplicación de la CDN. Ofrecen una interpretación sobre el contenido y el alcance de ciertas disposiciones de la misma e integran el acervo jurisprudencial del Comité. Están basadas en la experiencia del Comité durante los procesos de revisión de los informes de los Estados Parte, constituyendo una interpretación fidedigna de los derechos que figuran en los artículos y las disposiciones de la CDN. La facultad del Comité de Derechos del Niño para emitir OG se encuentra recogida en el art. 77 del su Reglamento (Reglamento del Comité de Derechos del Niño, Doc. CRC/C/4/Rev.3, de 16 de abril de 2013). Todas las OG publicadas por el Comité de Derechos del Niño están disponibles en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11 (último acceso el 16 de agosto de 2018).

³⁵ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6.

³⁶ OGC 3/22, ya citada, Doc. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22.

³⁷ OGC 4/23, ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23.

padres, pudiendo aplicarse a los desplazados internos. De esta manera, afectan a todos los niños y niñas bajo la jurisdicción del Estado, inclusive en aguas internacionales u otras zonas de tránsito en las que los Estados establezcan mecanismos de control de la migración. Además, estas observaciones interpretan y clarifican ciertas disposiciones de la CDN y de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares³⁸, por lo que son aplicables tanto a los Estados partes de una Convención como de otra. Por razones obvias, a lo largo del estudio nos centraremos en el análisis de la CDN.

Hay que tener en cuenta que ambas OGC son complementarias, por lo que deberán interpretarse y aplicarse conjuntamente con otras observaciones generales en la materia, como la ya mencionada OG 6 (2005). Mediante la OGC 3/22 (2017), los Comités establecen las medidas de aplicación y los principios generales³⁹, mientras que con la OGC 4/23 establecen las obligaciones de los Estados⁴⁰ para la protección de los menores en el contexto migratorio internacional. Todo ello se analiza con más detalle a continuación.

A. Medidas generales de aplicación

En primer lugar, los Estados deben asegurar la primacía de los derechos de la niñez en el contexto de la migración internacional. En este sentido, los Estados velarán por que los niños sean tratados ante todo como niños, lo que implica la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos previstos en la CDN. Así mismo, es preciso que los Estados garanticen la función rectora de las autoridades responsables de los derechos de los niños en este contexto. Estas autoridades deberán analizar las necesidades de los menores en todas las etapas de la formulación y aplicación de políticas, así como darles respuesta.

En segundo lugar, los Estados habrán de reunir y difundir públicamente los datos cualitativos y cuantitativos sobre todos los niños en el contexto migratorio internacional, desglosados por nacionalidad, situación de residencia, género, edad, origen étnico, discapacidad y todas las demás condiciones pertinentes para evitar

³⁸ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, Doc. A/RES/45/158, de 18 de diciembre de 1990. España no es parte de esta Convención. Para más información sobre el estado de las ratificaciones vid. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=en (último acceso el 16 de agosto de 2018).

³⁹ OGC 3/22 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, párs. 11-41.

⁴⁰ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, párs. 3-63.

cualquier tipo de discriminación. Así mismo, deberán elaborarse indicadores para medir la observancia de los derechos de este colectivo, aplicando un enfoque basado en los derechos humanos a la reunión y el análisis de datos sobre las causas de la migración en condiciones no seguras. Los datos personales de los menores –en particular los datos biométricos– sólo se podrán utilizar para fines de protección infantil, por lo que se prohibirá su intercambio y utilización a efectos de aplicación de las leyes de inmigración de los datos reunidos para otros fines.

Por último, se citan determinados elementos que deben incluir las prácticas estatales para hacer efectivos los derechos de los niños en el contexto migratorio internacional. Así, es necesario que los Estados elaboren políticas interinstitucionales entre las autoridades encargadas del bienestar y la protección infantil y otros órganos decisivos, habrán de existir recursos suficientes para asegurar la aplicación efectiva de las políticas y programas y se deberá proporcionar una capacitación continua a los funcionarios encargados de la protección infantil y la migración acerca de los derechos de los niños, los migrantes, los refugiados y la apatridia.

B. Principios fundamentales

Conviene recordar que tanto la CDN como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares recogen en sus disposiciones que, en el caso de que una norma establecida por una ley nacional u otro instrumento internacional vigente en dicho Estado difiera del articulado de estas Convenciones, se deberá realizar la interpretación más favorable, aplicando la norma que sea más conducente al logro de la plena efectividad de los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional⁴¹.

Los principios fundamentales por los que los Estados se deben guiar en todas las medidas concernientes a los derechos del niño en el contexto de la migración internacional son la no discriminación (art. 2), el interés superior del niño (art. 3), el derecho a ser oído, a expresar su opinión y participación (art. 12), el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6) y la no devolución y prohibición de expulsión colectiva (arts. 6, 22 y 37).

⁴¹ Art. 41 de la CDN y el art. 81 de la CTM. El art. 41 CDN estipula que “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en el derecho de un Estado Parte o en el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

a) No discriminación

El primer principio fundamental es el de no discriminación, previsto en el art. 2 de la CDN:

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

Todos los menores que participan o se ven afectados por la migración internacional tienen derecho al disfrute de los derechos previstos en la CDN con independencia de su edad, género, identidad de género u orientación sexual, origen étnico o nacional, discapacidad, religión, situación económica, situación de residencia o en materia de documentación, apatridia, raza, color, estado civil o situación familiar, estado de salud u otras condiciones sociales, actividades, opiniones expresadas, creencias o las de sus padres, tutores o familiares. Este principio es de aplicación con independencia de la situación de menor acompañado o no acompañado⁴², documentado o indocumentado.

Toda diferencia de trato a este colectivo habrá de ser conforme a derecho y proporcionada, en busca de un fin legítimo y ajustada al interés superior del menor y a las normas y estándares internacionales de derechos humanos. Los Estados deben adoptar medidas para combatir la discriminación y proteger a los menores frente a ella, haciendo efectivos los derechos consagrados en las Convenciones. Promoverán a su vez la inclusión social de los menores afectados por la migración internacional y sus familias, ejecutando programas para aumentar los conocimientos sobre la migración y así contrarrestar los prejuicios respecto a los migrantes.

En su función protectora, es necesario que los Estados presten especial atención a los problemas y vulnerabilidades específicos de cada género y de cualquier otra índole. En este sentido, los Estados deben también examinar y modificar cualquier restricción aplicable a la migración y que sea discriminatoria por razón de género, limite a las niñas o no reconozca su capacidad y autonomía. Además, los Estados prestarán

⁴² La OG 6 (2005) prohíbe toda a discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor, Doc. CRC/GC/2005/6, ya citado, pár. 18.

particular atención a las políticas sobre la prevención de las prácticas discriminatorias hacia los menores discapacitados en el contexto migratorio.

Por último, los Estados están obligados a identificar de manera activa las situaciones de discriminación *de facto*, entendiendo que si solo se lucha contra la discriminación *de iure* no se garantizará necesariamente la igualdad *de facto*. En este sentido, deben adoptar medidas para prevenir, reducir y eliminar las condiciones o actitudes que causen o perpetúen la discriminación hacia la niñez migrante. Entre estas medidas, se prevé la creación de un registro de casos de discriminación, así como su investigación y sanción. Específicamente en cuanto a los MENA, este deber implicará que se tomen todas las medidas necesarias para identificarlos lo antes posible. Las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo podrán ser admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva⁴³.

b) Interés superior del menor

El segundo principio fundamental es el del interés superior del menor⁴⁴, previsto en el art. 3 de la CDN:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

El derecho del menor a que su interés superior sea una consideración primordial -considerado como uno de los cuatro principios generales de la CDN⁴⁵- es un concepto

⁴³ *Ibid*, pár. 13.

⁴⁴ La OGC 3/22 y 4/23 (2017), ya citada, se complementan en este sentido con la observación general núm. 14 del Comité de Derechos del Niño (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Doc. CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013.

⁴⁵ El interés superior del menor ha sido considerado por el Comité de Derechos del Niño, junto con el principio de no discriminación, el derecho a la vida y el derecho a ser oído, como uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño en la observación general núm. 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Doc. CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003, pár. 12.

triple, al ser un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento⁴⁶, que se aplica a los niños como individuos y como grupo.

Reconociendo que el interés superior del menor puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos y que los posibles conflictos tienen que resolverse caso por caso, el Comité de Derechos del Niño destaca que los intereses de los niños y niñas tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones en la legislación, políticas o prácticas.

Por tanto, en primer lugar, este interés debe ser evaluado y determinado individualmente⁴⁷, antes de adoptar cualquier decisión administrativa o judicial que pueda afectar al menor y durante todos los momentos de la situación de desplazamiento, a fin de garantizar su desarrollo holístico y el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la CDN. La evaluación del interés superior del menor consiste en valorar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un menor o grupo de menores en concreto. Esta evaluación deberá realizarse en cada caso, teniendo en cuenta la particular situación y características del menor, entre ellas, su nacionalidad, identidad, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, su experiencia y grado de madurez, así como la posible situación de vulnerabilidad y necesidad especial de protección. Por su parte, la determinación de este interés superior es el proceso estructurado y con garantías que toma como base la evaluación anterior, ateniéndose a los principios de necesidad y proporcionalidad. Como condición previa, los Estados permitirán el acceso del menor al territorio y garantizarán que la evaluación se lleve a cabo de manera adecuada al niño y en un ambiente seguro, estando a cargo de autoridades competentes formadas en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género⁴⁸.

Entre las obligaciones que este principio fundamental impone a los Estados, pueden destacarse algunas particularmente relevantes para el objeto de este estudio⁴⁹. En primer lugar, los Estados habrán de velar por que el principio de interés superior del menor se integre, se interprete y se aplique en todas las políticas y programas

⁴⁶ Para más información acerca del triple concepto del interés superior del niño vid. OG 14 (2013), ya citada, Doc. CRC/C/GC/14, párr. 6.

⁴⁷ Para más información sobre cómo evaluar y determinar el interés superior del niño vid. C. MARTÍNEZ y C. DEL MORAL BLASCO, *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, Ed. [Save the Children](#), [Universidad Pontificia Comillas](#), [Cátedra Santander de Derecho y Menores](#), Madrid 2017.

⁴⁸ OG 14 (2003), ya citada, Doc. CRC/C/GC/14, párrs. 48-79 y OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, párr. 20.

⁴⁹ Para un análisis completo de los deberes de los Estados al respecto vid. OGC 3/22 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, párr. 32.

migratorios pertinentes para los niños y las niñas, estableciéndose recursos suficientes para garantizar su aplicación.

En segundo lugar, el Estado garantizará que todas las evaluaciones y determinaciones del interés superior del menor concedan la importancia apropiada a hacer efectivos los derechos del niño en los procesos de adopción de decisiones que les afecten. Asegurará también por que se establezcan salvaguardias de las debidas garantías procesales, incluido el derecho a una representación letrada gratuita, cualificada e independiente.

En tercer lugar, la evaluación del interés superior del menor deberá llevarse a cabo por agentes independientes de las autoridades de migración de manera multidisciplinaria, incluida la participación de otros agentes como los padres, tutores y representantes legales, así como del menor. Así, el Estado orientará sobre el modo de determinar el interés superior del menor a las personas intervinientes en los procedimientos de migración. Los procedimientos de evaluación y determinación del interés superior del menor deben ser guiados por las autoridades encargadas de la protección infantil dentro de los sistemas de protección del menor, elaborando las posibles soluciones junto con el niño, de una manera adaptada a él.

En cuarto lugar, el Estado velará por que se detecte rápidamente a los menores y por que toda persona que afirme ser un menor sea tratada como tal, derivada inmediatamente a las autoridades encargadas de la protección infantil y otros servicios pertinentes. En el particular caso de los MENA y menores separados, el nombramiento de un tutor competente lo antes posible – y, en ciertas ocasiones, un representante legal– constituye una garantía procesal muy importante para el respeto de su interés superior⁵⁰.

Por último, la decisión sobre devolver a un niño a su país de origen se motivará sobre la base de consideraciones probatorias individuales y con arreglo a un procedimiento con las debidas garantías, incluida la evaluación y determinación de su interés superior y la previa elaboración de un plan individual para su integración. Los Comités establecen que el retorno es sólo una de las diversas soluciones, existiendo otras como la integración de los mismos en sus países de residencia, su reasentamiento en un tercer país por motivos de reagrupación familiar u otras soluciones referidas a mecanismos de cooperación en vigor.

⁵⁰ El menor no podrá comenzar un procedimiento de obtención de asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si entabla un proceso judicial o una actuación administrativa se le nombrará además un representante legal. Vid. OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pág. 21.

c) Derecho a ser oído, a expresar su opinión y participación

El tercer principio fundamental es el derecho a ser oído, a expresar su opinión y a la participación⁵¹, previsto en el art. 12 de la CDN:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Como consecuencia de la situación especialmente vulnerable de los niños en el contexto migratorio, los Estados deben aplicar medidas adecuadas para garantizar su derecho a ser escuchado - particularmente en los procedimientos de asilo e inmigración- y que sus opiniones sean tenidas en cuenta⁵².

Los menores pueden tener sus propios proyectos de migración y factores que los impulsan a migrar, por lo que las políticas y decisiones no pueden ser eficaces ni adecuadas sin su participación. Para que puedan ejercer este derecho, los Estados han de proporcionarles información sobre sus derechos, los servicios disponibles, los mecanismos de denuncia o los procesos de inmigración y asilo, en el propio idioma del niño, de una manera apropiada y adaptada a su madurez y a su nivel de comprensión.

Los Estados designarán a un representante legal cualificado a todos los menores en el contexto migratorio internacional y, además, un tutor capacitado para los MENA y menores separados, tan pronto como sea posible y a título gratuito. Además, les ofrecerá la oportunidad de contar con un traductor. Todos estos profesionales deben recibir capacitación sobre las necesidades específicas -en relación a su género, cultura o religión- de los niños en el contexto migratorio internacional. Sobre este extremo también deberá tenerse en cuenta la opinión del menor⁵³.

Por otra parte, los Estados adoptarán las medidas apropiadas para facilitar la participación de los menores, posibilitándoles ser escuchados en todos los procedimientos administrativos o judiciales que les afecten a ellos o a sus familias. En cuanto a la relación de este derecho con el interés superior del niño, el Comité de

⁵¹ Las OGC 3/22 y 4/23 (2017), ya citada, se complementan en este sentido con la observación general núm. 12 (2009) del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado, Doc. CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009.

⁵² OG 12 (2009), ya citada, Doc. CRC/C/GC/12, pár. 123.

⁵³ Para más información sobre el derecho de los MENA a expresar su opinión libremente vid. OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pár. 25.

Derechos del Niño ha subrayado su complementariedad, al no ser posible una aplicación correcta del art. 3 sin respetar los requisitos del art. 12. Del mismo modo, el art. 3 refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida⁵⁴.

Por último, los Estados adoptarán medidas para facilitar la participación de estos menores en la concepción, aplicación, seguimiento y evaluación de políticas que les puedan afectar.

d) Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo

El cuarto principio fundamental es el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, previsto en el art. 6 de la CDN:

“1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

El derecho a la vida y a la supervivencia del menor puede encontrarse en riesgo en cualquier momento del proceso migratorio. Específicamente, los menores no acompañados y separados pueden enfrentarse a mayores vulnerabilidades, al encontrarse expuestos a riesgos como violencia por motivo de género, violencia sexual y otras formas de violencia y trata con fines de explotación sexual o laboral⁵⁵. Aunque la migración puede ofrecer la oportunidad de mejorar las condiciones de vida y escapar de los abusos, también plantea riesgos como el daño físico, el trauma, la marginación, la discriminación, la xenofobia y la explotación, entre otros.

Los Comités critican con dureza la falta de canales seguros para la migración y las medidas de control de fronteras que, en vez de facilitar, regular y gestionar la movilidad, se centran en la represión mediante las prácticas de detención y expulsión. Los Estados deben prevenir y reducir, en la máxima medida posible, los riesgos relacionados con la migración que comprometen la vida, la supervivencia y el desarrollo de la niñez migrante. Además, los Estados prestarán especial atención a los niños indocumentados como son, en muchas ocasiones, los MENA.

Por último, los Comités subrayan la relación de este art. 6 con los arts. 2 y 27.1 de la CDN. Los Estados han de velar por que todos los menores en el contexto

⁵⁴ *Ibid*, pág. 74.

⁵⁵ La particular relación entre la trata y la situación de menor separado o no acompañado fue puesta de manifiesto en la OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pág. 24.

migratorio europeo, con independencia de su situación, tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual y moral.

e) No devolución y prohibición de expulsión colectiva

El quinto y último principio fundamental es el de no devolución y prohibición de expulsión colectiva, previsto en los arts. 6 (derecho a la vida), 22 y 37 de la CDN:

Art. 22: “1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.”

Art. 37: “Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.”

Los Comités resaltan que el principio de no devolución ha sido interpretado por órganos y tribunales de derechos humanos y tribunales nacionales como una garantía implícita de las obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. Prohíbe a los Estados expulsar a cualquier persona cuando correría el riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar a su país, como persecución, tortura, reclutamiento en las fuerzas armadas o violaciones graves de los derechos humanos.

Consecuentemente, a los Comités les preocupa que algunos Estados decidan aplicar una interpretación restrictiva de este principio. Los Estados no podrán rechazar a un menor en la frontera ni trasladarlo a un país en que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado o sea a todo país al que el menor pueda ser trasladado ulteriormente. Esta prohibición de devolución es aplicable con independencia de a quién sean imputables las posibles violaciones de derechos humanos en el país de destino. De acuerdo con la OG 6 (2005)⁵⁶, la evaluación del riesgo de daño irreparable deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género, así como las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios.

Por otra parte, los Comités recuerdan la prohibición de las expulsiones colectivas, que exige que cada caso sea examinado individualmente, evaluando en todo caso el interés superior del menor y velando por el cumplimiento de las garantías procesales. En este sentido, los Estados habrán de adoptar las medidas necesarias para impedir las expulsiones colectivas de niños y familias migrantes.

C. Obligaciones de los Estados

Los Estados parte de la CDN están obligados -según la lectura conjunta de los arts. 2 y 4- a adoptar medidas relativas a los derechos económicos, sociales y culturales para todos los menores que se encuentren bajo su jurisdicción.

En este sentido, las obligaciones jurídicas de los Estados de proteger los derechos de los menores en el contexto migratorio internacional han sido recogidas por la OGC 4/23 (2017).

En primer lugar, según el art. 37 de la CDN, todo menor, en todo momento, tiene el derecho fundamental a la libertad y a no ser detenido como inmigrante. Los Estados nunca deben detener a niños por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres, debiendo prohibir la detención de menores como inmigrantes. La posibilidad prevista en el art. 37 b) CDN de detener a los menores como medida de último recurso no es aplicable en los procedimientos relativos a la inmigración, ya que estaría en contradicción con el principio del interés superior del menor y su derecho al desarrollo⁵⁷. En este sentido, los Comités establecen que

⁵⁶ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pár. 27.

⁵⁷ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, pár. 10.

criminalizar la entrada y estancia irregulares va más allá del interés legítimo de los Estados partes por controlar y regular la migración y da lugar a detenciones arbitrarias. Además, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes afirmó que esta situación podía ser constitutiva de trato cruel, inhumano o degradante a menores migrantes⁵⁸.

Específicamente sobre MENA y niños separados, el Comité de Derechos del niño ya estableció que la privación de libertad no podría justificarse por su situación de no acompañado, ni por su condición de inmigrante o residente⁵⁹. A los MENA se les asignará un sistema de cuidados alternativos a nivel nacional o local, teniendo en cuenta las debidas garantías procesales, que incluyen el derecho a ser escuchado, a tener acceso a la justicia y a impugnar ante un juez cualquier decisión que pueda privarles de libertad.

En segundo lugar, los Estados velarán por que sus leyes, políticas, medidas y prácticas respeten garantías procesales adaptadas a los menores en todos los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con la migración y el asilo que les puedan afectar⁶⁰. Los menores deben, así mismo, tener acceso a recursos administrativos y judiciales contra las decisiones que les afecten, a fin de que todas ellas se adopten teniendo en cuenta su interés superior. Es importante que los menores puedan presentar denuncias y recibir asesoramiento y representación por profesionales especializados en infancia y migración. En este sentido, los Estados aplicarán políticas uniformes para orientar a las autoridades a fin de que puedan ofrecer asesoramiento y representación legal gratuita y de calidad a todos los menores migrantes, incluyendo a los MENA y a los niños indocumentados.

Concretamente, en el contexto de la evaluación y determinación del interés superior del menor, los Estados garantizarán una serie de derechos, de los que se exponen los más relevantes para el objeto de este estudio⁶¹. Así, entre tales obligaciones, destacamos la necesidad de asegurar el acceso al territorio con independencia de la documentación que posea o de la que carezca el menor, y de ser remitido a las autoridades encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos, sin merma de las garantías procesales; el derecho de los menores a ser

⁵⁸ *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* (Juan E. Méndez), Doc. A/HRC/28/68, de 5 de marzo de 2015, pár. 80.

