CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS
DE NACIONES UNIDAS

35 PERÍODO DE SESIONES
EXAMEN PERIÓDICO UNIVERSAL
ESPAÑA 2020

INFORME SOBRE
LA SITUACIÓN DE LA INFANCIA MIGRANTE EN ESPAÑA

Julio 2019

Fundación Raíces es una organización sin ánimo de lucro creada en 1996 con el objetivo de defender y atender a menores, jóvenes y sus familias, españoles y extranjeros, que se encuentran en situación de exclusión social en España. A través del Programa de Asistencia Jurídica esta misión se concreta en la defensa y protección de los derechos de la infancia cuando éstos son vulnerados por las Administraciones públicas, y de forma especial, en la defensa de los derechos de los niños y niñas extranjeros que llegan solos y solas a España.

Fundación Raíces. C/Las Pedroñeras 41, local. 28043 Madrid (España)
www.fundacionraices.org Tel: +34913882770
Lourdes Reyzábal González-Aller. Presidenta Fundación Raíces.
Email: lourdes.reyzabal@fundacionraices.eu / juridico@fundacionraices.eu

Noves Vies es una organización no gubernamental formada por profesionales del ámbito social y jurídico cuyo principal objetivo es la promoción de la justicia social y asegurar la defensa y protección de los Derechos Humanos, especialmente los Derechos de los niños y niñas. De manera específica, es la única entidad en Catalunya que defiende y representa jurídicamente a niños migrantes no acompañados, consiguiendo pioneros pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento de determinación de la edad.

Associació Noves Vies: carrer Mossèn Anton 75-77, 1er. 08912 Badalona (Barcelona)
www.novesvies.org. Tel.: +0034646247743
Albert Parés Casanova, Presidente Associació Noves Vies
Email: albertparescasanova@icab.cat / associacio@novesvies.org

II. TRAYECTORIA ANTE NACIONES UNIDAS

1. Fundación Raíces y Noves Vies son unas de las organizaciones españolas más activas en el marco de las Naciones Unidas, especialmente ante el Comité de Derechos del Niño (en adelante "CDN") tras la ratificación por parte de España del III Protocolo Facultativo sobre un procedimiento de comunicaciones el 31 de enero de 2014.

2. Hasta la fecha Fundación Raíces ha presentado 11 comunicaciones individuales ante el CDN en representación de niños y niñas migrantes que se encontraban solos en España y cuyos derechos habían sido vulnerados por la Administración. El CDN ya se ha pronunciado sobre tres de estos casos, 4/2016, 16/2018 y 22/2018, condenando a España por vulnerar sus derechos contenidos en la Convención.

3. La asociación Noves Vies es la organización no gubernamental de España pionera en presentar comunicaciones individuales ante el CDN, con un total de 10, y ha obtenido el primer Dictamen sobre la comunicación 11/2017 que destaca la falta de garantías en los procedimientos de determinación de la edad de los menores extranjeros.

4. En el marco de las actividades del CDN de seguimiento de la aplicación de la Convención y sus Protocolos Facultativos por parte de España, ambas organizaciones presentaron un **Informe Alternativo**[1] en febrero de 2017, y una **actualización**[2] posterior, y las principales preocupaciones fueron recogidas en las **Observaciones Finales sobre los informes periódicos V y IV combinados de España**[3].

III. SEGUIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES ACEPTADAS POR ESPAÑA EN EL EXAMEN PERIÓDICO UNIVERSAL DE 2015.

5. Con motivo del Examen Periódico Universal (EPU) de 2020, elaboramos el presente informe para transmitir al Consejo de Derechos Humanos en qué medida España cumple con las recomendaciones aceptadas y anotadas en el EPU de 2015 en relación con la **protección de la infancia migrante en España.**

6. Asimismo, desde Fundación Raíces presentamos un **Informe conjunto** con el **European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)** y **Andalucía Acoge** sobre los rechazos en la frontera España-Marruecos.

1. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD

7. El Estado español recibió y acepto **una recomendación (R. 131.183)** dirigida a asegurar que el **Protocolo Marco para determinadas actuaciones en materia de Menores Extranjeros no Acompañados es consistente con los estándares internacionales, que se cumple y que su aplicación es supervisada de forma efectiva**.