⁵⁹ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pár. 61.

⁶⁰ Para más información acerca del acceso al procedimiento para obtener el asilo, garantías jurídicas y derechos en la materia vid. OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, párs. 64-78.

⁶¹ *Ibid*, pár. 17.

notificados de la existencia de un procedimiento y de la decisión adoptada en el contexto de los procedimientos de inmigración y asilo, de sus implicaciones y de las posibilidades de recurso; el derecho de los menores a disponer de la asistencia de un traductor o intérprete con el fin de asegurar ser escuchado y el derecho a poder recurrir la decisión ante un tribunal superior o autoridad independiente, con efecto suspensivo. En el caso específico de los MENA y menores separados, recibir el nombramiento de un tutor competente lo antes posible y ser informados a lo largo del procedimiento, junto con su tutor y asesor jurídico⁶².

En tercer lugar, los Estados partes adoptarán las medidas necesarias para que todos los niños sean inscritos inmediatamente en el registro civil al nacer y reciban certificados de nacimiento, cualquiera que sea su situación migratoria o la de sus padres. Además, con el fin de prevenir la apatridia, los Estados adoptarán las medidas apropiadas, tanto a nivel nacional como en cooperación con otros Estados, para que todos los niños tengan una nacionalidad al nacer.

En cuarto lugar, la protección del derecho a la vida familiar del menor suele exigir a los Estados no sólo que se abstengan de tomar medidas que puedan provocar la separación de la familia, sino que intervengan de manera positiva para mantener la unidad de la familia, incluida la reunión de familiares separados.

En quinto lugar, los Estados adoptarán medidas de protección contra todas las formas de violencia y abuso, incluida la explotación, el trabajo infantil y el secuestro, así como la venta o trata de menores.

En sexto lugar, los Estados preverán todas las medidas necesarias para garantizar el derecho a la protección contra la explotación económica del menor migrante, influidos los trabajos prematuros y peligrosos. Además, regularán y protegerán el empleo de los niños migrantes en edad de trabajar y garantizar su derecho a la seguridad social.

En séptimo lugar, los Estados deben garantizar que los menores que se encuentran en el contexto de la migración internacional tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico, espiritual y moral.

⁶² OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, párs. 20, 21 y 33-38.

En octavo lugar, los Estados garantizarán que todos los menores migrantes tengan el mismo acceso que los nacionales a la atención sanitaria, independientemente de cuál sea su situación migratoria.

En noveno lugar, los Estados salvaguardarán el derecho a la educación y a la formación profesional de todos los menores en el contexto migratorio, en condiciones de igualdad con los nacionales del país en el que vivan. Para ello, asegurarán la igualdad de acceso a una educación inclusiva y de calidad para todos los niños migrantes.

Por último, son muy relevantes las obligaciones jurídicas que corresponden a los Estados, según las orientaciones de los Comités, respecto a la edad de los menores en el contexto migratorio, al ser esenciales a la hora de analizar en el Capítulo siguiente la problemática de la determinación de la edad. Los Comités muestran su preocupación sobre el hecho de que los menores de entre 15 y 18 años suelen recibir niveles de protección muy inferiores a los que reciben los menores, al ser considerados como adultos o al mantener un estatuto migratorio ambiguo hasta que cumplen los 18 años. Por tanto, según las citadas orientaciones generales, los Estados deberán garantizar que se proporcionen niveles iguales de protección a cada niño, incluidos los mayores de 15 años. Además, al no existir un sistema que proteja de la transición entre minoría y mayoría de edad, se deberán tomar medidas de seguimiento, apoyo y transición para los menores próximos a cumplir los 18 años, de manera que se prepare al menor para llevar una vida independiente. Se tomarán a su vez medidas de protección transitorias una vez que el menor alcance la mayoría de edad.

Específicamente sobre la determinación de la edad⁶³, los Comités establecen que, para realizar una estimación bien fundada, los Estados habrán de evaluar el desarrollo físico y psicológico del menor a través de profesionales cualificados. Esta evaluación deberá desarrollarse con rapidez, de acuerdo a criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés superior del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física y respetando debidamente su dignidad humana. Además, es necesario subrayar que, cuando existan documentos disponibles, se considerarán auténticos salvo prueba en contrario. En caso de incertidumbre, se concederá siempre el beneficio de la duda al menor objeto de evaluación.

⁶³ En este sentido, estas OGC se complementan con la OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, párr. 31.

En cuanto a los métodos de estimación, los Estados no utilizarán aquéllos basados en el análisis óseo o el examen dental. Estos métodos tienen amplios márgenes de error y pueden resultar imprecisos a la vez que traumáticos, dando lugar a procedimientos judiciales innecesarios. Además, estas determinaciones deberán poder ser revisadas o recurridas ante un órgano independiente adecuado.

2. Plano regional europeo

A continuación, se analiza la regulación prevista para los menores extranjeros en el contexto migratorio en el seno de dos organizaciones internacionales diferentes, el Consejo de Europa y la UE.

A. El Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa, existen disposiciones diversas aplicables a los menores en el contexto migratorio. Con carácter general, puede citarse el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁴ (en adelante CEDH). Si bien este Convenio no contiene artículos específicos relativos a los menores en el contexto migratorio, todas sus disposiciones son aplicables a los niños. Por lo que se refiere al contexto migratorio, tienen especial relevancia el art. 3 sobre la prohibición de trato inhumano o degradante, el art. 5 sobre el derecho a la libertad y la seguridad o el art. 8 sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar⁶⁵.

También con carácter general, otros Convenios que protegen los derechos de los menores migrantes en diferentes contextos son la Carta Social Europea⁶⁶, el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante⁶⁷ y el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad⁶⁸.

⁶⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Entrada en vigor de forma general el 3 de septiembre de 1953 y para España el 4 de octubre de 1979. Instrumento de ratificación de España, de 26 de septiembre de 1979, *BOE* de 10 de octubre de 1979.

⁶⁵ Como se verá a continuación en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estas disposiciones han sido declaradas vulneradas en relación a varios casos de MENA que se encontraban detenidos.

⁶⁶ Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. Entrada en vigor de forma general el 26 de febrero de 1965 y para España el 5 de junio de 1980. Instrumento de ratificación de España de 29 de abril de 1980, *BOE* de 26 de junio de 1980.

⁶⁷ Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977. Entrada en vigor el 1 de mayo de 1983. Instrumento de ratificación de España de 29 de abril de 1980, *BOE* de 18 de junio de 1983.

⁶⁸ Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997. Entrada en vigor el 1 de marzo de 2003. No ratificado por España.

Con carácter más específico, se encuentran el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños⁶⁹ y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual⁷⁰.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), ha desarrollado una interesante línea jurisprudencial sobre la vulneración de los derechos humanos de los menores migrantes que se encuentran en detención, tanto de los menores acompañados⁷¹ como de los MENA⁷². Específicamente sobre MENA en detención se encuentran, entre otras, la sentencia *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Grecia*⁷³, sobre la detención y posterior expulsión a su país de origen de un menor que viajaba para reunirse con su madre en Canadá, donde ésta había obtenido el estatuto de refugiada. El TEDH declaró que las condiciones de detención del MENA, en este caso en un centro destinado a adultos y sin aplicársele las medidas necesarias para evaluar y proteger su interés superior, constituyeron una violación de la prohibición de trato inhumano o degradante (art. 3). Además, la detención supuso una vulneración de su derecho a la libertad (art. 5) y una vulneración del derecho al respeto de su vida familiar (art. 8). Más recientemente, la sentencia *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*⁷⁴ declara la violación del art. 3 y del art. 5 del CEDH por las condiciones de detención en las que se encontraba un MENA a la espera del resultado del procedimiento de determinación de la edad.

Por otra parte, también específicamente en cuanto a MENA, pueden mencionarse algunas resoluciones de la Asamblea Parlamentaria, como la Resolución 1810 (2011)⁷⁵ sobre los problemas relacionados con la llegada, la estancia y regreso de

⁶⁹ Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. Entrada en vigor de forma general, el 1 de julio de 2000 y para España el 1 de abril de 2015. Instrumento de ratificación de España, de 11 de noviembre de 2014, *BOE* de 21 de febrero de 2015.

⁷⁰ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Entrada en vigor de forma general, el 1 de julio de 2010 y, para España, el 1 de diciembre de 2010. Instrumento de ratificación de España, de 22 de julio de 2010, *BOE* de 12 de noviembre de 2010.

⁷¹ Pueden citarse, entre otros, *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, núm. 41442/07, sentencia de 19 de enero de 2010; *Kanagaratnam c. Bélgica*, núm. 15297/09, sentencia de 13 de diciembre de 2011; *Popov c. Francia*, núm. 39472/07 y 39474/07, sentencia de 19 de enero de 2012; *Mahmundi y otros c. Grecia*, núm. 14902/10, sentencia de 31 de julio de 2012; *A.B. y otros c. Francia*, núm. 11593/12, sentencia de 12 de julio de 2016 y *S.F. y otros c. Bulgaria*, núm. 8138/16, sentencia de 7 de diciembre de 2017.

⁷² Pueden citarse, por ejemplo, *Bubullima c. Grecia*, núm. 41533/08, sentencia de 28 de octubre de 2010; *Rahimi c. Grecia*, núm. 8687/08, sentencia de 5 de abril de 2011; *Mohamad c. Grecia*, núm. 70586/11, sentencia de 11 de diciembre de 2014.

⁷³ *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Grecia*, núm. 13178/03, sentencia de 12 de octubre de 2006.

⁷⁴ *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, núm. 25794/13 y 28151/13, sentencia de 22 de noviembre de 2016.

⁷⁵ Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Unaccompanied children in Europe: issues of arrival, stay and return*, Doc. 12558, de 21 de marzo de 2011.

MENA en Europa y la Resolución 2136 (2016)⁷⁶ para armonizar la protección de los MENA en Europa. Ambas resoluciones ponen de manifiesto la preocupación del Consejo de Europa por la protección jurídica de los MENA y la necesidad de considerar a este colectivo como niños y no como migrantes.

Además, el Plan de acción para proteger a los menores refugiados y migrantes en Europa (2017-2019)⁷⁷, adoptado por el Comité de Ministros, trata de dar respuesta a las preocupaciones identificadas en el Informe temático sobre menores migrantes y refugiados⁷⁸, otorgando especial atención a los MENA. Este Plan de acción pretende asegurar el acceso a procedimientos adaptados al menor, otorgarles una protección efectiva y facilitar su integración en Europa, incluyendo, entre otras medidas, la adopción por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de una guía sobre la determinación de la edad de los MENA en la primera mitad de 2019⁷⁹. Dicho Plan fue coordinado y está siendo implementado⁸⁰ por Tomáš Boček, nombrado representante especial del Secretario General del Consejo de Europa para las migraciones y los refugiados en enero de 2016. Su mandato consiste en reunir información sobre cómo los derechos humanos de los migrantes y refugiados son protegidos en los Estados parte del Consejo de Europa y en proponer acciones a nivel nacional y europeo. En el informe sobre su primer mandato, publicado en febrero de 2018⁸¹, se identificaba la protección de los menores migrantes como una de las prioridades para el periodo 2018-2019. Además, el pasado mes de marzo de 2018, el representante especial realizó su primera visita a España con el fin de recopilar información sobre la situación de los migrantes y refugiados y de elaborar propuestas de cara a definir una acción concreta del Consejo de

⁷⁶ Resolución 2136 (2016) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Armonizar la protección de los menores no acompañados en Europa*, adoptada el 13 de octubre de 2016 (Sesión 35).

⁷⁷ *Council of Europe Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe*, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, Doc. CM (2017)54-final, de 19 de mayo de 2017 (Sesión 127).

⁷⁸ *Thematic Report on migrant and refugee children prepared by the Special Representative of the Secretary General on migration and refugees*, Doc. SG/Inf(2017)13, de 10 de marzo de 2017, disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806fdd08 (último acceso el 16 de agosto de 2018).

⁷⁹ *Council of Europe Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe*, ya citado, Doc. CM(2017)54-final, p.12. Además, este anuncio ha tenido lugar en la respuesta del Comité de Ministros a la Recomendación 2117 (2017). *Child-friendly age assessment for unaccompanied migrant children*, Doc. 14600, 6 de julio de 2018, disponible en <https://goo.gl/5bGFQR> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

⁸⁰ Para el seguimiento de la implementación del Plan de acción, el pasado mes de junio se creó la web <https://www.coe.int/en/web/special-representative-secretary-general-migration-refugees/action-plan-2017> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

⁸¹ *First report on the activities of the Secretary General's Special Representative on Migration and Refugees*, de febrero de 2018, disponible en <https://rm.coe.int/first-report-on-the-activities-of-the-secretary-general-s-special-repr/168078b7ff> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

Europa sobre cómo ayudar a España a hacer frente a los crecientes flujos migratorios⁸². El informe con las conclusiones y recomendaciones se encuentra pendiente de publicación.

B. La Unión Europea

La UE como organización internacional no es parte de la CDN, pues no está prevista la adhesión a dicha Convención por parte de las organizaciones internacionales. Sin embargo, en aras a complementar la regulación europea con la internacional para la efectiva protección de los derechos del niño, sería deseable que la UE estipulase su vinculación mediante una declaración unilateral de adhesión o concluyese un protocolo declarando su compromiso con la CDN y sus principios⁸³. Pues bien, en el ámbito de la UE, son a su vez numerosas las disposiciones que regulan la situación de los menores migrantes.

En cualquier caso, la UE es una organización internacional que se caracteriza por la promoción de los derechos humanos tanto a nivel interno como en las relaciones que mantiene con el resto del mundo⁸⁴. Así, en cuanto al Derecho originario, el compromiso general de la UE con los derechos humanos se encuentra recogido en la fundamentación de sus valores del art. 2 del Tratado de la Unión Europea⁸⁵ (en adelante TUE)⁸⁶ y en los principios y objetivos de la UE en su acción exterior, plasmados en el art. 21 del TUE⁸⁷. Además, es importante mencionar el art. 6 del TUE⁸⁸ que, por una

⁸² *Newsroom: SRSG on migration and refugees: fact-finding mission to Spain*, disponible en <https://www.coe.int/en/web/portal/-/srsg-on-migration-and-refugees-fact-finding-mission-to-spain> (último acceso 16 de agosto de 2018).

⁸³ Vid. documento titulado *EU Framework of Law for Children's Rights and Constitutional Affairs*, publicado por la DG for Internal Policies, Citizens' Rights, 2012, p. 27, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462445/IPOL-LIBE_NT\(2012\)462445_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462445/IPOL-LIBE_NT(2012)462445_EN.pdf) (último acceso el 16 de agosto de 2018).

⁸⁴ Para más información sobre los derechos humanos en el seno de la UE vid. P. CRAIG y G. DE BÚRCA, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Sixth edition, Ed. Oxford, 2015, pp. 380-427.

⁸⁵ El art. 2 TUE estipula que: "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

⁸⁶ Tratado de la Unión Europea, versión consolidada en *DO C 202*, de 7 de junio de 2016.

⁸⁷ El art. 21 TUE dispone que: "1. La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional. La Unión procurará desarrollar relaciones y crear asociaciones con los terceros países y con las organizaciones internacionales, regionales o mundiales que compartan los principios mencionados en el párrafo primero. Propiciará soluciones multilaterales a los problemas comunes, en particular en el marco de las Naciones Unidas; 2. La Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de: a) defender sus

parte, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁸⁹, incorpora los derechos garantizados por el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho y, por tanto, como parte del Derecho de la Unión y, por otra, reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000⁹⁰, otorgándole a dicho instrumento el mismo valor jurídico que los Tratados.

La Carta de Derechos Fundamentales incluye una disposición específicamente dedicada a los menores, estableciendo su art. 24 que:

“1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.”

valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e integridad; b) consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional; c) mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional, conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a los principios del Acta Final de Helsinki y a los objetivos de la Carta de París, incluidos los relacionados con las fronteras exteriores; d) apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza; e) fomentar la integración de todos los países en la economía mundial, entre otras cosas mediante la supresión progresiva de los obstáculos al comercio internacional; f) contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible; g) ayudar a las poblaciones, países y regiones que se enfrenten a catástrofes naturales o de origen humano; y h) promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y en una buena gobernanza mundial; 3. La Unión respetará los principios y perseguirá los objetivos mencionados en los apartados 1 y 2 al formular y llevar a cabo su acción exterior en los distintos ámbitos cubiertos por el presente título y por la quinta parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como los aspectos exteriores de sus demás políticas. La Unión velará por mantener la coherencia entre los distintos ámbitos de su acción exterior y entre éstos y sus demás políticas. El Consejo y la Comisión, asistidos por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, garantizarán dicha coherencia y cooperarán a tal efecto.”

⁸⁸ El art. 6 TUE estipula que “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones; 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados; 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

⁸⁹ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, *DO C* 306, de 17 de diciembre de 2007.

⁹⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, *DO C* 202, de 7 de junio de 2016.

Por lo que se refiere al Derecho derivado, la preocupación por los menores en el contexto migratorio se encuentra de forma fragmentada en normativa sectorial, como la que regula el retorno, la trata de personas y la protección internacional.

En cuanto a los instrumentos jurídicos vinculantes en la materia, se encuentran varias Directivas. Todas ellas establecen el principio del interés superior del menor como una consideración principal a seguir por parte de los Estados miembros y consideran a los MENA como personas vulnerables. En primer lugar, la Directiva 2008/115 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante, Directiva 2008/115 sobre retorno)⁹¹ establece que, antes de dictar una decisión de retorno respecto de un MENA, se le concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno. Además, antes de su expulsión, las autoridades deberán cerciorarse de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno. En cuanto a su internamiento, establece que se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad.

En segundo lugar, la Directiva 2011/36 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (en adelante, Directiva 2011/36 contra la trata)⁹² establece que los Estados miembros velarán por que, además de las medidas destinadas a todas las víctimas de la trata de seres humanos, se prevean medidas específicas de asistencia, apoyo y protección para las víctimas que son menores, señalando la especial atención que debe prestarse a los MENA por su particular vulnerabilidad. Se establece la presunción de minoría cuando la edad de una persona que haya sido víctima de la trata de seres humanos sea incierta y existan razones para creer que es un menor. Además, nombrará un tutor para cada MENA víctima de la trata de seres humanos.

En materia de protección internacional podemos citar, en primer lugar, la Directiva 2011/95 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el

⁹¹ 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, *DO L* 348, de 24 de diciembre de 2008. Considerando 22 y arts. 3.9, 5, 10, 16.3 y 17.

⁹² Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, *DO L* 101, de 15 de abril de 2011. Considerandos 8, 12, 19, 22, 23 y 24 y arts. 13-16.

reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (en adelante, Directiva 2011/95 sobre requisitos)⁹³. Esta Directiva, como ya vimos en la introducción, define por primera vez en el contexto de la UE al MENA como el menor que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable - mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él – o el menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros. Además, subraya que los Estados miembros deberán tener en cuenta la situación específica de personas vulnerables como los menores o los MENA al aplicar las disposiciones sobre revocación, finalización o denegación de la renovación del estatuto de protección subsidiaria. Específicamente en cuanto a los MENA, se prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para asegurar su representación mediante un tutor legal o cualquier otro tipo de representación adecuada, que deberá tener especial formación sobre sus necesidades.

En segundo lugar, la Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional⁹⁴ (en adelante, Directiva 2013/32 sobre procedimientos) establece el derecho a formular una solicitud de protección internacional bien en nombre del menor o de un representante en caso del MENA. Merece destacar, a efectos de este estudio, las garantías previstas para los MENA en los procedimientos de protección internacional, como el nombramiento de un representante, la especial formación en asilo e infancia de la persona que realiza la entrevista y los funcionarios, la facilitación de la información necesaria de manera gratuita y la consideración primordial del interés superior del menor. Las garantías procesales aplicables al procedimiento de determinación de la edad -específicamente sobre los reconocimientos médicos- se encuentran recogidas en el apartado 5 del art. 25 y serán analizadas más adelante.

Así mismo, la Directiva 2013/33 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (en adelante, Directiva 2013/33 sobre

⁹³ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, *DO L* 337, de 20 de diciembre de 2011. Considerando 18 y arts. 2, 20 y 31.

⁹⁴ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, *DO L* 180, de 29 de junio de 2013. Considerando 33 y arts. 2, 7, 14, 15 y 25.

acogida)⁹⁵ recoge que el internamiento de los menores sólo podrá llevarse a cabo como medida de último recurso y que, en caso de ser necesario, será lo más breve posible. Además, en el caso de los MENA, sólo podrá tener lugar en situaciones excepcionales, no se les internará en centros penitenciarios y, en todo caso, siempre deberán estar separados de los adultos. Por otra parte, se prevén medidas específicas para los MENA, como la designación de representante, medidas de alojamiento y medidas de reagrupación familiar.