---

[1] Informe Alternativo a los Informes IV y V de aplicación de la Convención de Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos por parte de España (2017). http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2018/01/Informe-alternativo-MENA-en-Espan%CC%83a.pdf

[2] Updates in relation to the Alternative Report (2017) http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2018/01/Update-Alternative-Report.pdf

[3] Comité de los Derechos del Niño (2018), Observaciones Finales sobre los Informes IV y V sobre España. Pp. 45 http://docstore.ohchr.org/

8. Este Protocolo[4] coordina las actuaciones de varias administraciones junto al Ministerio Fiscal y la Policía en la identificación de posibles menores extranjeros no acompañados. En la práctica, permite que las autoridades españolas duden de la minoría de edad de estos niños y niñas de forma sistemática, sometiéndoles a un procedimiento de determinación de la edad, dirigido por la Fiscalía, que da lugar a las siguientes vulneraciones de sus derechos:

9. **Vulneración de la presunción de minoría de edad:**

- **No se da validez a la documentación original** que los niños traen de sus países de origen ni aquella que es **expedida por las Autoridades de sus países de origen** en España, que **acredita su edad e identidad.** Esto solo ocurre con niños y niñas que llegan solos, nacionales de países africanos, principalmente Marruecos, Argelia, Senegal, Gambia, Costa de Marfil, República de Guinea, Ghana, Malí, Camerún y Nigeria, y de algunos países asiáticos, como India y Bangladesh. Nunca se duda de los documentos aportados por niños acompañados por sus padres o con adultos de la misma nacionalidad. Sin embargo, **la documentación de estos niños nunca es impugnada judicialmente.**
- Como consecuencia, **se les somete a pruebas médicas de edad de manera sistemática**, a pesar de su **escasa fiabilidad** y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto[5]. A veces se utiliza una única prueba médica para determinar la edad.
- En caso de existir documentación y pruebas médicas con resultados contradictorios entre sí, **se priorizan los resultados de las pruebas médicas**.
- Se les exige probar fehacientemente su minoría de edad, depositando en ellos toda la carga de la prueba.

10. **Vulneración del derecho a ser oído, a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento con las debidas garantías:**

- **Procedimiento no sometido al control jurisdiccional**. La competencia está atribuida al Ministerio Fiscal, concretamente a la Fiscalía de Extranjería.
- Audiencia del menor sin garantías: **sin asistencia letrada**, **sin darle acceso al expediente**, incluidos informes médicos y radiografías, ni copia del mismo.
- **Pruebas médicas intrusivas e inapropiadas**: repetición de pruebas radiológicas y exploraciones de los genitales.
- **Informes médicos que no cumplen los estándares científicos**: sin márgenes de error ni horquilla de edad, y sin los estándares establecidos por los Institutos de Medicina Forense de España[6].
- **El Decreto de edad no es recurrible judicialmente**.

---

[4] Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados (2014) https://www.boe.es/boe/dias/2014/10/16/pdfs/BOE-A-2014-10515.pdf (último acceso 17/07/2019)

[5] Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 452/2014 de 24 de septiembre (RJ 2014/4689), que fija doctrina jurisprudencial considerando documentado a todo inmigrante que porte pasaporte o documento equivalente de identidad, reproducida posteriormente en Sentencias nº 453/2014, de 23 de septiembre (RJ 204/4839), nº 11/2015 de 16 de enero (RJ 2015/121), Nº 11/2015 de 22 de mayo (RJ 2015/121), entre otras.

[6] Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. 21 de enero de 2011. http://www.elsevier.es/ (último acceso 17/07/2019)

- **Los recursos judiciales internos** para recurrir el decreto indirectamente son **inefectivos**: dilaciones indebidas, no se adoptan medidas cautelares de protección, pérdida sobrevenida del objeto del proceso.
- Cuando se decreta la mayoría de edad **no se les informa sobre cómo discutir esa decisión.**

11. Este procedimiento aboca a los niños a un limbo jurídico y social**:** para el sistema de protección de infancia son mayores de edad pero para el resto de las Administraciones siguen siendo menores porque cuentan con documentación acreditativa de su minoría de edad. Por ejemplo, muchos niños y niñas no pueden formalizar su solicitud de asilo como menores porque no cuentan con tutor legal que firme su solicitud.

12. Estas vulneraciones de derechos han sido denunciadas desde 2009[7], y por instituciones como el Defensor del Pueblo de España[8], el Defensor del Pueblo de Francia[9], el Consejo de Europa[10] y el Comité de los Derechos del Niño en sus dictámenes[11] y observaciones[12]. El Comité de Derechos del Niño ha llamado concretamente a los Estados a no utilizar pruebas óseas para la determinación de la edad[13].