El último instrumento jurídico vinculante en la materia es el Reglamento 604/2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (en adelante, Reglamento de Dublín)⁹⁶. Este Reglamento establece una serie de garantías para los menores, como la consideración primordial del interés superior del menor en todos los procedimientos previstos o el deber de garantizar un representante cualificado al MENA. Además, se prevé que, en la evaluación del interés superior del menor, los Estados miembros tengan debidamente en cuenta su bienestar y su desarrollo social, su seguridad y su punto de vista - en función de su edad y madurez -, así como su procedencia y entorno.

En cuanto a instrumentos jurídicos no vinculantes, ya en 1997, el Consejo adoptó la Resolución relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros⁹⁷. Posteriormente, cabe mencionar la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea de 2013⁹⁸ o el Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)⁹⁹, adoptado por la Comisión Europea. Especial referencia merece la reciente Comunicación de la Comisión al

⁹⁵ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), *DO L* 180, de 29 de junio de 2013. Considerandos 9 y 22 y arts. 2, 11, 14 y 21-24.

⁹⁶ Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, *DO L* 180, de 29 de junio de 2013. Considerando 13, 16, 34 y 35 y arts. 2, 6 y 8.

⁹⁷ Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, *DO C* 221 de 19 de julio de 1997.

⁹⁸ Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea, Doc. 2012/2263(INI), de 12 de septiembre de 2013.

⁹⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*, Doc. COM(2010)213 final, de 6 de mayo de 2010.

Parlamento Europeo y al Consejo sobre la protección de los menores migrantes¹⁰⁰, que propone una serie de medidas para dar respuesta a las urgentes carencias en la protección de los menores y a las necesidades a las que estos se enfrentan al llegar a Europa. En este sentido, destacan las medidas encaminadas a reforzar la institución de la tutela para garantizar que todos los tutores de los MENA empiecen su trabajo con celeridad, la previsión de aplicar procedimientos de determinación de la edad fiables, multidisciplinarios y no invasivos o la necesidad de actualización de las orientaciones de la EASO en materia de determinación de la edad, orientaciones que ya han sido actualizadas en marzo de 2018¹⁰¹.

Por último, en el marco de la acción exterior de la Unión, reviste particular importancia la Revisión de las Directrices¹⁰² de la UE para la promoción y protección de los derechos del niño (2017)¹⁰³, en las que el Consejo manifestó su preocupación por los menores en situación de vulnerabilidad, como son los migrantes y refugiados. Posteriormente, las Conclusiones del Consejo sobre la promoción y protección de los derechos del niño¹⁰⁴ de abril de 2017 han destacado la necesidad de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños refugiados y migrantes independientemente de su estatus, y de prestar en todo momento especial consideración al interés superior de los niños, en particular de los menores no acompañados o separados de sus familias. Poco después, en junio de ese mismo año, las Conclusiones del Consejo sobre la promoción y protección de los derechos del menor¹⁰⁵ acogieron con satisfacción las anteriores Directrices revisadas y destacaron que la protección de todos los niños migrantes es una prioridad en todas las fases de la migración.

¹⁰⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Protección de los menores migrantes*, Doc. COM(2017) 211 final, de 14 de abril de 2017.

¹⁰¹ EASO, *Practical guide...*, *op. cit.*

¹⁰² Las directrices pretenden principalmente servir de instrumento práctico para orientar a los actores de la UE en todo el mundo a la hora de aplicar las prioridades de la UE en materia de derechos humanos a nivel local. *EU Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2017*, adoptado por el Consejo, Doc. 9122/18, de 28 de mayo de 2018, p. 79.

¹⁰³ Revisión de las Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del niño (2017), adoptada por el Consejo, Doc. 6203/17, de 6 de marzo de 2017 (Sesión 3525).

¹⁰⁴ Conclusiones del Consejo sobre la promoción y protección de los derechos del niño, Doc. 7775/17, de 3 de abril de 2017 (Sesión 3530).

¹⁰⁵ Conclusiones del Consejo de la Unión Europea y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la protección de los menores migrantes, adoptadas por el Consejo, Doc. 10085/17, de 8 de junio de 2017 (Sesión 3546).

II. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: MÉTODOS Y GARANTÍAS PROCESALES

1. Circunstancias que hacen necesaria la determinación de la edad

Ser identificado como MENA conlleva una serie de derechos y garantías, previstas en la CDN, que los Estados parte deben asegurar. Por ello, cuando el joven migrante llega a un tercer país sin documentación o con documentación de dudosa autenticidad, es necesario determinar su edad. Algunos de estos jóvenes llegan afirmando falsamente no haber cumplido los 18 años, con el objetivo de que se les conceda la especial protección prevista para los menores. El caso contrario es igualmente recurrente, pues ciertos menores prefieren hacerse pasar por mayores de edad para evitar las medidas de protección que les impedirían llegar a su país de destino¹⁰⁶. Estas estrategias suelen ser planeadas por traficantes, que aconsejan a sus víctimas declarar ser mayores de edad, convenciéndolas de que si alegan su edad real serán repatriadas o detenidas. De esta manera, las víctimas de trata son trasladadas a centros de recepción para adultos, donde es más fácil acceder a ellas y utilizarlas con fines de explotación sexual¹⁰⁷.

Los motivos por los que estos presuntos menores llegan sin documentación son diversos. Es necesario tener en consideración que los registros de nacimiento no funcionan de manera uniforme en sus países de procedencia y que, en ocasiones, no toda la población tiene acceso a ellos. Además, en muchas culturas la fecha de nacimiento no es relevante, no siendo siquiera conocida por las personas. Por otra parte, en los países que se encuentran en situación de conflicto armado, la expedición de certificados de nacimiento es verdaderamente complicada. Consecuentemente, todo ello da lugar a que estos individuos no tengan medios para probar su edad e identidad de manera fidedigna, quedando desprotegidos y despojados de sus derechos.

¹⁰⁶ Para más información sobre los motivos que llevan a alegar una edad diferente vid. la investigación titulada *Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les États membres de l'Union européenne. Rapport comparatif* realizada por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante FRA, siglas en inglés), Luxemburgo 2013, pp. 59 y 60.

¹⁰⁷ Vid. el documento titulado *Human trafficking through the central Mediterranean route: Data, stories and information collected by the International Organization for Migration*, publicado por la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante OIM), 2017, p. 19, disponible en https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/IOMReport_Trafficking.pdf (último acceso el 16 de agosto de 2018).

La problemática de la determinación de la edad está siendo objeto de críticas a nivel internacional. En el plano universal, el Comité de Derechos del Niño ha mostrado su preocupación por el procedimiento de determinación de la edad en las recientes OGC, ya analizadas en el Capítulo anterior. En estas observaciones, el Comité ha interpretado los principios fundamentales por los que los Estados deben guiarse al llevar a cabo la estimación, así como las obligaciones de estos últimos respecto a la edad de los menores en el contexto migratorio.

En el marco del Consejo de Europa, el Informe temático sobre menores migrantes y refugiados¹⁰⁸ mostró su preocupación por los métodos utilizados, al no incluir el análisis psico-social. Por su parte, el TEDH aún no se ha pronunciado sobre el impacto del procedimiento de determinación de la edad en los derechos humanos de los MENA, si bien un caso al respecto se encuentra pendiente. En este caso concreto – *Darboe y Camara contra Italia*¹⁰⁹ – los demandantes alegan que, a pesar de haber afirmado ser menores, fueron detenidos junto con adultos. Denuncian que el procedimiento de determinación de la edad fue llevado a cabo sin las garantías previstas en el Derecho internacional y que el centro de internamiento triplicaba la capacidad permitida, encontrándose en pésimas condiciones para satisfacer sus necesidades básicas. Alegan la vulneración de la prohibición de trato inhumano o degradante (art. 3 CEDH¹¹⁰) y de su derecho a la vida privada (art. 8 CEDH¹¹¹) como consecuencia de las condiciones de detención y de la falta de medidas protectoras adoptadas por las autoridades ante su alegada situación de no acompañados¹¹². El informe escrito presentado por terceros intervinientes durante el proceso¹¹³ señala que, debido al potencial impacto en la integridad física y psíquica del sujeto, el procedimiento de determinación de la edad queda bajo la protección del derecho al respeto de la vida

¹⁰⁸ Informe ya citado, Doc. SG/Inf(2017)13, p. 3.

¹⁰⁹ Caso *Darboe y Camara contra Italia*, demanda núm. 5797/17 ante el TEDH.

¹¹⁰ El art. 3 del CEDH estipula que: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

¹¹¹ El art. 8 del CEDH establece que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹¹² El resumen de este caso pendiente puede leerse en la p.14 de la ficha de jurisprudencia del TEDH sobre Italia, creada por la unidad de comunicación de dicho Tribunal, disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Italy_ENG.pdf (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹¹³ AIRE CENTRE, DUTCH COUNCIL FOR REFUGEES y ECRE, *Written submission to the European Court of Human Rights (Darboe y Camara v. Italy)*, 5 de julio de 2017, disponible en <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Darboe%20Camara%2005072017%20final%20INTERVENTION%20ONLY%20as%20sent.pdf>

privada. Al analizar el art. 8.2 del CEDH, el citado informe afirma que los test médicos no son proporcionales al fin legítimo de la determinación de la edad, especialmente considerando el alto margen de error de las pruebas y la particular vulnerabilidad de los MENA. Además, denuncia que la incorrecta determinación de la edad del MENA y su consecuente consideración como mayor de edad daría lugar a su encarcelamiento y a la falta de aplicación de sus derechos como menor, constituyendo trato inhumano y degradante y una violación del respeto a su vida privada (arts. 3 y 8 del CEDH).

En el ámbito de la UE, la Comisión Europea subrayó en su Plan de acción sobre menores no acompañados¹¹⁴ que la determinación de la edad tiene una importancia crítica, al activar una serie de procedimientos y garantías legales en la normativa de la Unión. Así mismo, en abril de 2017, la Comisión Europea en su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la protección de menores migrantes¹¹⁵ consideró necesario establecer procedimientos fiables y multidisciplinarios de determinación de la edad, respetando las garantías legales previstas en la normativa de la Unión. Denunció que se lleven a cabo evaluaciones innecesarias, que se empleen métodos invasivos, que a menudo los tutores sean designados al finalizar el procedimiento y que las disputas en torno a la edad den lugar a que los menores acaben internados.

Por todo lo anterior, este Capítulo pretende analizar los métodos y las garantías del procedimiento de determinación de la edad. Por un lado, en el ámbito del Consejo de Europa, la Resolución 1810 (2011)¹¹⁶ de su Asamblea Parlamentaria aborda las garantías aplicables al procedimiento de la determinación de la edad. Por otro lado, aunque en el ámbito de la UE, como veremos a continuación, destacan ciertas disposiciones de las Directivas ya estudiadas, tiene particular relevancia el art. 25.5 de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos, que regula de forma específica las garantías procesales aplicables al procedimiento de determinación de la edad en el caso de que se utilicen métodos médicos.

Para el análisis de estas cuestiones, junto al examen de la regulación prevista en el plano universal y en el plano regional europeo, tomamos en consideración también ciertos informes y guías de buenas prácticas. Merecen especial mención, en primer

¹¹⁴ Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), ya citado, Doc. COM(2010)213 final, p.11.

¹¹⁵ Comunicación de la Comisión ya citada, Doc. COM(2017) 211 final, p.11.

¹¹⁶ Resolución 1810 (2011) ya citada, Doc. 12558, párr. 5.10.

lugar, el informe del Consejo de Europa sobre la determinación de la edad¹¹⁷, publicado en septiembre de 2017, que analiza específicamente las políticas, procedimientos y buenas prácticas en 37 Estados miembros¹¹⁸. En segundo lugar, destaca la guía práctica sobre determinación de la edad¹¹⁹, publicada por la EASO en de marzo de 2018. Esta guía, además de citar las buenas prácticas en los 30 países examinados (los 28 países de la UE, Noruega y Suiza), trata cuestiones determinantes del procedimiento y sirve de base para el análisis del mismo.

2. Métodos utilizados para la determinación de la edad

Los Estados disponen de discrecionalidad a la hora de elegir el método de determinación de la edad. De hecho, en el ámbito de la UE no existe un acuerdo común sobre qué métodos utilizar, lo que conlleva la disparidad del tratamiento de estos presuntos menores durante el procedimiento de protección internacional¹²⁰.

El primer método a utilizar debe ser el examen documental. Se ha de destacar que, de acuerdo con el Comité de Derechos del Niño, los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba en contrario¹²¹. Sin embargo, en muchas ocasiones los certificados de nacimiento o los documentos de identidad provienen de fuentes de dudosa procedencia, son difíciles de verificar o directamente no son considerados válidos por el derecho nacional. Otras técnicas utilizadas por los Estados son las entrevistas y, en mayor medida, los exámenes médicos. Entre estos últimos destacan la radiografía de muñeca, la exploración dental y la radiografía dental. En menor medida se utiliza la radiografía de clavícula y cadera y la evaluación del desarrollo físico¹²².

Uno de los principales problemas del procedimiento de determinación de la edad radica en las dudas sustanciales que generan los resultados de los métodos médicos. Por un lado, las autoridades nacionales encargadas del procedimiento deben tener en

¹¹⁷ *Age assessment: Council of Europe member...*, *op. cit.*

¹¹⁸ Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Países Bajos, Noruega, Polonia, Federación Rusa, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania

¹¹⁹ EASO, *Practical guide...*, *op. cit.*

¹²⁰ Asylum Information Database, *Detriment of the doubt: Age assessment of Unaccompanied Asylum-Seeking children*, 2015, p. 2, disponible en <http://www.refworld.org/docid/568fcfb94.html> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹²¹ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, pár. 4.

¹²² Para una explicación de cada método citado vid. el informe titulado *Age assessment for unaccompanied minors. When European countries deny children their childhood*, publicado por Médicos del Mundo el 28 de agosto de 2015, pp. 5-8, disponible en <https://mdmeuroblog.files.wordpress.com/2014/01/age-determination-def.pdf> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

consideración que la precisión de las técnicas y la fiabilidad de los resultados cuentan con un amplio margen de error¹²³. Ya en 1999, un informe del *Royal College of Paediatrics and Child Health*¹²⁴ advertía que este margen de error puede ser de hasta cinco años, dependiendo del método utilizado. Por otro lado, las técnicas empleadas carecen de base científica sólida. Si bien la madurez ósea del menor se analiza en relación a un grupo cultural de referencia, hay que tener en cuenta que en muchas culturas éste no existe al no llevarse a cabo un registro de nacimiento, por lo que la edad del demandante de asilo no puede medirse en relación a su grupo cultural¹²⁵. En esta línea, y de acuerdo con *Separated Children in Europe Program*, las diversas pruebas médicas de determinación de la edad no tienen en consideración las diferencias étnicas, pues los materiales de referencia son anticuados y generan un margen de error que los hacen inapropiados¹²⁶.

Se ha de recordar que, recientemente, el Comité de Derechos del Niño ha corroborado estas preocupaciones por los test médicos, estableciendo que:

“Los Estados deben abstenerse de utilizar métodos médicos basados, entre otras cosas, en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, con amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios”¹²⁷.

En el ámbito regional europeo, la preocupación por los métodos médicos de determinación de la edad se muestra, en el marco del Consejo de Europa, en la Resolución 2195 (2017) de su Asamblea Parlamentaria¹²⁸, afirmando que estos métodos podrían dar lugar a trato inhumano o degradante. Por su parte, en el marco de la UE, Parlamento Europeo en su Resolución de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE¹²⁹ solicitó a la Comisión que asegurase que éstos no sean sometidos a técnicas médicas inadaptadas e intrusivas de determinación de la edad, que pueden resultar traumatizantes, corroborando que estos test no son adecuados debido a su gran margen de error. Además, consideraba que los métodos de determinación de la

¹²³ FRA, *Les enfants séparés demandeurs ...*, op. cit., p. 53.

¹²⁴ Vid. el informe titulado *The Health of Refugee Children – Guidelines for Paediatricians*, publicado por el Royal College of Paediatrics and Child Health, 1999, p.13, disponible en <https://goo.gl/j2fr1R> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹²⁵ G. NOLL, *Junk Science? Four arguments against the radiological age assessment of unaccompanied minors seeking asylum*, de 7 de enero de 2015, p. 5, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2546221 (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹²⁶ Ver el informe titulado *Review of current laws, policies and practices relating to age assessment in sixteen European countries*, publicado por Separated Children in Europe Program, 2011, p. 4, disponible en <http://www.scepnetwork.org/images/17/166.pdf> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹²⁷ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, pár. 4.

¹²⁸ Resolución 2195 (2017) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Child-friendly age assessment for unaccompanied migrant children*, adoptada el 24 de noviembre de 2017.

¹²⁹ Doc. 2012/2263(INI), ya citado, pár. 15.

edad deberían basarse en una evaluación multidimensional y multidisciplinar llevada a cabo de manera científica, segura y adaptada al niño.

Es importante subrayar que Reino Unido e Irlanda son los únicos países miembros de la UE que han dejado de llevar a cabo estimaciones médicas de la edad¹³⁰. En el caso *B contra Merton*¹³¹, la Corte Suprema de Reino Unido estableció los principios aplicables al procedimiento de la edad, considerando innecesarios los informes médicos. Más tarde, con el caso *A contra Croydon*¹³² consideró que, dado que los exámenes médicos tenían un amplio margen de error, no podían ser considerados como prueba determinante de la edad, por lo que se valorarían junto con las demás pruebas presentadas y circunstancias particulares del presunto menor. Consecuentemente, en el Reino Unido, la edad es determinada por trabajadores sociales con formación específica, a través de una entrevista que forma parte del procedimiento de asilo. Por su parte, Irlanda establece en su Ley de Refugiados de 1996 que toda persona que alegue ser menor de edad ante la Oficina de Protección Internacional, pero tenga una apariencia física de mayor de edad, será atendida por personal especializado y un intérprete, mediante una entrevista que tendrá por objeto estipular la minoría o mayoría de edad. En caso de duda, se aplicará el principio de presunción de minoría y se remitirá al menor al servicio responsable de protección de la infancia y la familia¹³³.

Según la guía de buenas prácticas de la EASO¹³⁴, para que el resultado arrojado por el procedimiento de determinación de la edad sea considerado concluyente, siempre que se haya utilizado un único método de estimación, deberá considerarse como determinante por dos profesionales. En el caso de que hayan tenido lugar numerosos exámenes como consecuencia de resultados inconclusos, el resultado final deberá ser analizado por panel multidisciplinario de expertos. En todo caso, la decisión deberá ser motivada, debiendo quedar documentado el margen de error de los resultados obtenidos y asignarle al individuo la edad más baja posible en atención a los mismos. En el caso de que el menor hubiese declarado una fecha de nacimiento antes de comenzar el

¹³⁰ FRA, *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures. Minimum age requirements concerning children's rights in the EU*, abril 2018, p. 11.

¹³¹ *R. (en nombre de B.) v. London Borough of Merton*, [2003] EWHC 1689 (Admin), Corte Suprema del Reino Unido, 14 de julio de 2003.

¹³² *R. (en nombre de A.) v. London Borough of Croydon*, [2009] UKSC 8, Corte Suprema del Reino Unido, 26 de noviembre de 2009.

¹³³ EASO, *Practical guide...*, *op. cit.*, p. 87.

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 40-46.

procedimiento y ésta se encuentre dentro del rango del resultado de la determinación de la edad, esa fecha declarada deberá ser reconocida como la oficial¹³⁵.

3. Garantías procesales aplicables a la determinación de la edad

De acuerdo con las fuentes referidas en el apartado primero del presente Capítulo, entre los principios y garantías previstos para el procedimiento de determinación de la edad se encuentran los deberes de proteger el interés superior del menor, de respetar su presunción de minoría, de utilizar el método menos intrusivo, de informarle de forma gratuita, escucharle y obtener su consentimiento, de nombrarle tutor y representante legal, de que el personal que va a llevar a cabo el procedimiento esté especialmente cualificado y de que exista la posibilidad de recurrir la decisión.

A. Interés superior del menor

Como se introdujo anteriormente, el interés superior del menor, previsto en el art. 3 de la CDN, es un concepto triple. En cuanto a su dimensión de norma de procedimiento, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que:

“Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”¹³⁶

Por tanto, el interés del menor debe ser una consideración primordial en todas las acciones que le conciernan y debe observarse en todas las decisiones y medidas que le afecten, entendiendo el término medida:

“No solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas”¹³⁷.

Los Estados miembros son responsables de la observancia de este principio y de su aplicación en el procedimiento de determinación de la edad, con particular atención en el caso de los MENA.

¹³⁵ *Position paper on age assessment in the context of separated children in Europe*, publicado por Separated Children in Europe Programme, 2012, pp. 10 y 11, disponible en <http://www.scepnetwork.org/images/16/163.pdf> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

¹³⁶ OG 14 (2013), ya citada, Doc. CRC/C/GC/14, párr. 6.c).