13. Por ello, el Protocolo ha sido recurrido judicialmente por Fundación Raíces. Ha sido recientemente desestimado por el Tribunal Supremo por no ser susceptible de recurso judicial[14], y se encuentra pendiente de admisión ante el Tribunal Constitucional.

14. Actualmente, el Ministerio de Sanidad está impulsando una reforma del sistema de protección y del procedimiento de determinación de la edad a través del grupo de trabajo del Observatorio de Infancia[15] sobre "Menores Migrantes". Aunque se encuentra en fase de borrador, el Gobierno ya ha consultado a varias entidades sociales especializadas en infancia y próximamente se reunirá con los gobiernos de las Comunidades Autónomas.

---

[7] *Solo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados.* Fundación Raíces (2014). http://www.fundacionraices.org/ (último acceso 17/07/2019)

[8] *¿Menores o Adultos? Procedimientos para determinar la edad.* Defensor del Pueblo de España (2011). https://www.defensordelpueblo.es (último acceso 17/07/2019)

[9] Decisión del Defensor del Pueblo de Francia nº 2018-296 (2018). Paris. 3 diciembre 2018. Pág. 4, pp.4 Disponible en francés en https://juridique.defenseurdesdroits.fr. (último acceso 16/07/2019)

[10] Report of the fact-finding mission by Ambassador Tomáš Boček, Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, to Spain, 18-24 March 2018. SG/Inf(2018)25. 3 septiembre 2018. Disponible en inglés en: https://www.ecoi.net/de/dokument/1443311.html (último acceso 17/07/2019)

[11] Dictamen sobre comunicación individual 16/2018 A.L. c. España http://www.fundacionraices.org y Dictamen sobre comunicación individual 22/2018 J.A.B. c. España http://www.fundacionraices.org (último acceso 17/07/2019)

[12] Ibid. 3 pág 14, pp. 44 (preocupaciones), pp. 45. (propuestas).

[13] OG Nº6 (2005) sobre el Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen https://www.acnur.org/ y OG conjunta Nº 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Nº 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 http://docstore.ohchr.org/ (último acceso 17/07/2019)

[14] Sentencia 131/2018 de 31 de enero de 2018, del Tribunal Supremo. Pág. 19, Fundamento Jurídico segundo: *(...) sobre esa premisa, ya conocemos los acertados razonamientos que se dan por la Sala de instancia para rechazar que el Protocolo que se aprueba en la disposición impugnada en este proceso no puede considerarse como un reglamento y no puede ser revisada en vía contencioso-administrativa por el recurso directo."* https://supremo.vlex.es/vid/702778593 (último acceso 17/07/2019)

[15] http://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/ (último acceso 17/07/2019)

Respecto a la determinación de la edad, este borrador prevé una reforma del procedimiento que continúa adoleciendo de las mínimas garantías solicitadas por el CDN: asistencia letrada, enfoque multidisciplinar, validez de la documentación aportada por encima de las pruebas médicas salvo prueba en contrario, y la competencia continúa siendo del Ministerio Fiscal.

Recomendaciones

15. Derogación inmediata del Protocolo Marco sobre Menores Extranjeros No Acompañados.

16. Reforma, en el plazo de 1 año, del artículo 35 de la Ley de Extranjería[16] y del artículo 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor[17], a través del impulso la Proposición No de Ley aprobada por la Comisión de Infancia del Congreso de los Diputados[18], trasladando la competencia sobre determinación de la edad a los órganos judiciales. Inclusión de esta propuesta en el borrador del Modelo de Atención que se está elaborando desde el Ministerio de Sanidad.

17. Mientras tanto, llevar a cabo un procedimiento de determinación de la edad con todas las garantías recomendadas por el Comité, la EASO[19] y los Institutos de Medicina Legal de España, en aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: presunción de minoría de edad, asistencia letrada y respeto del derecho a ser oído, validez de la documentación acreditativa de identidad siempre que no exista prueba de contrario, y consideración de la persona como "documentada" a los efectos de la determinación de su edad.

2. PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES EN ESPAÑA

18. Las recomendaciones **131.184, 131.185, 131.186,** anotadas por España, instan al Gobierno a tomar **medidas legislativas y administrativas para reforzar la protección de los niños y niñas migrantes no acompañados.**

19. El artículo 172 del Código Civil y los artículos 12 y 18 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor asignan a las Comunidades Autónomas (en adelante "CCAA") la competencia para la protección de los niños y niñas que se encuentran en desamparo en España, incluidos los niños y niñas migrantes. Los problemas que detectamos se corresponden con **malas prácticas por parte de las CCAA** principalmente en Madrid y Andalucía, además de Ceuta y Melilla[20], Cataluña y País Vasco.