¹³⁷ *Ibid.*, párr.17.

En lo que a la determinación de la edad del MENA se refiere, el Comité de Derechos del Niño ha concretado en qué consiste este interés superior del menor¹³⁸. De esta manera, el interés superior del menor debe ser analizado en dos momentos clave. En primer lugar, debe evaluarse antes de tomar cualquier decisión que afecte al bienestar del menor y, por tanto, antes de considerar llevar a cabo el procedimiento de determinación de la edad. Para que se decida iniciar este procedimiento, primero deberá haberse evaluado el interés del menor con la información que se posee del mismo y su entrevista personal. Si, tras este análisis se entiende que el procedimiento no es necesario y útil, el examen no deberá llevarse a cabo¹³⁹. Para esta primera fase, la EASO ha creado un formulario¹⁴⁰ diseñado para que las autoridades puedan verificar que se ha tenido en cuenta toda la información relevante y las garantías necesarias. Así, será necesario comprobar los datos disponibles del sujeto, así como señalar si se cumplen una serie de precondiciones (si se ha solicitado protección internacional, si la edad se desconoce, si existen dudas sustanciales, si se ha recabado información, etc.) y especificar si se han cumplido ciertas garantías previas al proceso, como el nombramiento de tutor, el ejercicio del derecho a ser oído o la aportación de la información necesaria mediante intérprete. Por último, se comprobará que el procedimiento de determinación de la edad previsto para el caso de ser necesario, cumple con ciertas garantías. Una vez completo el formulario, se tomará una decisión sobre llevar a cabo el procedimiento.

Merece la pena destacar que, de acuerdo con el ya citado informe del Consejo de Europa¹⁴¹, sólo 12 Estados motivan la decisión de derivar a un individuo al procedimiento de determinación de la edad.

En segundo lugar, en el caso de que tras la evaluación anterior se decida iniciar el procedimiento de determinación de la edad, este procedimiento debe llevarse a cabo también de acuerdo con el principio del interés superior del menor. De acuerdo con el Comité de Derechos del Niño, el procedimiento de determinación de la edad debe tener en cuenta tanto la apariencia física como la madurez psicológica. Además, el Comité establece que:

“La evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana (...)”¹⁴².

¹³⁸ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, párr. 31.i) y OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, párr. 4.

¹³⁹ EASO, *Practical guide ...*, op. cit., p. 21.

¹⁴⁰ *Ibid*, Annex 2, p. 73.

¹⁴¹ *Age assessment: Council of Europe member...*, op. cit., p. 21.

De esta manera, el Comité subraya la importancia de aplicar el interés superior del menor al procedimiento de determinación de la edad y hasta que existan resultados concluyentes que indiquen la edad adulta del individuo. Al tratarse de una decisión con repercusiones fundamentales en la vida del MENA, deberá recogerse documentación que pruebe la determinación de su interés superior¹⁴³. En este sentido, la EASO ha creado un segundo formulario o lista de verificación del interés superior del menor durante el procedimiento de determinación de la edad¹⁴⁴. Este formulario está diseñado para asegurar el respeto de las garantías del procedimiento, por lo que comprobará el cumplimiento de las garantías analizadas en este Capítulo.

Por último, es importante mencionar que, como ya vimos, este principio tiene una especial relación con el derecho del menor a ser oído en los procedimientos que le afecten. Por tanto, en el caso de que no se cumplan los requisitos previstos en el art. 12 de la CDN, el interés del menor se verá también vulnerado. En el marco de la UE, si bien el principio del interés superior del menor es una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar todas las Directivas analizadas que afectan los menores migrantes¹⁴⁵, el derecho del menor a ser oído se encuentra recogido únicamente en ciertas disposiciones de las Directivas sobre protección internacional y en el Reglamento de Dublín¹⁴⁶. El interés superior del menor es, por tanto, una norma del procedimiento de determinación de la edad que informa al resto de derechos y garantías que se explican a continuación.

B. Beneficio de la duda. Presunción de minoría de edad

En el ámbito de la UE, el beneficio de la duda se encuentra recogido en el art. 25.5 de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos¹⁴⁷ y en el art. 13.2 de la Directiva 2011/36 contra la trata¹⁴⁸.

¹⁴² Observación general Núm. 6 (2005) sobre el trato de los menores extranjeros no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Doc. CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005.

¹⁴³ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pág. 19.

¹⁴⁴ Este formulario puede encontrarse en EASO, *Practical guide ...*, *op. cit.*, Annex 2, p. 75.

¹⁴⁵ Considerando 22 y art. 5 de la Directiva 2008/115 sobre retorno, ya citada; Considerando 22 y art. 13 de la Directiva 2011/36 contra la trata, ya citada; Considerando 18 y art. 20 de la Directiva 2011/95 sobre requisitos, ya citada; Considerando 33 y 25 de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos, ya citada; Considerando 9 y art. 23 de la Directiva 2013/33 sobre acogida, ya citada y Considerando 13 y art. 6 del Reglamento de Dublín, ya citado.

¹⁴⁶ Art. 31.3 de la Directiva 2011/95 sobre requisitos, ya citada; Art. 23.1 de la Directiva 2013/33 sobre acogida, ya citada y art. 6.3.d) del Reglamento de Dublín, ya citado.

¹⁴⁷ El art. 25.5 de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos, ya citada, establece en su primer párrafo que: “los Estados miembros podrán utilizar reconocimientos médicos para determinar la edad de menores no acompañados cuando se proceda al examen de una solicitud de protección internacional, cuando, de acuerdo con sus declaraciones generales u otros indicios pertinentes, los Estados miembros tengan dudas

El procedimiento de determinación de la edad no puede llevarse a cabo como práctica rutinaria. Éste deberá estar debidamente justificado y basado en dudas sustanciales sobre la edad alegada. Existirán dudas sustanciales cuando no pueda encontrarse documentación y la edad alegada contradiga varios elementos de prueba recogidos por las autoridades¹⁴⁹.

El beneficio de la duda es un principio y una garantía fundamental aplicable a lo largo de todo el procedimiento de determinación de la edad en los casos en los que no existe prueba documental acreditativa o ésta proviene de dudosa fuente. En primer lugar, cuando la edad alegada no se encuentra respaldada por documentación alguna, pero es coherente con otras pruebas, el principio del beneficio de la duda debe ser de aplicación directa y, por tanto, no debe llevarse a cabo procedimiento de determinación de la edad.

En segundo lugar, si se decide llevar a cabo el procedimiento de determinación de la edad, deberá aplicarse la presunción de minoría de edad del individuo a lo largo del mismo. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño estableció que la evaluación de la edad deberá realizarse:

“(…) otorgando 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”¹⁵⁰.

Mientras que no se determine la edad del individuo, deberán reconocérsele los derechos y garantías previstas en la CDN. Consecuentemente, como ya se analizó en el Capítulo anterior, se le deberá otorgar un alojamiento adecuado¹⁵¹, así como ciertos cuidados y protección. Según el citado informe de la EASO sobre la determinación de la edad¹⁵², de los 30 países examinados, sólo en 17 el individuo es tratado como menor de edad durante el procedimiento.

acerca de su edad. Si después, los Estados miembros todavía tienen dudas acerca de su edad, presumirán que el solicitante es un menor”.

¹⁴⁸ El art. 13.2 de la Directiva 2011/36 contra la trata, ya citada, establece que: “los Estados miembros garantizarán que, cuando la edad de una persona que haya sido víctima de trata de seres humanos sea incierta y existan razones para creer que es un menor, sea considerada como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia, apoyo y protección de conformidad con los arts. 14 y 15”.

¹⁴⁹ EASO, *Practical guide ...*, *op. cit.*, p. 23. La EASO distingue entre simples dudas y dudas sustanciales, siendo estas últimas las que determinan la necesidad del procedimiento de determinación de la edad.

¹⁵⁰ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pár. 31.i). Además, la OGC 4/23 (2017) anteriormente referida establece en su pár. 4 que “debe concederse el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando”.

¹⁵¹ Sobre el alojamiento de los MENA y su imposibilidad de internamiento vid. art. 17.4 de la Directiva 2008/11 sobre retorno, ya citada, y art. 11.3 de la Directiva 2013/33 sobre acogida, ya citada.

¹⁵² EASO, *Practical guide...*, *op. cit.*, p. 26.

En tercer lugar, si tras el proceso de determinación de la edad los resultados no fueran concluyentes, las autoridades los deberán interpretar a favor del solicitante de asilo, en aplicación del principio *in dubio pro refugio* o *in dubio pro minore*. Por tanto, si una vez realizados los exámenes médicos y teniendo en cuenta los márgenes de error de dichas pruebas, todavía existiesen dudas sobre su edad, deberá presumirse la minoría de edad de la persona sometida a las mismas. En este sentido, las Directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR) sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo establecen que:

“El margen de las apreciaciones inherente a los métodos para la valoración de todas las edades, se debe aplicar de tal manera que, en el caso de incertidumbre, el individuo pueda ser considerado un niño”¹⁵³.

El principio del beneficio de la duda es una garantía especialmente importante que debe aplicarse de manera amplia a los MENA, pues normalmente migran desprovistos de documentación. En el caso de que no hubiese recursos suficientes como consecuencia de una amplia afluencia de solicitantes de asilo, el beneficio de la duda debe ser aplicado en todo caso y la edad alegada por el solicitante debe ser aceptada hasta que las condiciones aseguren una eficiente determinación de la edad¹⁵⁴.

C. Uso del método menos intrusivo

El término invasivo hace referencia a la introducción de instrumentos u otros objetos en el cuerpo o en sus cavidades, así como el corte de tejidos. En cambio, el término intrusivo no sólo hace referencia a los efectos físicos, sino a toda intrusión en la privacidad de la persona. Al ser este último término más amplio, se hablará preferentemente de métodos intrusivos¹⁵⁵. En este sentido, como ya se adelantó, el Comité de Derechos del Niño estableció que:

“Para efectuar una estimación bien fundada de la edad, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños y, según proceda, a los adultos que los acompañen, en un idioma que el niño pueda entender”¹⁵⁶.

¹⁵³ ACNUR, *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Doc. HCR/GIP/09/08, de 22 de diciembre de 2009, p. 75.

¹⁵⁴ EASO, *Practical guide...*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁵ Para más información sobre la diferencia entre métodos invasivos e intrusivos y una explicación de estas características en cada método vid. el informe EASO, *Practical guide...*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁶ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, p. 4.

Es por tanto necesario llevar a cabo el procedimiento con rapidez, seleccionándose el método menos intrusivo y más preciso. Se habrán de tener en cuenta las circunstancias personales y las necesidades de cada individuo, analizando tanto su apariencia física como su madurez psicológica¹⁵⁷.

Además, el art. 25.5 de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos, ya citado, al regular la determinación de la edad durante el examen de una solicitud de protección internacional, establece que:

“Los reconocimientos médicos se llevarán a cabo dentro del pleno respeto de la dignidad de la persona, serán los de naturaleza menos invasiva y serán realizados por profesionales sanitarios cualificados a fin de obtener, en la medida de lo posible, un resultado fiable”.

El objetivo de esta garantía es asegurar el respeto de la dignidad del presunto menor sometido al procedimiento de determinación de la edad. Por tanto, en primer lugar y antes de decidir comenzar el procedimiento, deberá analizarse todo documento administrativo oficial y toda prueba disponible que posibilite su identificación. En segundo lugar, si las pruebas anteriores no proporcionan información suficiente sobre la edad, deberá llevarse a cabo un análisis en profundidad a través de métodos no médicos, por ejemplo, mediante entrevista, recabando información de otras fuentes oficiales o mediante análisis psicosocial. La entrevista inicial se adaptará a las necesidades, edad y sexo del presunto MENA y se realizará - en un idioma que comprenda - por profesionales cualificados, de manera que permita reunir datos y antecedentes personales para determinar la identidad del presunto menor, e incluso, de ser posible, la identidad de sus allegados. Por su parte, la consignación de información adicional reunirá las razones por las que el presunto MENA se encuentra separado, la evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad y las posibles necesidades de protección internacional¹⁵⁸.

Consecuentemente, los exámenes médicos, desaconsejados por el Comité de Derechos del Niño¹⁵⁹, no se realizarán más que como medida de última instancia, cuando los anteriores métodos susciten dudas sobre la edad¹⁶⁰. De acuerdo con el principio del uso del método menos intrusivo, entre los métodos médicos, se elegirán en

¹⁵⁷ La necesidad respetar la dignidad humana y de tener en cuenta tanto el desarrollo físico como el psicológico viene también subrayada en la OG (2005) 6, ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pág. 31.i).

¹⁵⁸ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, párs. 31.ii) y iii).

¹⁵⁹ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, pág. 4.

¹⁶⁰ Vid. estudio titulado *Study of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration*, de la Asamblea General de la ONU en su Sesión 15º del Consejo de Derechos Humanos, Doc. A/HRC/15/29, de 5 de julio de 2010, pág. 44.

primera instancia aquéllos libres de radiación¹⁶¹. Si, como última instancia, debieran utilizarse métodos radiactivos¹⁶², habrán de tomarse medidas para prevenir el riesgo de sufrir sus efectos negativos.

El carácter de intrusivo debe también valorarse en relación a la forma de llevar a cabo estos exámenes. Nunca deben imponerse ni optar por métodos que puedan resultar culturalmente inapropiados. Además, es necesario que los profesionales estén formados sobre las especificidades culturales y de género¹⁶³. Por otra parte, se garantizará la privacidad del paciente y nunca se utilizarán métodos que conlleven la desnudez o el examen de los genitales.

En la práctica, como pone de relieve el citado informe de la EASO sobre la determinación de la edad¹⁶⁴, de los 30 países examinados, 21 tratan de obtener información antes de recurrir al procedimiento. Por su parte, del informe del Consejo de Europa¹⁶⁵ se deduce que, de los 37 países estudiados, en 31 se revisa la documentación obrante antes de recurrir al procedimiento de determinación de la edad. Sin embargo, sólo en 8 se recaba información adicional. Unas prácticas que suponen no sólo el incumplimiento del principio del uso menos invasivo, sino también la vulneración del interés superior del menor.

D. Consentimiento informado

Como ya sabemos, los Estados Miembros de la UE normalmente utilizan diferentes pruebas médicas para determinar la edad de un presunto MENA. El art. 25.5 de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos, ya citada, establece que los Estados podrán utilizar métodos médicos para determinar la edad de MENA, dejando un margen de apreciación a los mismos para regular la cuestión del consentimiento. Sin embargo, en el ejercicio de este margen de apreciación, los Estados están obligados a su vez por la Carta de Derechos Fundamentales, debiendo respetar la dignidad, la integridad y la privacidad de la persona, así como los derechos del niño¹⁶⁶.

El consentimiento debe ser informado. Por tanto, en caso de que deba desarrollarse el procedimiento de determinación de la edad, el menor debe dar previamente su consentimiento, habiendo sido anteriormente informado - de una manera

¹⁶¹ Observación dental, imagen de resonancia magnética, ultrasonidos y evaluación del desarrollo físico.

¹⁶² Rayos X, radiografía de mano o muñeca, radiografía de clavícula, radiografía dental y radiografía de pelvis.

¹⁶³ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pág. 31.

¹⁶⁴ EASO, *Practical guide...*, *op. cit.*, Annex 4.

¹⁶⁵ *Age assessment: Council of Europe member...*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁶ Arts. 1, 3, 7 y 24 de la Carta de Derechos Fundamentales, ya citada.

adecuada a su edad, género, nivel de desarrollo y factores culturales y en un idioma que entienda¹⁶⁷ - sobre las posibles consecuencias legales o para su salud que conllevará este examen¹⁶⁸. La información se le debe otorgar de manera gratuita, respondiendo a las preguntas que el menor o su tutor tengan al respecto y debe existir prueba de que dicha información ha sido facilitada¹⁶⁹. En los casos en los que se prevé que el menor otorgue su consentimiento por sí mismo, se deberá evaluar su capacidad de otorgarlo.

El presunto MENA debe ser informado sobre su derecho a rechazar la participación en estas pruebas médicas y sobre las implicaciones que ello conlleva. En caso de que finalmente no otorgue su consentimiento, este hecho no puede constituir la única base para denegar su solicitud de asilo¹⁷⁰. La negativa a someterse a las pruebas deberá ser motivada por el presunto MENA, otorgándole la posibilidad de ser escuchado. En ciertos casos, la falta de consentimiento será suplida con la aportación de documentación adicional o con la selección de un nuevo método de determinación de la edad¹⁷¹. En caso de que los resultados arrojaran dudas, las autoridades deberán presumir la minoría de edad.

Un reciente informe publicado por la FRA¹⁷² muestra que, en todos los países miembros de la UE, se requiere el consentimiento de la persona y/o de su representante para realizar las pruebas médicas, no pudiendo llevarse a cabo en contra de su voluntad. De esta manera, 5 países miembros requieren el consentimiento tanto del menor como de su representante legal, 5 países prevén únicamente el consentimiento del representante legal del menor, 8 países solicitan únicamente el consentimiento del menor, mientras otros 8 requieren o el consentimiento del menor o el de su representante legal. Por último, se recuerda que 2 países no realizan test médicos.

Por otra parte, también el citado informe de la EASO sobre la determinación de la edad¹⁷³ muestra que, de los 30 países examinados, sólo 14 países tienen en cuenta la opinión del menor de acuerdo a su madurez, mientras que 5 la obtienen a través de su representante. Además, pone de manifiesto que, en caso de que el individuo rechace

¹⁶⁷ Para más información sobre cómo proporcionar información de manera adecuada al menor en el contexto migratorio vid. el informe titulado *Child-friendly information for children in migration*, publicado por el Consejo de Europa, febrero 2018, disponible en <https://rm.coe.int/child-friendly-information-for-children-in-migration-roundtable-confer/168078b512> (último acceso 16 de agosto de 2018).

¹⁶⁸ Directiva 2013/32 sobre procedimientos, ya citada, (art. 25.5.a).

¹⁶⁹ Para una exposición detallada sobre el contenido de la información que se debe proporcionar vid. informe EASO, *Practical guide...*, op. cit., p. 28.

¹⁷⁰ Directiva 2013/32 sobre procedimientos, ya citada, (art. 25.5.c).

¹⁷¹ EASO, *Practical guide...*, op. cit., pp. 28-29.

¹⁷² Ver informe titulado *Age assessment and fingerprinting...*, op. cit., pp. 9-11.

¹⁷³ EASO, *Practical guide...*, op. cit., Annex 4.

llevar a cabo el procedimiento, 15 países no lo considerarán automáticamente como adulto, 6 lo considerarán adulto si el rechazo no está justificado y otros 6 lo considerarán automáticamente mayor de edad.

Por último, el citado informe del Consejo de Europa¹⁷⁴, establece que, de los 37 países estudiados, sólo 26 países requieren el consentimiento informado del presunto menor y su representante. Además, en 26 países el individuo tiene el derecho a rechazar la participación en el procedimiento. Si lo rechaza, será considerado automáticamente adulto en 10 Estados.

E. Designación de tutor y representante legal

Tal y como se expuso al analizar las obligaciones de los Estados para la protección de los menores en el contexto migratorio internacional, los MENA deben recibir el nombramiento de un tutor a la mayor brevedad posible¹⁷⁵. Este nombramiento constituye una garantía procesal muy importante para el respeto del interés superior del MENA, ya que no podrá entablar los procedimientos de obtención de asilo u otros procedimientos hasta entonces¹⁷⁶.

Por ello, antes de que dé comienzo el procedimiento de determinación de la edad, y como consecuencia de la presunción de minoría durante el mismo, al MENA se le asignará un tutor, que podrá ser una persona o una organización. El tutor se encargará de la asistencia y representación del presunto MENA en los procedimientos que le conciernen. Debe encargarse de asegurar su interés, ejercitando la capacidad legal del menor siempre que sea necesario. Además, el tutor deberá ser informado y consultado sobre el procedimiento de determinación de la edad y, si el menor lo desea, podrá acompañarlo durante los exámenes y/o la entrevista personal. Es importante subrayar que, de acuerdo con el Comité de Derechos del Niño¹⁷⁷, el tutor deberá poseer conocimientos específicos sobre infancia, de manera que el interés del menor pueda quedar protegido y sus necesidades satisfechas. Además, los Estados deben establecer mecanismos adecuados para evaluar el ejercicio de la tutoría.

Por otra parte, al ser el procedimiento de determinación de la edad un procedimiento administrativo, con posibilidad de recurso incluso por vía judicial, se le

¹⁷⁴ *Age assessment: Council of Europe member...*, *op. cit.*, p.22.

¹⁷⁵ OG 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, pár. 17.

¹⁷⁶ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, párs. 20, 21, 33-38.

¹⁷⁷ *Ibid*, pár. 33.

nombrará un representante legal¹⁷⁸. Éste deberá tener conocimientos especializados en infancia y migración¹⁷⁹, defenderá al presunto MENA ante situaciones en las que exista un conflicto de intereses con la entidad tutora y se asegurará de que recibe la información en un idioma que comprende, de que sus opiniones son tenidas en cuenta y de que el procedimiento respeta los derechos del niño en todas sus fases.

La necesidad de designar un tutor en los procedimientos que afectan al MENA se recoge expresamente en el Derecho de la UE. Concretamente, en las Directivas de la UE contra la trata, en las Directivas sobre protección internacional y en el Reglamento de Dublín¹⁸⁰. Algunas de estas Directivas también establecen el acceso del MENA a representación legal gratuita¹⁸¹. Por su parte, el informe de la EASO sobre la determinación de la edad¹⁸² muestra que, de los 30 países examinados, 13 autorizan la asistencia de un tutor o representante legal durante el procedimiento, mientras que el informe del Consejo de Europa¹⁸³ establece que, de los 37 países estudiados, 26 designan un representante legal o un tutor al presunto menor durante el procedimiento de determinación de la edad.

F. Profesionales cualificados

De acuerdo con el informe de la EASO sobre la determinación de la edad¹⁸⁴, todo profesional que trabaje con MENA debe recibir formación específica sobre los derechos y las necesidades de los mismos, así como poseer las habilidades y competencias necesarias para trabajar con ellos. Según el Comité de Derechos del Niño¹⁸⁵, los programas de formación deben evaluarse periódicamente y comprenderán los principios y disposiciones de la CDN, el conocimiento del país de origen de los MENA, técnicas apropiadas de entrevista, desarrollo y psicología infantiles, sensibilidad cultural y comunicación intercultural.

Este principio es aplicable al procedimiento de determinación de la edad, por lo que requiere que los profesionales tengan conocimientos adicionales sobre el proceso y

¹⁷⁸ *Ibid*, pár. 36 y OG 14 (2013), ya citada, Doc. CRC/C/GC/14, pár. 96.

¹⁷⁹ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, pár. 16.

¹⁸⁰ Arts. 14.2 y 16.3 de la Directiva 2011/35 contra la trata, ya citada; arts. 31.1 y 2 de la Directiva 2011/95 sobre requisitos, ya citada; arts. 2.n) y 25.1.a) de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos, ya citada; arts. 2.j) y 24.1 de la Directiva 2013/33 sobre acogida, ya citada y art. 2.k) y 6.2 del Reglamento de Dublín, ya citado.

¹⁸¹ Art. 15.2 de la Directiva 2011/35 contra la trata, ya citada; art. 25.1.b) de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos, ya citada.

¹⁸² EASO, *Practical guide...*, *op. cit*, Annex 4.

¹⁸³ *Age assessment: Council of Europe member...*, *op. cit*, p. 33.

¹⁸⁴ EASO, *Practical guide...*, *op. cit*, p. 31.

¹⁸⁵ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, párs. 96 y 97.

sus garantías. En este sentido se pronunciaba el Comité de Derechos del Niño, al considerar que una estimación bien fundada debe ser llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta diferentes aspectos del desarrollo¹⁸⁶. Además, como se señaló en el apartado relativo a las medidas generales de aplicación de la CDN para protección de la niñez migrante, los Estados están obligados a proporcionar capacitación continua a los funcionarios encargados de la protección infantil y de la migración¹⁸⁷.

Las Directivas de la UE nombradas en el Capítulo anterior que regulan la situación del menor migrante también prevén la necesaria especialización del personal que se ocupe de los MENA¹⁸⁸.

G. Derecho a recurrir y revisar la decisión

Las decisiones administrativas que determinan la edad de una persona tienen una importancia crucial en sus vidas, pues condicionan su tratamiento en el país de acogida. Por tanto, esta decisión debe poder ser revisada o recurrida ante un órgano independiente adecuado¹⁸⁹ y se le debe proporcionar la información y la asistencia necesaria para ejercitar este derecho. Para ello, los Estados deben facilitarles asesoramiento legal en un idioma que comprendan, explicándoles el contenido de la decisión y su posibilidad de recurrirla. Los costes asociados a este recurso no serán afrontados por el presunto menor, pues en caso contrario este derecho no podría ser efectivamente ejercitado¹⁹⁰.

De acuerdo con el informe de la EASO sobre la determinación de la edad¹⁹¹, en el caso de que no sea posible recurrir la decisión directamente, deberá poderse recurrir por vía judicial o como parte de la solicitud de protección internacional. Además, si tras el procedimiento de determinación de la edad, el individuo aporta nueva documentación que pruebe su edad o las autoridades competentes reciben nuevas pruebas, la decisión se revisará con carácter urgente¹⁹².

¹⁸⁶ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, pár. 4.

¹⁸⁷ OGC 3/22 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, pár. 18.

¹⁸⁸ Art. 15.3.c) de la Directiva 2011/35 contra la trata, ya citada; art. 25.3 de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos, ya citada; art. 24.4 de la Directiva 2013/33 sobre acogida, ya citada y art. 6.4 del Reglamento de Dublín, ya citado.

¹⁸⁹ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, párs. 4 y 17.g).

¹⁹⁰ OG 14 (2013), ya citada, Doc. CRC/C/GC/14, pár. 96.

¹⁹¹ EASO, *Practical guide...*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁹² *Age assessment: Council of Europe member...*, *op. cit.*, pár. 178.

III. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD EN ESPAÑA

1. Normativa española

El régimen jurídico aplicable a los MENA en España no tiene una regulación unitaria, pues existen dos normas que diferencian el procedimiento según el menor esté o no documentado. Estas normas se encuentran tanto en el derecho de extranjería como en el derecho de menores. En primer lugar y en cuanto al derecho de extranjería, el apartado tercero del art. 35 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante LOEX)¹⁹³ regula el supuesto de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad, estableciendo que, en estos casos:

“Se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”.

Además, de acuerdo con el apartado cuarto del artículo anterior, una vez determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.

Por otra parte, el Título XI, Capítulo III del Real Decreto 557/2011 que contiene el Reglamento de la Ley 4/00, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante RLOEX)¹⁹⁴ trata la regulación jurídica relativa a los MENA, definiéndolos en su art. 189 como:

“El extranjero menor de 18 años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”.

Esta definición no recoge exactamente la definición de la UE y, además, añade la necesidad de apreciar riesgo de desprotección del menor.

Los arts. 191 al 195 del Reglamento están dedicados a la regulación del procedimiento de repatriación del MENA y las actuaciones previas imprescindibles que

¹⁹³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en vigor desde el 1 de febrero de 2000, *BOE* de 12 de enero de 2000.

¹⁹⁴ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, *BOE* de 30 de abril de 2011 y corr. err, *BOE*, de 18 de junio de 2011.

habrán de practicarse, mientras que los arts. 196 al 212 regulan la residencia y la documentación que se les ha de facilitar. Dado el particular objeto de este estudio, únicamente se va a detallar el contenido el art. 190 relativo a la determinación de la edad, que establece lo siguiente:

“1. Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre.

2. La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación.

3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.

4. En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

5. Tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita.

Consecuentemente, si la minoría de edad de un extranjero indocumentado no puede ser establecida con seguridad, se informará a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise. Además, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá en el plazo más breve posible la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias. El Decreto que dicte el Ministerio Fiscal determinando la edad del menor se inscribirá en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. En

este sentido, de conformidad con lo previsto por el art. 215, en la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil existirá un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación. El Registro contendrá en asientos personales, individualizados y numerados, determinados datos relativos a la identificación de los MENA cuando su minoría de edad sea indubitada o haya sido determinada.

En segundo lugar, en cuanto al derecho de menores, merecen especial mención los arts. 12 y 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM)¹⁹⁵. Por un lado, el art. 12.4 de la LOPJM, introducido por la modificación operada por la Ley 26/2015¹⁹⁶, vino a recoger una nueva norma para la determinación de la edad de los extranjeros, pero en esta ocasión circunscrita a los presuntos menores documentados, estableciendo que:

“Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas”.

Es importante destacar que esta disposición acoge la necesidad de que el Ministerio Fiscal realice un juicio de proporcionalidad a la hora de ponderar los documentos disponibles que pueden acreditar la identidad del presunto MENA, aspecto que se analizará más adelante. Además, este artículo refleja ciertas garantías principales del procedimiento de determinación de la edad, como el principio de la presunción de minoría durante el procedimiento, el principio de celeridad o la necesidad de que se otorgue información previa al consentimiento.

Por su parte, el art. 14.1 LOPJM recoge el denominado principio de actuación inmediata, por el que las autoridades y servicios públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar o de dar traslado y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

En tercer y último lugar, de conformidad con el art. 190.2 RLOEX, ya expuesto, el día 13 de octubre del 2014 se publicó la Resolución que contenía el Acuerdo por el

¹⁹⁵ 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, en vigor desde el 16 de febrero de 1996, *BOE* de 17 de enero de 1996.

¹⁹⁶ Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en vigor desde 18 de agosto de 2015, *BOE* de 29 de julio.

que se aprobó el Protocolo Marco Sobre Determinadas Actuaciones en Relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (en adelante Protocolo MENA)¹⁹⁷. Según su apartado primero, este documento, entendido como tipo o patrón de buenas prácticas, coordina las actuaciones del Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación cuando se localiza a un menor, la determinación de su edad y las actuaciones subsiguientes dirigidas a su repatriación o permanencia en España.

Sobre este Protocolo hay que comenzar exponiendo la particular definición de MENA que configura el apartado segundo del Capítulo I, como:

“El extranjero menor de 18 años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación, de acuerdo con el art. 189 REX”.

Podemos comprobar que esta definición difiere de la recogida en el RLOEX, siendo más restrictiva al requerir que el menor sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la UE.

En cuanto a los menores documentados, y como será expuesto posteriormente, este Protocolo prevé en el apartado sexto de su Capítulo II, que se pueda considerar a un presunto MENA indocumentado cuando presente un pasaporte o documento de viaje que reúna alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo. En este sentido, el Protocolo afirma lo siguiente:

“2. No obstante, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras a los efectos del artículo 25.1 LOEX serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

A) Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados.

B) Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente.

C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos.

D) Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española.

E) Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado.

F) Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento.

¹⁹⁷ Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, *BOE* de 16 de octubre de 2014.

- G) Incorporen datos inverosímiles.
3. Concurriendo cualquiera de las circunstancias anteriores se considerará, a los efectos de este Protocolo, que el extranjero se halla indocumentado.”

Por su parte, el Capítulo V del Protocolo MENA¹⁹⁸ recoge las actuaciones que deberán realizarse en cuanto a los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. Merece la pena destacar ciertas actuaciones concretas, si bien algunas de ellas serán detalladas a lo largo de este Capítulo. En primer lugar, su apartado primero establece la naturaleza, contenido y efectos de los expedientes de determinación de la edad. Se afirma que los expedientes incoados por el Ministerio Fiscal persiguen exclusivamente decidir con carácter cautelar y urgente si el presunto MENA debe ser acogido en un centro de protección de menores, considerando que el decreto del Ministerio Fiscal por el que se determina la edad tiene carácter meramente provisional, al poder ser modificado cuando se aporten datos o circunstancias sobrevenidas o que no se hubieran valorado por haberse conocido con posterioridad a la resolución.

En segundo lugar, el Protocolo MENA establece que los expedientes de determinación de la edad se incoarán y tramitarán como diligencias pre-procesales. Además, las peticiones de incoación de expediente deberán enumerar los motivos por los que se duda sobre la minoría de edad, y, en caso de existir documentación genuina del menor que haya sido expedida por autoridades extranjeras, se habrán de indicar los concretos indicios de sospecha sobre su fiabilidad o verosimilitud.

En tercer lugar, la decisión sobre la práctica de pruebas médicas compete exclusivamente al Ministerio Fiscal. Se afirma que el menor será trasladado a presencia del Ministerio Fiscal antes de proceder a ordenar la práctica de las pruebas médicas cuando así lo disponga el Fiscal tras valorar la información recibida por las fuerzas policiales. Se prevé el consentimiento informado del menor, estableciéndose que, en caso de negativa a prestar su consentimiento, será llevado ante el Fiscal, que tras recibirle declaración y tomando en consideración todas las circunstancias obrantes en el expediente, podrá determinar que se trata de un mayor de edad. Además, se estipula que las pruebas y los correspondientes dictámenes periciales sean realizados por personal médico especializado en la materia.

¹⁹⁸ *Ibid*, Capítulo V, apartados primero a sexto.

En cuanto a las pruebas a realizar, corresponde a los facultativos médicos según las leyes de su ciencia determinar las pruebas adecuadas para eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad del sujeto, si bien:

“Se recomienda seguir los parámetros y pautas de actuación fijadas en las Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los MENA, Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. En: Revista Española de Medicina Legal. 2011, Vol.37, número 1, enero-marzo”¹⁹⁹.

Por tanto, se acudirá a esa referencia documental para saber cuáles son las pruebas y métodos que se recomiendan y cómo han de realizarse. El Protocolo MENA también se refiere al contenido del informe médico, siendo indispensable la inclusión de una horquilla que fije la edad mínima y, si es posible, la edad máxima que se corresponderá con el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pueda tener.

Por último, el Decreto del Ministerio Fiscal contendrá una fundamentación de los hechos, una fundamentación jurídica y una parte dispositiva, siendo revisable en los casos previstos por el Protocolo MENA y debiendo notificar fehacientemente al interesado.

2. Principales carencias del sistema español respecto al procedimiento de determinación de la edad

A. Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño a España. Preocupaciones fundamentales en la materia y recomendaciones emitidas

De acuerdo con el art. 44 de la CDN, todos los Estados parte se comprometen a presentar al Comité informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos. 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.

Ya en 1994, las primeras observaciones finales del Comité de Derechos del Niño sobre el informe inicial de España²⁰⁰, mostraban la preocupación del Comité por el trato dado a los MENA que solicitaban asilo, recomendando a España que adoptase las medidas necesarias para que este colectivo disfrutase de los derechos reconocidos en la

¹⁹⁹ *Ibid*, Capítulo V, apartado quinto, párr. 5.

²⁰⁰ Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el informe inicial de España, Doc. CRC/C/15/Add.28, de 24 de octubre de 1994.

CDN. Las siguientes observaciones finales del Comité de Derechos del Niño sobre el segundo informe periódico de España se presentaron en 2002²⁰¹. En estas segundas observaciones, el Comité expuso su profunda alarma por las condiciones de los MENA, especialmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y recomendó a España que facilitase a los MENA información sobre sus derechos con arreglo a la legislación española y al Derecho internacional, en particular sobre el derecho a solicitar asilo.

En las penúltimas observaciones finales a España en 2010, el Comité se pronunció sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados presentados por España²⁰². En ellas, el Comité instó a España a que adoptase todas las medidas necesarias para dar curso a las recomendaciones de las observaciones finales anteriores sobre los MENA, que no se habían aplicado suficientemente. El Comité también mostró su inquietud por la falta de un proceso uniforme para determinar el interés superior del menor, así como por las diferencias entre las Comunidades Autónomas en la concepción y aplicación del principio. Por otra parte, si bien el Comité felicitó a España por la creación de un registro de MENA en la Dirección General de la Policía y por el protocolo elaborado por el Observatorio de la Infancia, mostró por primera vez su preocupación por los métodos utilizados para determinar la edad de los MENA, al variar de una Comunidad Autónoma a otra y al no tener necesariamente en cuenta cuestiones como las costumbres nutricionales que pueden influir en el desarrollo físico y psicológico del niño. En ese sentido, el Comité realizaba una serie de recomendaciones a España, algunas de las cuales resultan relevantes para el objeto de este trabajo. En primer lugar, el Comité instó a España a elaborar un protocolo uniforme para la determinación de la edad y a velar por que los procedimientos de determinación de la edad se lleven a cabo con métodos seguros y científicos, respetando la sensibilidad de los niños y las niñas y de manera justa, evitando todo riesgo de violación de su integridad física. En segundo lugar, recomendó a España que garantizase que, una vez hecha la identificación, se analicen las circunstancias de cada MENA, teniendo en cuenta su interés superior y su derecho a ser oído. En tercer lugar, consideró necesario que España proporcione capacitación sobre el asilo y las necesidades específicas de los niños, incluida la situación de los niños no acompañados y separados, las cuestiones relativas a la trata de personas y el trato de niños traumatizados, tanto al personal que trate con MENA, como a los funcionarios encargados de las solicitudes de asilo. Por

²⁰¹201 Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de España, Doc. CRC/C/15/Add.185, de 13 de junio de 2002.

²⁰²202 Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes tercer y cuarto combinados de España, Doc. CRC/C/ESP/CO/3-4, de 3 de noviembre de 2010.

último, recomendó a España tener en cuenta la ya analizada OG 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

Finalmente, el pasado 5 de marzo de 2018, el Comité de Derechos del Niño publicó sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España²⁰³. Si bien todos los derechos consagrados en la Convención son igualmente importantes, en estas observaciones el Comité identificaba de nuevo a los MENA como uno de los temas que requieren la atención más urgente²⁰⁴.

Aunque todas las recomendaciones realizadas sobre MENA en estas últimas observaciones finales nos parecen relevantes y merecerían ser objeto de estudio, en este trabajo -por motivos de espacio y de concreción de la temática- vamos a desarrollar las carencias señaladas en relación al procedimiento de determinación de la edad.

El Comité, en el apartado referente a los MENA, señala estar seriamente alarmado por el procedimiento de determinación de la edad²⁰⁵. Exponemos a continuación sus principales preocupaciones:

a) Competencia del Ministerio Fiscal

En primer lugar, al Comité le preocupa que, según la legislación española, el Fiscal esté facultado para llevar a cabo el procedimiento de determinación de la edad a los MENA.

Si bien no vamos a entrar a realizar un análisis exhaustivo de la naturaleza y configuración del Ministerio Fiscal en España – pues no es el objeto del presente trabajo-, debemos tener en cuenta ciertas notas relevantes sobre su competencia y el cauce procedimental que sigue en la determinación de la edad²⁰⁶. Como ya se ha visto, el art. 35.3 LOEX establece la competencia del Ministerio Fiscal para la determinación de la edad de los presuntos MENA siempre que no exista ningún procedimiento judicial abierto.

²⁰³ Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, Doc. CRC/C/ESP/CO/5-6, de 2 de febrero de 2018.

²⁰⁴ *Ibid*, pár.4.

²⁰⁵ *Ibid*, pár.44.

²⁰⁶ Para un análisis sobre la competencia y el procedimiento ante el Ministerio Fiscal durante el procedimiento de determinación de la edad vid. T. GARCIA GARCIA, *El procedimiento para la determinación de la edad de los extranjeros no acompañados. Base para un nuevo modelo*, Instituto universitario de estudios sobre migraciones, Madrid, septiembre 2017, pp. 396-434.

De acuerdo con el art. 124 de la Constitución española²⁰⁷, el Ministerio Fiscal se encarga, de:

“Promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

Por su parte, el art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²⁰⁸ enumera sus competencias. Todas ellas están relacionadas con funciones dentro de un proceso judicial, salvo la cláusula de cierre, que le asigna aquellas otras funciones que el ordenamiento jurídico estatal les atribuya. Cabe destacar varios párrafos de este art. 3 donde podría encuadrarse la competencia del Ministerio Fiscal en el procedimiento de determinación de la edad. Por un lado, el párrafo 7, modificado por la Ley 14/2003²⁰⁹ le asigna a este órgano la competencia para intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación. Por tanto, su actuación en relación a la protección y defensa de los menores queda enmarcada en el proceso civil y en presencia de un juez. Al no existir en principio un proceso judicial en los procedimientos de determinación de la edad, no parece que tenga cabida la representación por el Fiscal en dicho procedimiento.

Por otro lado, el párrafo 6 del art. 3 autoriza al Ministerio Fiscal a tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley. Aunque la edad forma parte del estado civil de la persona, vuelve a quedar incardinada su actuación dentro de un proceso judicial.

En este sentido, como ya se expuso anteriormente, el apartado primero del Capítulo V del Protocolo MENA establece que:

“2. Los expedientes incoados por el Ministerio Fiscal al amparo de dicho precepto y, en su caso la resolución adoptada, no persiguen la determinación de la edad del afectado en cuanto una de las manifestaciones de su estado civil, sino exclusivamente decidir con carácter cautelar y urgente, incluso si es posible durante el servicio de guardia si debe ser acogido en un centro de protección de menores de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor o por el contrario debe ser sometido al régimen ordinario de mayores de edad”.

Por tanto, cabe preguntarse si esta competencia del Ministerio Fiscal excede del ámbito judicial. Parece que el procedimiento de determinación de la edad no se

²⁰⁷ Constitución Española, *BOE* de 29 de diciembre de 1978.

²⁰⁸ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Entrada en vigor el 2 de febrero de 1982, *BOE* de 13 de enero de 1982.