20. Las CCAA **no declaran la situación de desamparo de estos niños ni constituyen sus tutelas de manera automática**, dejándoles en guarda provisional o de hecho hasta que la Fiscalía determina su minoría de edad. En este período, que puede extenderse hasta los 9 o 10 meses, las CCAA no tiene responsabilidad legal sobre los menores ni sobre la protección y garantía de sus derechos. Como consecuencia, desde los centros de primera acogida:

[16] Artículo 35.3. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. https://www.boe.es/ (último acceso 15/07/2019)

[17] Artículo 12.4. Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069 (último acceso 15/07/2019)

[18] Documento Anexo I. Proposición no de ley adoptada por la Comisión de la Infancia y Adolescencia del Congreso de los Diputados.

[19] European Common Asylum Office (EASO, 2018), *Practical Guide on Age Assessment. Second edition.* https://www.easo.europa.eu (último acceso 15/07/2019)

[20] Ibid. 10.

- No se les apoya para tramitar su documentación, ni para recibirla desde sus países de origen, ni para tramitar sus pasaportes en las Embajadas y consulados de sus países de origen en Madrid (información, acompañamientos a Embajadas, pago de tasas). A los que no pueden tramitar su pasaporte en España, tampoco se les tramita la cédula de inscripción como documento de identificación, necesario para pedir la autorización de residencia.
- No se diseñan proyectos educativos individualizados ni se realiza una determinación de su interés superior en la que ellos participen.
- No se les inscribe a cursos de castellano ni de formación y no se les acompaña a hacer las inscripciones.
- Las condiciones materiales de los centros son inadecuadas e insuficientes: armarios, ventanas y camas rotas, baños con humedades e insalubridad. No existen suficientes camas para los niños, y muchos de ellos duermen en colchonetas en el suelo del pasillo y las habitaciones, sin ropa de cama ni pijama. No tienen acceso suficiente a comida, aseo, ropa y calzado, así como una atención individualizada y adecuada a sus necesidades por parte de los profesionales.
- Por ejemplo, el centro de Primera Acogida de Menores de Hortaleza, en Madrid, cuenta con 35 plazas y han llegado a dormir 150 niños[21]. Y algunos de ellos pasan días y semanas en un cuarto de la planta baja de nombre "el nido", donde permanecen sin salir, sin compartir espacios comunes con el resto de sus compañeros, a donde se les lleva la comida y sólo salen para ducharse, con la paradoja de que al ser un centro de régimen abierto, las puertas están abiertas y depende de la voluntad del niño aguantar o no ese "aislamiento". Cuando no se someten a él, se les sanciona y si salen del centro, se les prohíbe el reingreso, a no ser que vuelvan con la policía.
- No se les tramita la autorización de residencia como menores tutelados ni se les informa de su derecho a ella. Cuando cumplen 18 años salen del sistema de protección en situación administrativa irregular, pudiendo ser expulsados a sus países de origen. Esto ocurre mayoritariamente en el caso de niños y niñas que acceden al sistema de protección próximos a la mayoría de edad. En ningún caso salen del sistema de protección con autorización para trabajar. Tampoco son asesorados sobre su derecho a solicitar un permiso de residencia como jóvenes ex tutelados.
- Asimismo, a pesar de que el Reglamento de Extranjería[22] prevé el derecho de los menores migrantes a solicitar la nacionalidad española cuando lleven 2 años tutelados, prácticamente en ningún caso se informa de este derecho o se inician los trámites de su solicitud por parte de las CCAA.
- No se les brinda apoyo al cumplimiento de la mayoría de edad mediante la asignación de plaza en Programa de Autonomía para jóvenes entre 18 y 21 años. Las CCAA no cuentan con plazas suficientes para todos los menores tutelados.
- Existe un déficit en la identificación de niños y niñas susceptibles de solicitar protección internacional. Creencias como que "los menores de edad no pueden solicitar asilo" o "las personas que solicitan asilo nunca podrán volver a su país", están ampliamente extendidas entre trabajadores y niños, y disuaden a muchos de ellos de informarse siquiera sobre el procedimiento, incluso niñas posibles víctimas de trata. Además, cuando un niño quiere solicitar asilo necesita firma de su tutor legal, pero como muchos no están tutelados o son decretados mayores de edad se les impide formalizar su solicitud como tales.

[21] Documento Anexo II. Dossier prensa sobre la situación de los centros de protección de menores en España.