²⁰⁹ Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Entrada en vigor el 26 de junio de 2003, *BOE* de 27 de mayo de 2003.

incardina en ningún proceso judicial, ni está dirigido a promover la acción de la justicia ante los tribunales, pues la decisión sobre la edad únicamente determinará un régimen de protección de menores. Así, si el individuo en cuestión resultara mayor de edad, podrá ser devuelto o expulsado del territorio nacional, mientras que, si resultara menor de edad, disfrutará de un régimen privilegiado de entrada y permanencia en el país, teniendo derecho a la regularización administrativa en España.

El propio Libro Blanco del Ministerio Fiscal²¹⁰ se ha pronunciado sobre su actuación extra-judicial, estableciendo que:

“Las funciones del Ministerio Fiscal deben desarrollarse principalmente en el ámbito judicial y no en el administrativo, por lo que han de limitarse al máximo todas las que no respondan a ese esquema. Estas últimas han de ser sometidas a profunda revisión por el Legislativo”.

Además, *Save the Children* ha denunciado en un reciente informe²¹¹ que, si bien es el Fiscal de Menores quien tiene la competencia para decidir sobre la práctica de las pruebas y para determinar la edad del interesado, de forma sistemática, estas se realizan sin su intervención²¹².

b) Uso de métodos intrusivos a pesar de la aportación de documentos

En segundo lugar, al Comité le preocupa seriamente el uso de métodos intrusivos de evaluación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos y a pesar de la existencia de decisiones del Tribunal Supremo relativas a esta práctica.

El art. 39.4 de la Constitución española proclama que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, tal y como es la CDN.

La prohibición establecida por el Comité de Derechos del Niño de que el procedimiento de determinación de la edad constituya una práctica rutinaria choca en España con la realización sistemática de pruebas a personas que incluso traen documentación acreditativa de su minoría de edad. Hemos de recordar en este sentido

²¹⁰ CONSEJO FISCAL, *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Madrid 2013, p.17, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/LIBRO_BLANCO.pdf?idFile=9cec580c-33b6-49a4-9848-d97493c72518 (último acceso el 16 de agosto de 2018).

²¹¹ Ver el informe titulado *Los más solos. Los fallos...*, ya citado, p. 79.

²¹² DEFENSOR DEL PUEBLO, *¿Menores o adultos?: Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, septiembre de 2011, pp. 102, 171 y 192, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

las palabras del Comité de Derechos del Niño cuando establece que los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria²¹³.

En el mismo sentido se ha pronunciado en España el Tribunal Supremo²¹⁴, haciendo referencia tanto a la errónea aplicación indiscriminada de las pruebas como a la necesidad de ponderar las razones para decidir si llevarlas a cabo. Así, el Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que no puedan realizarse pruebas de determinación de la edad a los MENA que disponen de documentos válidamente emitidos por las autoridades del país de origen sin una justificación razonable. Además, estableció que no pueden utilizarse indiscriminadamente las técnicas médicas invasivas para la determinación de la edad²¹⁵. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha continuado posteriormente dictando sentencias con la misma doctrina jurisprudencial. Entre la jurisprudencia más reciente se encuentra la Sentencia 720/2016²¹⁶, en la que dicho Tribunal resuelve que no tiene la condición de indocumentado quien posea un pasaporte expedido por las autoridades de su país de origen acreditando su minoría de edad.

A pesar de esta doctrina jurisprudencial, en la práctica se ha incrementado el número de quejas recibidas por la incoación de procedimientos de determinación de edad a menores que cuentan con pasaporte o con otra documentación acreditativa. Esta práctica parece haber sido consolidada en el ya analizado apartado sexto del Capítulo II del Protocolo MENA y en el art. 12.4 LOPJM (en su modificación dada por la Ley 26/2015), permitiendo que un menor sea considerado indocumentado de oficio por el Fiscal cuando éste considere que el documento no es fiable²¹⁷ o cuando el documento

²¹³ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, pár. 4.

²¹⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 453/2014 de 23 de septiembre y Sentencia núm. 452/2014 de 24 de septiembre, entre otras.

²¹⁵ Para un estudio exhaustivo de estas sentencias y sus consecuencias jurídicas vid. A. DE PALMA DEL TESO y A. GONZÁLEZ GARCÍA, “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Revista jurídica de Cataluña*, núm.3, 2015, disponible en <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2015/11/Art%C3%ADculo-determinaci%C3%B3n-de-la-edad.pdf> (último acceso 16 de agosto de 2018).

²¹⁶ España. Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 720/2016, de 1 de diciembre.

²¹⁷ La Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado en su *Nota interna núm. 2/2018 sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad* considera que la nueva redacción del art. 12.4 LOPJM, en su redacción dada por la Ley 26/2015, otorga al Ministerio Fiscal la potestad de realizar un juicio de proporcionalidad para considerar cuando un pasaporte o documento de identidad no es fiable.

sea una fotocopia o un documento considerado no acreditativo²¹⁸ (como un certificado de nacimiento²¹⁹), sin que dicho documento haya sido impugnado judicialmente.

c) Otras preocupaciones que derivan del procedimiento

Por último, al Comité le preocupan en concreto ciertos hechos que derivan directamente del procedimiento de determinación de la edad. Por un lado, llama la atención sobre el hecho de que los MENA queden excluidos del sistema de protección de la infancia como consecuencia de una incorrecta estimación de la edad y que acaben siendo víctimas de trata. Por otro lado, y haciendo referencia al tratamiento de los MENA de forma general, el Comité vuelve a hacer referencia -como ya hizo en sus observaciones finales de 2010- a los niveles inadecuados y desiguales de protección en las Comunidades Autónomas, incluyendo casos de carencia o retraso de asistencia jurídica, así como a la insuficiente información suministrada a los menores²²⁰.

d) Recomendaciones emitidas

Como consecuencia de lo anterior, teniendo en cuenta las observaciones generales citadas a lo largo de este estudio y recordando sus anteriores observaciones finales a España, el Comité, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España²²¹, ha realizado una serie de recomendaciones para ajustar el procedimiento de determinación de la edad a las disposiciones de la CDN.

En primer lugar, el Comité recomienda revisar la Ley 26/2015 y el Protocolo MENA. En segundo lugar, recomienda asegurar la protección jurídica efectiva de los MENA en todo el territorio y velar por que se les aplique el principio de no devolución. Además, España deberá tener en cuenta el interés superior del menor como consideración principal y deberá impartir a sus profesionales cursos de formación y orientación adicionales sobre la determinación del mismo. Por último, el Comité recomienda a España que elabore un protocolo uniforme para todo el territorio sobre los

²¹⁸ La práctica demuestra que es muy frecuente que los presuntos MENA obtengan tras su llegada una fotocopia del pasaporte o consigan el acta de nacimiento o el certificado de nacionalidad que, al carecer de datos biométricos, no permiten la identificación ni acreditan la fecha de nacimiento.

²¹⁹ España. Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal), Sentencia núm. 1015/2007, de 30 de noviembre. Esta sentencia establece que los certificados de nacimiento no son documentos lícitos-suficientes que hagan por sí solos prueba de su contenido sin necesidad de otro aporte justificativo o valoración posterior. Si hay una prueba médica de determinación de edad, cabe denegar la petición de la defensa de oficiar a consulados extranjeros para que aporten una partida de nacimiento del acusado.

²²⁰ Estas carencias se van a tratar en el apartado 2. B. del presente Capítulo.

²²¹ Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, ya citadas, Doc. CRC/C/ESP/CO/5-6, pág. 45.

métodos de determinación de la edad, que tenga carácter multidisciplinario y que sea respetuoso con los derechos humanos. Es muy importante que éste se utilice únicamente en casos de serias dudas sobre la edad comunicada y considerando las pruebas documentales u otros tipos de pruebas disponibles.

B. Comunicaciones presentadas contra España ante el Comité de Derechos del Niño. Posibles vulneraciones derivadas del procedimiento

La importancia de resolver el problema de determinación de la edad viene a su vez marcada por el número de comunicaciones presentadas contra España ante el Comité de Derechos del Niño.

Conviene recordar, en este sentido, que el procedimiento de comunicaciones - también conocido como procedimiento de quejas- es un mecanismo cuasi-judicial en el que la víctima de una violación de derechos humanos, bajo determinadas condiciones, puede demandar al Estado ante los Comités de Naciones Unidas. El fin último de este procedimiento es obtener el pronunciamiento del Comité correspondiente sobre la existencia de una violación del tratado (dictamen), con la concreción de medidas de reparación a la víctima²²². Es importante traer a colación que, muy recientemente, el Tribunal Supremo ha establecido en su Sentencia núm. 1263/18, que los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas son vinculantes, siendo presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia:

“Como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e incluso de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse”²²³.

El sistema universal de Naciones Unidas prevé el mecanismo de quejas individuales en 9 tratados, de los cuales 8 están en vigor²²⁴. En este sentido, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones²²⁵ -ratificado por 39 Estados entre los que se encuentra España²²⁶-

²²² Sobre las características generales del procedimiento de comunicaciones o quejas individuales vid. C. VILLÁN DURÁN y C. FALEH PÉREZ, *El sistema universal de protección de los Derechos Humanos. Su aplicación en España*, Ed. Tecnos, Madrid 2017, pp. 127-129.

²²³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), Sentencia núm. 1263/2018, de 17 de julio de 2018, FJ 8.

²²⁴ Para más información sobre el procedimiento de comunicaciones y los tratados que lo prevén vid. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

²²⁵ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, ya citado, Doc. A/RES/66/13.

establece la competencia del Comité de los Derechos del Niño para recibir comunicaciones individuales en relación a violaciones de la CDN y sus Protocolos facultativos.

Desde la entrada en vigor del Protocolo, el 14 de abril de 2014, se han presentado 46 comunicaciones ante el Comité de Derechos del Niño, de las cuales 29 han sido interpuestas contra España, lo que constituye el 63% del total²²⁷. Además, de esas 29 comunicaciones, 25 versan sobre el procedimiento de determinación de la edad a MENA. Hasta el momento, de las anteriores 25, el Comité ha inadmitido 2 y ha archivado 3 por desistimiento del autor, encontrándose 20 pendientes sobre esta materia específica²²⁸. Por el momento, el Comité de Derechos del Niño no se ha pronunciado sobre el fondo de las comunicaciones relativas al procedimiento de la edad en MENA, si bien es previsible que lo haga próximamente.

Las posibles vulneraciones de la CDN que se plantean en dichas quejas deben analizarse a la luz de lo expuesto en los capítulos anteriores del presente estudio, pues éstas derivarían de la falta de aplicación de los principios fundamentales y de las garantías procesales inherentes al procedimiento de determinación de la edad. Tal y como se recoge en la tabla anexa a este estudio, los artículos invocados por los comunicantes han sido, generalmente, el 2, 3, 8, 12, 18.2 y 20.1 de la CDN, que corresponden a los derechos enunciados a continuación.

a) Interés superior del menor

En primer lugar, como se ha visto anteriormente en este estudio, el interés superior del menor se vulneraría cuando no se procediera a su evaluación, caso por caso, antes de decidir llevar a cabo el procedimiento de determinación de la edad. Toda vez que en España este procedimiento es llevado a cabo de forma sistemática y rutinaria, cabría dudar sobre el cumplimiento del principio del interés superior del menor en esta fase previa.

²²⁶ Sobre el estado de las ratificaciones vid. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en (último acceso 16 de agosto de 2018).

²²⁷ La información sobre las comunicaciones presentadas puede encontrarse en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> (último acceso el 16 de agosto de 2018). Para información sobre las comunicaciones pendientes ante el Comité de Derechos del Niño vid. <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/TablePendingCases.pdf> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

²²⁸ Para una mejor exposición de las quejas, hemos elaborado una tabla que se adjunta a este estudio como Anexo, en la que se puede comprobar el número de comunicaciones presentadas hasta la fecha ante el Comité de Derechos del Niño, el país contra el que se ha interpuesto, la temática sobre la que versa, los artículos invocados y el estado actual en el que cada una de ellas se encuentra.

En segundo lugar, el interés superior del menor se considera vulnerado en todos aquellos casos en los que no se haya respetado la presunción de minoría de edad. Ello ha de ponerse en relación con lo establecido por el Comité de Derechos del Niño al afirmar que los documentos disponibles deben ser considerados auténticos salvo prueba en contrario²²⁹. Este es el caso de los menores que, como ya se analizó, llegan a España documentados y la fiabilidad de su documentación es cuestionada por el Ministerio Fiscal al considerar que concurre alguna de las circunstancias previstas en el apartado sexto del Capítulo II del Protocolo MENA. Como consecuencia de este juicio de proporcionalidad realizado por el Ministerio Fiscal, muchos presuntos MENA con documentos de viaje pasan a ser tratados como indocumentados. Por otro lado, el principio de presunción de minoría se vulneraría cuando al individuo en cuestión no se le considerase menor durante el procedimiento de determinación de la edad, con la consecuente falta de garantía de sus derechos que, en muchas ocasiones, lleva aparejada la detención.

En tercer lugar, las pruebas médicas que se utilizan habitualmente en España han sido consideradas intrusivas e inadecuadas tanto por el propio Comité -como ya hemos visto- como por el Defensor del Pueblo de España²³⁰. Las pruebas médicas no son utilizadas como último recurso y no suele llevarse a cabo otro tipo de pruebas de carácter psicosocial, como la entrevista. Además, la realización de cualquier estudio de determinación de la edad debe tener en cuenta la influencia de factores patológicos específicos, nutricionales, higiénico-sanitarios, etc., debiendo establecer un margen de más o menos dos años²³¹ y ser siempre motivado. Por tanto, la determinación de la edad parece carecer del carácter multidisciplinario u holístico que ha sido recomendado, no llegando si quiera a aplicarse el principio del método menos intrusivo.

La *Fundación Raíces* y la *Asociación Noves Vies*²³² consideran que, siguiendo el principio del método menos intrusivo, antes de someter a los menores indocumentados a pruebas médicas, las autoridades españolas habrían de ponerse en contacto con las

²²⁹ OGC 4/23 (2017), ya citada, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, pár. 4.

²³⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO, *¿Menores o adultos? ...*, op. cit., p. 169.

²³¹ Vid. el informe del Defensor del Pueblo durante el V Y VI Informe ..., ya citado p. 48, donde denunció que los informes radiológicos realizados a veces no recogen la horquilla de edades entre las que deberían estar comprendidos los sujetos examinados, ni informan sobre el posible error en la estimación.

²³² Vid. el documento titulado *Los menores extranjeros no acompañados en España. Informe alternativo al V y VI Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y sus Protocolos facultativos presentado por España*, de febrero de 2017, p.5, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/ESP/INT_CRC_NGO_ESP_27130_S.pdf (último acceso el 16 de agosto de 2018).

representaciones diplomáticas de los países de origen de los menores, solicitando su documentación.

En ocasiones, como consecuencia de una incorrecta determinación de la edad, un menor de edad puede ver vulnerado su derecho a tener garantizadas las condiciones necesarias para su correcto desarrollo. Este derecho, que se encuentra recogido en los arts. 27 y 29 de la CDN²³³, está íntimamente vinculado con la vulneración del interés superior del menor. Si bien corresponde en primer lugar a los padres proporcionarles un nivel de vida adecuado, en defecto de ellos el Estado debe intervenir, garantizando su desarrollo físico, mental y social, para lo cual necesitará, tan pronto como sea posible, la asignación de un tutor y de un centro de protección.

Por último, es importante señalar que, como norma del procedimiento, el interés superior del menor se verá afectado en la medida en que no se respeten las restantes garantías previstas para el procedimiento de determinación de la edad, pues deberán ser garantizados otros derechos como la audiencia del menor, la motivación de las decisiones, la intervención de personas expertas, así como todos los principios previstos en el Capítulo II, apartado 3, de este estudio.

b) Derecho a la no discriminación

Como ya vimos, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público no pueden ser aplicadas a los MENA como grupo o base colectiva²³⁴. En el momento en el que el procedimiento de determinación de la edad no garantice un procedimiento estándar para todos los MENA y tenga lugar un tratamiento diferenciado, se verá vulnerado el art. 2 CDN. La existencia de prejuicios sobre la validez de documentos de identidad o la credibilidad de personas de determinada nacionalidad no pueden influenciar estos procedimientos²³⁵.

c) Derecho a ser oído

Para que el MENA pueda formar su opinión, es necesario que se otorgue toda la información necesaria y que se le facilite apoyo a través de un intérprete, un representante legal y un tutor. De esta manera, el menor debe poder participar

²³³ Si bien los arts. 27 y 29 son invocados de forma recurrente en las comunicaciones presentadas ante el Comité de Derechos del Niño, en este estudio se han considerado íntimamente ligados al interés superior del menor. Además, su vulneración no trae consecuencia en un incumplimiento de las garantías del procedimiento de determinación de la edad, sino de una incorrecta aplicación del mismo.

²³⁴ OG 6 (2005), ya citada, Doc. CRC/GC/2005/6, pág. 18.

²³⁵ UNICEF, *Age assessment: A technical note*, 2013, pp. 13-14, disponible en <http://www.refworld.org/docid/5130659f2.html> (último acceso el 16 de agosto de 2018).

activamente en los procesos de toma de decisiones que les afecten, de acuerdo con sus capacidades y competencias, con su edad y madurez²³⁶. Además, el menor podrá decidir si se le escuchará directamente o a través de representante²³⁷. Consecuentemente, la falta de nombramiento de tutor, de representante legal o de intérprete constituiría una vulneración del derecho a ser oído. También deberá asegurarse que su opinión se produce en plena libertad y con la debida información²³⁸, no pudiendo faltar estos elementos.

En cuanto al momento en que se le debe oír, Comité de Derechos del Niño ha establecido que:

“Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones "en todos los asuntos" que le afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente.”²³⁹

Por tanto, el presunto MENA debe ser oído antes de que se lleve a cabo cualquier medida que pueda afectarle. Por tanto, su opinión deberá tenerse en cuenta a lo largo de todo el procedimiento de determinación de la edad y, en primer lugar, cuando las autoridades tengan dudas acerca de la prueba aportada por el solicitante. Además, en caso de que existan contradicciones en la posible edad del mismo, se le debe dar la oportunidad de aclararlas. En ciertas ocasiones, el demandante podrá probar la edad alegada remitiendo documentación adicional, pruebas o explicaciones aclaratorias.

En España, el art. 35.3 de la LOEX y el art. 190 RLOEX no hacen referencia a este derecho, ni a ofrecer una información comprensible sobre el procedimiento de determinación de la edad y sus consecuencias, ni a la audiencia.

De especial relevancia es la opinión del menor sobre otorgar o no su consentimiento informado para las pruebas médicas. El único requisito en el que hace hincapié el Protocolo MENA es en el de recoger su consentimiento en el acta, lo que no asegura el cumplimiento de las garantías establecidas. El Protocolo MENA no prevé que el menor pueda ser escuchado antes de decidir llevar a cabo el procedimiento ni después de que se lleven a cabo las pruebas médicas, antes de que el Decreto de determinación de la edad tenga lugar. De acuerdo con este Protocolo, el presunto menor

²³⁶ UNICEF, *Age assessment practices: A literature review and annotated bibliography*, 2011, p.10, disponible en https://www.unicef.org/protection/Age_Assessment_Practices_2010.pdf (último acceso el 16 de agosto de 2018).

²³⁷ OG 12 (2009), ya citada, Doc. CRC/C/GC/12, párr. 35.

²³⁸ *Ibid*, párs. 22, 23 y 25.

²³⁹ *Ibid*, párr. 26.

únicamente deberá ser oído cuando se niegue a prestar su consentimiento para la práctica de estas pruebas.

Se ha de recordar que el derecho a ser escuchado se mantiene a lo largo de todo el procedimiento de determinación de la edad, extendiéndose incluso tras la decisión con el derecho al recurso.

d) Derecho a la identidad

El derecho a la identidad se encuentra recogido en el art. 8 de la CDN. El art. 1 de la CDN define la infancia haciendo referencia a la edad. Dentro de la identidad, la edad es un aspecto fundamental de la persona, pues sin ella perdería su personalidad, aquello que le hace ser un individuo concreto con unas características determinadas. Además de la edad, podemos mencionar los aspectos culturales, tradicionales, raciales que conforman la identificación del menor.

Los Estados no deben interferir en la identidad de un individuo ni permitir injerencias, al tiempo que tienen la obligación positiva de conservar y rescatar los datos de su identidad que todavía subsistan o que puedan subsistir. Las autoridades públicas tienen la obligación de preservar y recabar todos los vestigios de la identidad del MENA por su condición de vulnerabilidad, teniendo en cuenta que el menor en cuestión no dispone de referentes familiares en el país de acogida.

En los casos en los que el Estado español le atribuye al presunto menor una edad y una fecha de nacimiento que no se corresponde con la documentación aportada, o no realiza ninguna acción para recabar información, se podría ver vulnerado el derecho a la identidad. Así, en cuanto a la documentación aportada, se debe tener en cuenta el art. 4.1 de la LOEX, que establece que:

“Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España”.

En la misma línea, recordamos que el Tribunal Supremo ha reconocido que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado, no pudiendo por tanto ser sometido a pruebas de determinación de la edad²⁴⁰.

²⁴⁰ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, 1ª Sección). Sentencia núm. 368/2015 del 18 de junio, FJ 3 y 4.

e) Derecho a ser protegido y asistido por el Estado

El interés superior del menor previsto en el art. 3 de la CDN se encuentra vinculado al art. 18 párrafo 2 y art. 20 párrafo 1, al proclamar el nombramiento de un tutor y representante legal para que el menor esté debidamente representado y amparado, es decir, alguien que pueda velar por sus intereses hasta que alcance la mayoría de edad. Si bien en España el Ministerio Fiscal es la institución encargada de velar por y defender el interés superior del menor en este tipo de circunstancias, ello no supe las funciones ni del tutor ni del representante legal, profesionales requeridos en el procedimiento de determinación de la edad²⁴¹. Recordemos que, aplicando el beneficio de la duda, debe nombrársele un tutor al presunto MENA tan pronto como se tenga conocimiento de su posible menor edad. A pesar de que el derecho a la asistencia letrada se encuentre configurado como garantía procesal tanto para la ejecución del principio de interés superior del menor como para realizar su adecuada audiencia, éste no está previsto en el Protocolo MENA. El Consejo General de la Abogacía Española, en su XXIV encuentro sobre Derecho de Extranjería y Asilo, Bilbao (2014) se pronunció al respecto, recomendando la inclusión en el Protocolo MENA de la asistencia letrada obligatoria para el presunto MENA en cualquier procedimiento administrativo relativo a la determinación de la edad.

Además, como garantía del procedimiento, todo interviniente en la determinación de la edad debería tener y/o recibir especial formación, incluyendo los tutores y los representantes legales. Sin embargo, el Protocolo MENA solo prevé la especialización de los facultativos que llevan a cabo los métodos médicos.

Por otra parte, *Save the Children* ha recomendado la creación de la figura del asesor independiente e imparcial, que les defienda a los menores ante situaciones de conflicto de intereses entre ellos y la entidad tutora²⁴². Es también importante subrayar que, de acuerdo con el art. 20 de la CDN, los Estados tienen la obligación de tomar medidas de atención y alojamiento a los menores privados de su entorno familiar, por lo que debería de disfrutar de ello, al menos, durante el tiempo en que se presume su minoría a lo largo del procedimiento de determinación de la edad.

²⁴¹ La participación de ambos será a su vez fundamental, como ya se ha visto, para garantizar que al presunto MENA se le otorga la información necesaria y la comprende, de manera que pueda ejercer su derecho a ser oído.

²⁴² Defensor del Pueblo de España, *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, 2005, p. 324, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/1994-01-Situaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-y-asistencial-de-los-extranjeros-en-Espa%C3%B1a.pdf> (último acceso 16 de agosto de 2018).

CONCLUSIONES

PRIMERA – En el contexto del fenómeno migratorio, el número de MENA ha crecido exponencialmente en los últimos años, lo que hace que se trate de un tema de gran interés y actualidad. Estos menores migran por diversas razones, entre las que figuran la persecución, los conflictos armados, la trata, la venta de niños y la búsqueda de mejores oportunidades económicas, encontrándose en una situación particularmente vulnerable por su condición de menores extranjeros y por su situación de no acompañados. La preocupación por proteger a los menores migrantes ha tratado de resolverse a través de su regulación en diferentes instrumentos jurídicos internacionales, tanto a nivel universal como en el plano regional europeo.

SEGUNDA – A nivel internacional, con carácter general, la CDN del año 1989 es el instrumento jurídico principal que establece los estándares mínimos que los Estados deben respetar en relación al tratamiento de los menores, completándose esta regulación mediante sus Protocolos facultativos. Los compromisos asumidos en la CDN han sido ratificados en 2016 a través de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes. En el contexto específico de la migración internacional, el Comité de los Derechos del Niño ha proporcionado orientaciones sobre las medidas que deben adoptarse para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de CDN. En primer lugar, mediante la OGC 6 (2005), con un ámbito de aplicación restringido por no ser de aplicación a los menores no acompañados o separados en situación de desplazados internos, y, muy recientemente, a través de las OGC 3/22 y 4/23 (2017) con un amplio alcance, extendiéndose a los menores en el contexto migratorio en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Estas últimas OGC, de gran importancia, establecen las medidas generales de aplicación, los principios jurídicos fundamentales y las obligaciones de los Estados para la protección de los menores en el contexto migratorio internacional.

TERCERA – A la luz de las OGC 3/22 y 4/23 (2017), las principales medidas generales de aplicación para la protección de los menores migrantes son la primacía de los derechos del niño en el contexto migratorio internacional, la función rectora de las autoridades responsables de los derechos de los niños, la asignación efectiva de recursos para asegurar la aplicación de las políticas y programas y la capacitación a los funcionarios que trabajen con estos menores. Por otra parte, en este contexto, los Estados deben guiarse en su actuación por los principios jurídicos de no discriminación y del interés superior del menor, por los derechos del menor a ser oído, a la vida, la

supervivencia y al desarrollo y por el deber de no devolución y de prohibición de expulsión colectiva. Además, los Estados parte de la CDN están obligados a adoptar medidas relativas a los derechos económicos, sociales y culturales para todos los menores que se encuentren bajo su jurisdicción. En este sentido, el objeto del presente estudio hace necesario destacar la prohibición de detención de menores por su condición de inmigrantes, la exigencia de que las leyes, políticas y prácticas de un Estado respeten garantías procesales adaptadas al menor en todos los procedimientos relacionados con la migración, la necesidad de asegurar el acceso del menor al territorio con independencia de la documentación que posea y, por último, las obligaciones relativas a la determinación de la edad, que informan el resto del trabajo.

CUARTA – En el plano regional europeo, particularmente en el marco del Consejo de Europa, los derechos de los menores migrantes se protegen, con carácter general, en varios Convenios, entre los que destaca el CEDH. Con carácter más específico, se encuentran el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños y en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. En el contexto de la migración internacional, pueden mencionarse la Resolución 2136 (2016) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Plan de acción para proteger a los menores refugiados y migrantes en Europa (2017-2019), adoptado por el Comité de Ministros. Específicamente en cuanto a la determinación de la edad, destacan las Resoluciones 1810 (2011) y 2195 (2017) de su Asamblea Parlamentaria y el Informe sobre las políticas, procedimientos y buenas prácticas publicado en 2017 por la División de los derechos del niño. Por otra parte, si bien el TEDH ha desarrollado una interesante línea jurisprudencial sobre la vulneración de derechos humanos de los menores migrantes que se encuentran en detención, aún no se ha pronunciado sobre el impacto del procedimiento de determinación de la edad en los derechos humanos de los MENA. En este sentido, se encuentra pendiente el caso *Darboe y Camara c. Italia*, habiéndose alegado la vulneración de la prohibición de trato inhumano o degradante (art. 3) y del derecho a la vida privada (art. 8) como consecuencia de una incorrecta determinación de la edad a presuntos MENA, que dio lugar a su encarcelamiento y a la falta de aplicación de los derechos y garantías previstos para este colectivo por la normativa internacional y europea.

QUINTA – En el marco de la UE, el compromiso general de esta organización internacional con los derechos humanos, tanto a nivel interno como en las relaciones que mantiene con el resto del mundo, se encuentra recogido en el TUE. La Carta de

Derechos Fundamentales, por su parte, recoge en el art. 24 los derechos del menor. En el contexto específico de la migración internacional, la preocupación por los menores migrantes se encuentra de forma fragmentada en normativa sectorial. Así, las Directivas que regulan el retorno, la trata de personas y la protección internacional establecen el principio de interés superior del menor como consideración principal, subrayan la particular vulnerabilidad de los MENA y definen ciertas garantías procesales. En materia de determinación de la edad, el art. 25.5 de la Directiva 2013/33 sobre procedimientos (en el marco de la protección internacional), regula las garantías procesales aplicables en el supuesto de que se utilicen métodos médicos. Además, es interesante en este sentido el Plan de acción sobre menores no acompañados (2010-2014) adoptado por la Comisión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados (2013), la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la protección de menores migrantes (2017) y la Guía práctica sobre la determinación de la edad, publicada por la EASO en marzo de 2018

SEXTA – Una cuestión esencial en relación con el tratamiento a los MENA en el contexto migratorio es la de la determinación de la edad, pues del resultado de este procedimiento dependerá la aplicación de la normativa prevista para la protección de la niñez migrante. La práctica demuestra que algunos jóvenes llegan afirmando falsamente o bien ser menores de edad para que se les conceda especial protección, o bien ser mayores de edad para evitar estas medidas que les impedirían llegar a su país de destino. Por ello, ante la falta de documentación o la aportación de documentos de dudosa autenticidad, se hace necesario determinar su edad. Actualmente, no existe regulación específica y uniforme acerca de cómo llevar a cabo el procedimiento de determinación de la edad a los presuntos MENA, lo que supone la disparidad de su tratamiento en los diferentes Estados y la vulneración de sus derechos fundamentales. No obstante, los Estados deben cumplir las obligaciones asumidas a nivel internacional, tanto en el plano universal como en el plano regional, sobre los derechos humanos de los MENA.

SÉPTIMA – De acuerdo con la normativa internacional de referencia, las OG del Comité de Derechos del Niño y las guías de buenas prácticas, entre los principios y garantías procesales aplicables al procedimiento de determinación de la edad se encuentran los deberes de usar un método multidisciplinario, de proteger el interés superior del menor, de respetar su presunción de minoría, de utilizar el método menos intrusivo, de informarle de forma gratuita, escucharle y obtener su consentimiento para

la realización de pruebas médicas, de nombrarle tutor y representante legal, de que el personal que va a llevar a cabo el procedimiento esté especialmente cualificado y de que exista la posibilidad de recurrir la decisión.

OCTAVA – El interés superior del menor es una consideración primordial que debe ser analizada, caso por caso, en dos momentos clave. En primer lugar, para decidir sobre la pertinencia de llevar a cabo el procedimiento de determinación de la edad, analizando la información que se posee y a través de su entrevista personal. En segundo lugar, en caso de que tras la primera evaluación se decida llevar a cabo el procedimiento, éste se realizará también bajo la aplicación de su interés superior, asegurando el respeto de todas las garantías procesales.

NOVENA – El procedimiento de determinación de la edad no puede llevarse a cabo de forma rutinaria, debiendo estar debidamente justificado y basado en dudas sustanciales sobre la edad alegada. En este sentido, la garantía del beneficio de la duda o de la presunción de minoría es aplicable antes de considerar llevar a cabo el procedimiento, a lo largo del mismo y, una vez realizadas las pruebas, si los resultados fueran inconclusos. Destaca particularmente la presunción de minoría durante la determinación de la edad, pues la aplicación de este principio conllevará que se le reconozcan al presunto MENA los derechos y garantías previstas para los menores en el contexto migratorio hasta que su edad sea determinada.

DÉCIMA – Entre los métodos de determinación de la edad, deberá elegirse el menos intrusivo y más preciso. Un equipo multidisciplinario habrá de evaluar el desarrollo físico y la madurez psicológica del presunto menor, asegurando el respeto a su dignidad y no utilizando en ningún caso métodos que conlleven la desnudez o el examen de los genitales. En primer lugar, se examinarán todos los documentos disponibles, presumiéndose auténticos salvo prueba en contrario. Si estos documentos no proporcionan información suficiente, deberá recabarse información de fuentes oficiales o realizarse entrevista. Como consecuencia de las dudas sustanciales que generan los resultados de los test médicos, que cuentan con un amplio margen de error y que no tienen en consideración las diferencias étnicas, los exámenes médicos no se deben poner en práctica más que como medida de última instancia, cuando los anteriores métodos susciten dudas sobre la edad. Entre los métodos médicos, los Estados deben abstenerse de utilizar los basados en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, debiendo elegir aquéllos libres de radiación. Si, como última medida,

debieran utilizarse métodos radiactivos, se tomarán medidas para prevenir los posibles riesgos.

DECIMOPRIMERA – En el caso de que deban llevarse a cabo métodos médicos, el presunto menor y/o su representante habrán de otorgar su consentimiento por escrito. Para ello, se le informará previamente al menor en un idioma que entienda y de manera adecuada a su edad, género, nivel de desarrollo y factores culturales, sobre las posibles consecuencias legales y para su salud. Asimismo, se le informará sobre su derecho a rechazar la participación en las pruebas, otorgándole la posibilidad de ser escuchado y sin que ello pueda constituir la única base para denegar su solicitud de protección internacional.

DECIMOSEGUNDA – Como consecuencia de la aplicación del principio de presunción de minoría durante el procedimiento de determinación de la edad, los presuntos MENA deben recibir el nombramiento de un tutor a la mayor brevedad posible y, en todo caso, antes de que se inicie el procedimiento. Además, al ser un procedimiento administrativo con posibilidad de recurso por vía judicial, al presunto MENA se le asignará un representante legal y se le ofrecerá la posibilidad de contar con un traductor. El nombramiento de todos ellos será indispensable para recibir la información adecuada, para ejercitar su derecho a ser oído y, consecuentemente, para el respeto de su interés superior.

DECIMOTERCERA – Todos los profesionales que trabajen con MENA deben recibir formación especializada sobre los derechos y las necesidades de este colectivo, sobre el procedimiento de determinación de la edad y sobre las anteriores garantías expuestas. En este sentido, los Estados están obligados a proporcionar capacitación continua a los funcionarios encargados de la protección infantil y de la migración.

DECIMOCUARTA – La decisión que ponga fin al procedimiento de determinación de la edad deberá ser motivada y notificada al interesado, debiendo quedar documentado el margen de error y asignando al individuo la edad más baja posible en atención al mismo. Esta decisión podrá ser revisada tras la aportación de nueva documentación y recurrida ante un órgano independiente, ya sea por vía judicial o como parte de la solicitud de protección internacional.

DECIMOQUINTA – En España tampoco existe una regulación unitaria aplicable a los MENA, encontrando ciertas disposiciones tanto en la normativa sobre extranjería, como en las normas referidas a los menores. Además, existen diferencias de

procedimiento según el menor se encuentre o no documentado. Por su parte, el Protocolo MENA desarrolla aspectos del procedimiento de determinación de la edad, excediéndose de su naturaleza y funciones como documento de buenas prácticas. Entre las lógicas enfrentadas de la política de protección a la infancia y de la política de extranjería debe prevalecer siempre la primacía de los derechos del niño. España debe adaptar su ordenamiento jurídico al Derecho internacional y, en concreto, a la CDN. En este sentido, España debería regular el procedimiento de determinación de la edad de manera uniforme y unitaria, a través de una ley o reglamento específico que cumpla con las garantías procesales expuestas.

DECIMOSEXTA – El Comité de Derechos del Niño en sus últimas observaciones finales a España, ha manifestado estar seriamente preocupado por el procedimiento de determinación de la edad en nuestro país, identificando dos principales carencias. En primer lugar, al Comité le preocupa que el Fiscal esté facultado para llevar a cabo este procedimiento. Esta preocupación parece acertada, pues todas las competencias atribuidas al Ministerio Fiscal por su Estatuto orgánico se encuentran incardinadas dentro de un proceso judicial. Sin embargo, el procedimiento de determinación de la edad no trata de promover ni se incardina en un proceso judicial, pues la decisión sobre la edad únicamente afectará al régimen administrativo de una persona. Una posible solución a esta problemática consistiría en modificar la legislación existente para garantizar que la competencia para la determinación de la edad, en caso de ser necesaria, recaiga en órganos judiciales, garantizando que se persiga el interés superior del menor en un proceso con todas las garantías.

DECIMOSÉPTIMA – Al Comité de Derechos del Niño le preocupa también el uso de métodos intrusivos de evaluación de la edad en España, incluso en los casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos y a pesar de la doctrina jurisprudencial que establece que no puedan realizarse pruebas de determinación de la edad a quienes disponen de documentos válidamente emitidos por las autoridades de su país de origen. El Protocolo MENA y la LOPJM (en su modificación dada por la Ley 26/2015) permiten que un menor sea considerado indocumentado de oficio por el Fiscal cuando considere que el documento no es fiable, cuando el documento sea una fotocopia o cuando el documento sea considerado no acreditativo por no incluir datos biométricos, como es el caso de los certificados de nacimiento. En este sentido, considera esta autora que, atendiendo a lo establecido el Comité, los documentos disponibles deberían considerarse auténticos salvo prueba contraria y, por tanto,

deberían prevalecer sobre el Decreto del Fiscal salvo que los primeros hayan sido invalidados judicialmente por falsedad documental mediante la correspondiente sentencia.

DECIMOCTAVA – Entre las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño a España merecen la pena destacar, en línea con las conclusiones anteriores, la exigencia de la revisión de la Ley 26/2015 de protección a la infancia y a la adolescencia y del Protocolo MENA y la necesidad de que España tenga en cuenta el interés superior del menor como consideración principal e imparta a sus profesionales cursos de formación y orientación adicionales. Además, es también relevante la recomendación de elaborar un protocolo uniforme para todo el territorio nacional sobre los métodos de determinación de la edad, que tenga carácter multidisciplinario y que se utilice únicamente en caso de serias dudas sobre la edad comunicada, teniendo en cuenta en primer lugar la prueba documental u otro tipo de prueba disponible.

DECIMONOVENA – Por último, conviene llamar la atención sobre las numerosas comunicaciones relativas al procedimiento de determinación de la edad en MENA, presentadas contra España ante el Comité de Derechos del Niño a través del mecanismo de quejas y respecto a las que, a fecha de cierre del presente estudio, dicho órgano todavía no se ha pronunciado. Estas comunicaciones alegan la violación de los artículos 2, 3, 8, 12, 18.2 y 20.1 de la CDN, considerados vulnerados como consecuencia de la falta de aplicación de las debidas garantías durante el procedimiento. En concreto, las carencias identificadas a través de este sistema señalan la práctica rutinaria y abusiva de métodos médicos considerados intrusivos, la consecuente vulneración de la presunción de minoría y del principio del método menos invasivo, la ausencia de un procedimiento multidisciplinar, la existencia de prejuicios sobre la validez de documentos de identidad de personas de determinada nacionalidad, la falta de audiencia del menor antes de decidir llevar a cabo el procedimiento de determinación de la edad o tras la realización de las pruebas, el retraso en el nombramiento de tutor, la ausencia de designación de representante legal, la falta de especialización del personal interviniente en el procedimiento, la ausencia de la aplicación de la horquilla de edad y de motivación en los informes médicos y la falta de notificación de la decisión que pone fin al procedimiento.

ANEXO

País	Nº comunicación	Asunto	Artículos invocados	Estado de la comunicación
España	01/2014	Determinación de la edad durante el procedimiento por el que se garantiza protección especial a los niños privados de su medio familiar	CDN 3, 8, 18(2), 20(1), 27 y 29	Inadmitida
España	02/2015	Petición de régimen de visitas de tía con sobrina	CDN 3, 13, 14, 16, 39	Inadmitida
Dinamarca	03/2016	Deportación de niña a Somalia, donde se encontraría en riesgo de ser sometida a mutilación genital femenina	CDN 1, 2, 3, 19	Violación / Observaciones Comité
España	04/2016	Deportación sumaria de menor no acompañado a Marruecos, sin verificación de identidad o edad	CDN 3, 20, 37	Pendiente
Costa Rica	05/2016	Inscripción de nacimiento en Registro Civil	CRC 8	Inadmitida
Finlandia	06/2016	Concesión de custodia de los niños a un padre presuntamente violento y restricción del derecho de la madre a visitas	CDN 2, 3, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 19, 24, 29, 30	Pendiente
Dinamarca	07/2017	Deportación de una familia de Afganistán con dos niños tras convertirse al cristianismo	CDN 1, 2, 3, 19	Inadmitida
España	08/2016	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 3, 8, 20, 27, 29	Inadmitida
España	09/2017	Sometimiento del autor, en su supuesta calidad de niño migrante no acompañado, a test médico de determinación de la edad, y detención en centro de migrantes adultos	CDN 3, 8, 20, 27, 29	Archivada/ Desistimiento
Francia	10/2017	Expulsión forzada de una madre y sus hijos menores de un campamento romaní en los suburbios de Francia sin medidas de reubicación y sin posibilidad de asistir a la escuela	CDN 2, 3, 4, 24, 27, 28, 37	Inadmitida

España	11/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 3, 8, 18(2), 20, 27, 29	Pendiente
Bélgica	12/2017	Denegación de visado humanitario a niño abandonado marroquí acogido mediante "kafala" por una pareja belga-marroquí	CDN 2, 3, 12, 18, 19, 20	Pendiente
España	13/2017	Remoción de niños por madre detentora de la custodia desde Suiza (lugar de residencia) a España sin el consentimiento del padre, cumplimiento de derechos de visita	CDN 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 18, 19, 20, 27, 28, 29, 31, 35	Pendiente
España	14/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 3, en conjunto con 18 (2) y 20 (1), 8, 20, 27, 29	Pendiente
España	15/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 12	Pendiente
España	16/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 3, 8, 12, 20, 27, 29	Pendiente
España	17/2017	Falta de acceso a procedimiento de asilo por parte de niño migrante no acompañado y con documentos de identidad; no reconocimiento de minoría de edad para recibir protección	CDN 2, 3, 8, 12, 20, 22	Pendiente
España	18/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 3, 8, 20, 27, 29	Archivada/ Desistimiento
España	19/2017	Secuestro de recién nacido de clínica privada sin investigación debida	CDN 2, 3, 8	Pendiente

España	20/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 3, 8, 12, 20	Pendiente
España	21/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 3, 8, 12, 20, 27, 29	Pendiente
España	22/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 3, 8, 12, 20, 27, 29	Pendiente
Finlandia	23/2017	Práctica de circuncisión masculina a un bebé por su padre sin consentimiento materno	CDN 1, 2, 3, 16, 19	Pendiente
España	24/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos pendiente su deportación	CDN 3, 8, 20, 27, 29	Pendiente
España	25/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos pendiente su deportación	CDN 2, 3, 8, 12, 20, 27, 29	Pendiente
España	26/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 2, 3, 8, 12, 20, 27, 29	Pendiente
España	27/2017	Falta de acceso a procedimiento de asilo por parte de niño migrante no acompañado; no reconocimiento de minoría de edad para recibir protección	CDN 2,3, 8, 12, 20, 27, 29	Pendiente

España	28/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos	CDN 2,3, 8, 12, 20, 27, 29	Pendiente
España	29/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 3, 8, 20, 27, 29	Pendiente
Paraguay	30/2017	Falta de acceso a niña residente en Paraguay por parte del padre residente en Argentina; falta de ejecución de derechos de visita	CDN 3, 4, 5, 10, 18, 19	Pendiente
Dinamarca	31/2017	Posible separación de dos niños nacidos en Dinamarca de su madre china, a la que se le había denegado asilo y que escapó de su país tras ser sometida a aborto forzado	CDN 2, 3, 8	Pendiente
Dinamarca	32/2017	Deportación de niños con sus padres a Albania, donde la familia tiene una violenta contienda	CDN 19, 24, 27	Pendiente
Dinamarca	33/2017	Deportación de niños con sus padres a Albania, donde la familia tiene una violenta contienda	CDN 2, 3, 6, 28	Pendiente
Bélgica	34/2017	Condena a adolescente romaní y supuesta víctima de trata por robo, separándola de su bebé	CDN 2, 3(1), 37(b)(c)(d), 40(1)(2)(3) (4)	Pendiente
Alemania	35/2017	Dilaciones indebidas en procedimientos de asilo, impidiendo a un solicitante de asilo Sirio solicitar la reagrupación familiar con su familia en Siria	CDN 2, 3, 6, 9, 10, 24, 27, 39	Archivada/ Desistimiento
Dinamarca	36/2017	Deportación de pareja divorciada y su hijo a Pakistán, donde la madre con custodia alega que el niño sería separado de ella y entregado a la familia paterna	CDN 2, 3, 6, 28	Pendiente
España	37/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos pendiente su deportación	CDN 2, 3, 8, 12, 20, 27	Pendiente

España	38/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 2, 3, 8, 12, 20, 27	Pendiente
España	39/2017	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos. Pendiente su deportación	CDN 2, 3, 8, 12, 20, 27	Archivada/ Desistimiento
España	40/2018	Sometimiento del autor, en su supuesta calidad de niño migrante no acompañado, a test médico de determinación de la edad, y detención en centro de migrantes adultos	CDN 3, 8, 20, 27, 29	Pendiente
España	41/2018	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos pendiente su deportación	CDN 3, 8, 20, 27, 29	Pendiente
España	42/2018	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos pendiente su deportación	CDN 3, 8, 20, 27, 29	Pendiente
Dinamarca	43/2018	Expulsión de una familia de refugiados iraní con cuatro menores de origen a Italia, donde previamente habían vivido en la calle, sin acceso a educación o a asistencia médica	CDN 3, 22	Pendiente
España	44/2018	Sometimiento de niño no acompañado a pruebas médicas de determinación de la edad (test Greulich y Pyle); detención del mismo en centro de detención de migrantes adultos pendiente su deportación	CDN 3, 8, 20, 27, 29	Pendiente
Georgia	45/2018	Incomunicación prolongada de un menor por parte de sus padres en su domicilio, sin ningún contacto con el mundo exterior	CDN 19, 28	Pendiente
Suiza	46/2018	Deportación familia siria a Grecia	CDN 2, 3, 6, 12, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 37	Pendiente

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

I.- BIBLIOGRAFÍA

A. DE PALMA DEL TESO y A. GONZÁLEZ GARCÍA, “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 3, 2015.

ASYLUM INFORMATION DATABASE, *Detriment of the doubt: Age assessment of Unaccompanied Asylum-Seeking children*, 2015, disponible en <http://www.refworld.org/docid/568fcfb94.html>

C. MARTÍNEZ y C. DEL MORAL BLASCO, *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, Ed. Save the Children, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Madrid 2017.

C. VILLÁN DURÁN y C. FALEH PÉREZ, *El sistema universal de protección de los Derechos Humanos. Su aplicación en España*, Ed. Tecnos, Madrid 2017.

P. CRAIG y G. DE BÚRCA, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Sixth edition, Ed. Oxford University Press, Oxford 2015.

T. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento para la determinación de la edad de los extranjeros no acompañados. Base para un nuevo modelo*, Instituto universitario de estudios sobre migraciones, Madrid 2017.

FUNDACIÓN RAICES y ASOCIACIÓN NOVES VIES, *Los menores extranjeros no acompañados en España. Informe alternativo al V y VI Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y sus Protocolos facultativos presentado por España*, 2017, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/ESP/INT_CRC_NGO_ESP_27130_S.pdf

FUNDACIÓN RAÍCES y FUNDACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañado*, 2014, disponible en <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2014/05/SOLO-POR-ESTAR-SOLO.pdf>

G. NOLL, *Junk Science? Four arguments against the radiological age assessment of unaccompanied minors seeking asylum*, Oxford 2015, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2546221

MÉDICOS DEL MUNDO, *Age assessment for unaccompanied minors. When European countries deny children their childhood*, 28 de agosto 2015, disponible en <https://mdmeuroblog.files.wordpress.com/2014/01/age-determination-def.pdf>

ROYAL COLLEGE OF PAEDIATRICS AND CHILD HEALTH, *The Health of Refugee Children – Guidelines for Paediatricians*, 1999, disponible en <https://goo.gl/j2fr1R>

SAVE THE CHILDREN, *Los más solos: Los fallos en el sistema de acogida, protección e integración de los menores migrantes no acompañados que llegan a España*, de mayo de 2018, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/los_mas_solos_vok.pdf

SEPARATED CHILDREN IN EUROPE PROGRAM, *Review of current laws, policies and practices relating to age assessment in sixteen European countries*, 2011, disponible en <http://www.scepnetwork.org/images/17/166.pdf>

- *Position paper on age assessment in the context of separated children in Europe*, 2012, disponible en <http://www.scepnetwork.org/images/16/163.pdf>

UK HOUSE OF LORDS (EUROPEAN UNION COMMITTEE), *Children in crisis: Unaccompanied migrant children in the EU*, HL Paper 34, 2016, disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/lducom/34/34.pdf>

II.- TRATADOS INTERNACIONALES

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Entrada en vigor de forma general el 3 de septiembre de 1953 y para España el 4 de octubre de 1979. Instrumento de ratificación de España, de 26 de septiembre de 1979, *BOE* de 10 de octubre de 1979.

Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. Entrada en vigor de forma general el 26 de febrero de 1965 y para España el 5 de junio de 1980. Instrumento de ratificación de España de 29 de abril de 1980, *BOE* de 26 de junio de 1980.

Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977. Entrada en vigor el 1 de mayo de 1983. Instrumento de ratificación de España de 29 de abril de 1980, *BOE* de 18 de junio de 1983.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, Doc. A/RES/45/158, de 18 de diciembre de 1990.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por Resolución 44/25 de la Asamblea General de la ONU de 20 de noviembre de 1989, en vigor con carácter general desde 2 de septiembre de 1990, y para España desde 5 de enero de 1991. Instrumento de ratificación de España, de 30 de noviembre de 1990, *BOE* de 31 de diciembre de 1990.

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. Entrada en vigor de forma general, el 1 de julio de 2000 y para España el 1 de abril de 2015. Instrumento de ratificación de España, de 11 de noviembre de 2014, *BOE* de 21 de febrero de 2015.

Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997. Entrada en vigor el 1 de marzo de 2003. No ratificado por España.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por Resolución 54/263 de la Asamblea General de la ONU de 25 de mayo de 2000, Doc. A/RES/54/263, de 16 de marzo de 2001. Entrada en vigor el 18 de enero de 2002. Instrumento de ratificación de España, de 5 de diciembre de 2001, *BOE* de 31 de enero de 2002.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado por Resolución 54/263 de la Asamblea General de la ONU de 25 de mayo de 2000, Doc. A/RES/54/263, de 16 de marzo de 2001. Entrada en vigor de forma general el 18 de enero de 2002, y para España el 8 de abril de 2002. Instrumento de ratificación de España, de 1 de marzo de 2002, *BOE* de 17 de abril de 2002.

Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Entrada en vigor de forma general, el 1 de julio de 2010 y, para España, el 1 de diciembre de 2010. Instrumento de ratificación de España, de 22 de julio de 2010, *BOE* de 12 de noviembre de 2010.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, *DO C 306*, de 17 de diciembre de 2007.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, adoptado por Resolución 66/138 de la Asamblea General de la ONU de 19 de diciembre de 2011, Doc. A/RES/66/138, de 27 de enero de 2012. Entrada en vigor el 14 de abril de 2014. Instrumento de ratificación de España, de 19 de abril de 2013, *BOE* de 31 de enero de 2015.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, *DO C 202*, de 7 de junio de 2016.

III.- DOCUMENTACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

1. Asamblea General

Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, adoptada por Resolución 71/1 de la Asamblea General de la ONU de 19 de septiembre de 2016, Doc. A/RES/71/1 de 3 de octubre de 2016.

2. Agencias de las Naciones Unidas

ACNUR, Directrices sobre protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Doc. HCR/GIP/09/08, de 22 de diciembre de 2009.

OIM, *Information note on the protection of unaccompanied migrant children*, 2016, disponible en https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ICP/IML/IML-Information-Note-Protection-of-Unaccompanied-Migrant-Children.pdf

- *Human trafficking through the central Mediterranean route: Data, stories and information collected by the International Organization for Migration*, 2017, disponible en https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/IOMReport_Trafficking.pdf

UNICEF, *Age assessment practices: A literature review and annotated bibliography*, 2011, disponible en https://www.unicef.org/protection/Age_Assessment_Practices_2010.pdf

- *Age assessment: A technical note*, 2013, disponible en <http://www.refworld.org/docid/5130659f2.html>
- *Children on the move; Key facts & figures*, febrero 2018, disponible en <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Data-brief-children-on-the-move.pdf>

3. Comité de los Derechos del Niño

Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño sobre el informe inicial de España, Doc. CRC/C/15/Add.28, de 24 de octubre de 1994.

Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño sobre el segundo informe periódico de España. Doc. CRC/C/15/Add.185, de 13 de junio de 2002.

OG 5 (2003) del Comité de Derechos del Niño sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Doc. CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003,

OG 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño sobre el trato de los menores extranjeros no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Doc. CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005.

OG 12 (2009) del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado, Doc. CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009.

Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño sobre los informes tercer y cuarto combinados de España, Doc. CRC/C/ESP/CO/3-4, de 3 de noviembre de 2010.

OG 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Doc. CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013.

OGC 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, Doc. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, de 16 de noviembre de 2017.

OGC 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, de 16 de noviembre de 2017.

Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, Doc. CRC/C/ESP/CO/5-6, de 2 de febrero de 2018.

4. Informes

Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Juan E. Méndez), Doc. A/HRC/28/68, de 5 de marzo de 2015.

5. Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS – COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO:
<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/pages/crcindex.aspx>

Study of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration, de la Asamblea General de la ONU en su Sesión 15º del Consejo de Derechos Humanos, Doc. A/HRC/15/29, de 5 de julio de 2010.

IV.- DOCUMENTACIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA

1. Comité de Ministros

Council of Europe Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, Doc. CM(2017)54-final, de 19 de mayo de 2017 (Sesión 127).

2. Asamblea Parlamentaria

Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Unaccompanied children in Europe: issues of arrival, stay and return, Doc. 12558, de 21 de marzo de 2011.

Resolución 2136 (2016) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Armonizar la protección de los menores no acompañados en Europa, adoptada el 13 de octubre de 2016 (Sesión 35).

Resolución 2195 (2017) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Child-friendly age assessment for unaccompanied migrant children, adoptada el 24 de noviembre de 2017.

Child-friendly age assessment for unaccompanied migrant children, Doc. 14600, 6 de julio de 2018, disponible en <https://goo.gl/5bGFQR>

3. Informes

Thematic Report on migrant and refugee children prepared by the Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, de marzo de 2017, disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806fdd08

DIVISIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO, *Age assessment: Council of Europe member states' policies, procedures and practices respectful of children's rights in the context of migration*, septiembre 2017, disponible en <https://rm.coe.int/age-assessment-council-of-europe-member-states-policies-procedures-and/168074b723>

Child-friendly information for children in migration. Conference report, de febrero de 2018, disponible en <https://rm.coe.int/child-friendly-information-for-children-in-migration-roundtable-confer/168078b512>

First report on the activities of the Secretary General's Special Representative on Migration and Refugees, de febrero de 2018, disponible en <https://rm.coe.int/first-report-on-the-activities-of-the-secretary-general-s-special-repr/168078b7ff>

4. Noticias

Newsroom: SRSG on migration and refugees: fact-finding mission to Spain, disponible en <https://www.coe.int/en/web/portal/-/srsg-on-migration-and-refugees-fact-finding-mission-to-spain>

5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (documentos)

Resumen del caso pendiente Darboe y Camara c. Italia, disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Italy_ENG.pdf

AIRE CENTRE, DUTCH COUNCIL FOR REFUGEES y ECRE, *Written submission to the European Court of Human Rights (Darboe y Camara v. Italy)*, 5 de julio de 2017, disponible en <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Darboe%20Camara%205072017%20final%20INTERVENTION%20ONLY%20as%20sent.pdf>

V.- DERECHO Y DOCUMENTACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Derecho de la Unión Europea

A) Reglamentos

Reglamento (CE) núm. 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional y por el que se deroga el Reglamento (CEE) no 311/76 del Consejo relativo a la elaboración de estadísticas de trabajadores extranjeros, *DO L 199*, de 31 de julio de 2007.

Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, *DO L 180*, de 29 de junio de 2013.

B) Directivas

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, *DO L 348*, de 24 de diciembre de 2008.

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, *DO L 101*, de 15 de abril de 2011.

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, *DO L 337*, de 20 de diciembre de 2011.

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, *DO L 180*, de 29 de junio de 2013.

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), *DO L 180*, de 29 de junio de 2013.

2. Documentación de las Instituciones de la Unión Europea

A) Consejo

Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, *DO C 221* de 19 de julio de 1997.

Conclusiones del Consejo sobre la promoción y protección de los derechos del niño, Doc. 7775/17, de 3 de abril de 2017 (Sesión 3530).

Conclusiones del Consejo de la Unión Europea y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la protección de los menores migrantes, adoptadas por el Consejo, Doc. 10085/17, de 8 de junio de 2017 (Sesión 3546).

Revisión de las Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del niño (2017), adoptada por el Consejo, Doc. 6203/17, de 6 de marzo de 2017 (Sesión 3525).

B) Comisión

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

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Protección de los menores migrantes*, Doc. COM(2017) 211 final, de 14 de abril de 2017.

C) Parlamento Europeo

DG for Internal Policies, Citizens' Rights, *EU Framework of Law for Children's Rights and Constitutional Affairs*, 2012, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462445/IPOL-LIBE_NT\(2012\)462445_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462445/IPOL-LIBE_NT(2012)462445_EN.pdf)

Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea, Doc. 2012/2263(INI), de 12 de septiembre de 2013.

European Parliamentary Research Service, *Vulnerability of unaccompanied and separated child migrants*, 2016, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/595853/EPRS_BRI\(2016\)595853_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/595853/EPRS_BRI(2016)595853_EN.pdf)

3. Documentación de las Oficinas y Agencias de la Unión Europea

EASO, *Practical guide on age assessment*, EASO Practical Guides Series, Second edition, 2018, disponible en <https://www.EASO.europa.eu/sites/default/files/EASO-practical-guide-on-age-assesment-v3-2018.pdf>

EUROSTAT, *Asylum applicants considered to be unaccompanied minors - annual data*, disponible en <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tps00194&plugin=1>

- *Asylum applications (non-EU) in the EU-28 Member States, 2006–2017*, disponible en http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics

FRA, *Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les États membres de l'Union européenne. Rapport comparatif*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2013.

- *European legal and policy framework on immigration detention of children*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2017.
- *Fundamental Rights Report*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2017.
- *Age assessment and fingerprinting of children in asylum procedures. Minimum age requirements concerning children's rights in the EU*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2018.

FRA Y CONSEJO DE EUROPA, *Handbook on European law relating to access to justice*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2014.

- *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2014.
- *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2015.
- *Handbook on European non-discrimination law*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2018.

VI.- DOCUMENTACIÓN DE ESPAÑA

1. Normativa interna española

Constitución Española de 1978, *BOE* de 29 de diciembre de 1978.

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, en vigor desde el 16 de febrero de 1996, *BOE* de 17 de enero de 1996.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en vigor desde el 1 de febrero de 2000, *BOE* de 12 de enero de 2000.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Entrada en vigor el 2 de febrero de 1982, *BOE* de 13 de enero de 1982.

Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Entrada en vigor el 26 de junio de 2003, *BOE* de 27 de mayo de 2003.

Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en vigor desde 18 de agosto de 2015, *BOE* de 29 de julio.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, *BOE*, de 30 de abril de 2011 y corr. err. *BOE*, de 18 de junio de 2011.

Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, *BOE* de 16 de octubre de 2014.

2. Defensor del Pueblo

¿Menores o adultos?: Procedimientos para la determinación de la edad, Madrid 2011, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf>

Informe durante el V Y VI Informe sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos facultativos, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRC%2fNGO%2fESP%2f27125&Lang=en

3. Documentos Fiscalía

Libro Blanco del Ministerio Fiscal, 2013, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/LIBRO_BLANCO.pdf?idFile=9cec580c-33b6-49a4-9848-d97493c72518

Menores extranjeros no acompañados. Valoración de los documentos de identidad extranjeros en los expedientes de determinación de la edad, disponible en <http://web.icam.es/bucket/VALORACI%C3%93N%20DOCUMENTOS%20INDENTIDAD%20EXTRANJEROS.pdf>

Unidad de Extranjería, *Nota interna núm. 2/2018 sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad*, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/NOTA%20INTERNA%20NUM%202%20SEGUIMIENTO%20MENAS?idFile=0e9d5d93-d8df-4426-ab3a-51fcfd202df7

VII.- JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Grecia, núm. 13178/03, Sentencia de 12 de octubre de 2006.

Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica, núm. 41442/07, Sentencia de 19 de enero de 2010.

Bubullima c. Grecia, núm. 41533/08, Sentencia de 28 de octubre de 2010.

Rahimi c. Grecia, núm. 8687/08, Sentencia de 5 de abril de 2011.

Kanagaratnam c. Bélgica, núm. 15297/09, Sentencia de 13 de diciembre de 2011.

Popov c. Francia, núm. 39472/07 y 39474/07, Sentencia de 19 de enero de 2012.

Mahmundi y otros c. Grecia, núm. 14902/10, Sentencia de 31 de julio de 2012.

Mohamad c. Grecia, núm. 70586/11, Sentencia de 11 de diciembre de 2014.

A.B. y otros c. Francia, núm. 11593/12, Sentencia de 12 de julio de 2016.

Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta, núm. 25794/13 y 28151/13, Sentencia de 22 de noviembre de 2016.

S.F. y otros c. Bulgaria, núm. 8138/16, Sentencia de 7 de diciembre de 2017.

2. Jurisprudencia española

Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal), Sentencia núm. 1015/2007, de 30 de noviembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 453/2014 de 23 de septiembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 452/2014 de 24 de septiembre.

Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil). Sentencia núm. 720/2016, de 1 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), Sentencia núm. 1263/2018, de 17 de julio de 2018.

3. Jurisprudencia del Reino Unido

R. (en nombre de B.) v. London Borough of Merton, [2003] EWHC 1689 (Admin), Corte Suprema del Reino Unido, 14 de julio de 2003.

R. (en nombre de A.) v. London Borough of Croydon, [2009] UKSC 8, Corte Suprema del Reino Unido, 26 de noviembre de 2009.