[22] Artículo referente a la nacionalidad de los niños extranjeros tutelados.

21. Esto provoca que muchos abandonen los centros de menores, exponiéndose a muchos riesgos (sufrir violencia, abusos sexuales, ser explotados, ser víctimas de tráfico de seres humanos, etc.)[23], y que terminen desapareciendo. Esto, sumado a la no constitución de medidas de protección por parte de las CCAA y a su no inscripción en el Registro MENA[24], provoca que se desconozca el número exacto de niños y niñas extranjeros bajo el sistema de protección en España[25]. En este sentido, el Ministerio de Sanidad ha planteado la creación de un registro unificado con los datos del RMENA, ADEXTRA[26], los expedientes de protección, de reforma y los decretos de edad, accesible la Policía y las CCAA.

22. El Ministerio de Sanidad propone además la creación de un Mecanismo Nacional de Derivación (MND), dependiente del Gobierno, que se encargaría de gestionar centros de atención inmediata solo para menores extranjeros en las principales vías de entrada en las costas de España, priorizando su retorno con la familia de origen. Durante su estancia, se correría el riesgo de que no dispusieran de tutor legal sino que serían "guardados" por el Estado. De nuevo, se encontrarían en un limbo legal sin ver sus derechos debidamente protegidos.

Este MND determinaría quiénes son sometidos al procedimiento de determinación de la edad por existir dudas de su minoría, quienes, estando acreditada su minoría corresponde declarar su situación de desamparo y asumir su tutela por una CCAA, o aquellos susceptibles de ser retornados con sus familias. Este modelo prioriza la celeridad y da una solución al reparto de niños y niñas entre CCAA, pero pone en peligro las garantías jurídicas, y plantea la creación de un sistema paralelo de protección a la infancia migrante que vulnera el principio de no discriminación (art. 14 Constitución Española) y obstaculiza su acceso en condiciones de igualdad a otros derechos.

Recomendaciones

23. Exigir que las CCAA declaren inmediatamente el desamparo y asuman automáticamente la tutela de los niños y niñas migrantes que se encuentran en España sin ningún adulto que se responsabilice de ellos, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)[27], con independencia de que el reparto de los niños le pueda corresponder al Ministerio de Sanidad y siempre considerando el ISM.

24. Asegurar que se asigna la misma cantidad económica a todas las CCAA por cada niño tutelado por ellas y que éstas cuentan con recursos suficientes para cubrir las necesidades de todos los niños y niñas bajo su protección; monitorear que los destinan a esos efectos en recursos directa o indirectamente gestionados por ellas, y que respetan sus derechos evitando

[23] Ibid 10.

[24] Registro de Menores Extranjeros no Acompañados dependiente de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, coordinado por la Fiscalía General del Estado (...). Art. 215 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd557-2011.html (último acceso 17/07/2019).

[25] Documento Anexo III. Dossier de prensa con cifras dispares sobre el número de niños y niñas migrantes en España.

[26] Registro de Personas Extranjeras en España de la Policía Nacional.

[27] Ibid. 17. *«Artículo 18. Actuaciones en situación de desamparo. 1. Cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria.*

cualquier trato discriminatorio, incluida la creación de un sistema paralelo para los menores extranjeros.

25. Tramitar, de oficio por la Delegación de Gobierno, las autorizaciones de residencia a todos los niños y niñas migrantes tutelados desde su puesta a disposición de los Servicios de Protección, asegurando que todos cuentan con permiso de residencia con vigencia de 1 año desde el cumplimiento de su mayoría de edad.

26. Asegurar, a través de las Fiscalías de Protección de Menores, que las CCAA cumplen sus obligaciones respecto a todos los niños y niñas bajo su tutela.

27. Asegurar el buen funcionamiento y actualización del Registro MENA, especialmente el registro del centro de menores al que ha sido trasladado, su declaración de desamparo y tutela automática por la CCAA, teniendo en cuenta que las tutelas no pueden duplicarse pero sí transferirse entre CCAA.

28. Asegurar el cumplimiento del art. 22 de la LOPJM[28], y que las CCAA garantizan su apoyo a los jóvenes ex tutelados a través de Programas de Autonomía y promoviendo su inserción socio-laboral tramitándoles la autorización de residencia correspondiente.

29. Incluir todas estas medidas en el borrador del Ministerio de Sanidad.

3. REPATRIACIONES DE MENORES MIGRANTES TUTELADOS

30. La recomendación **131.187** se refiere a la **adopción de medidas adecuadas para que los estándares internacionales y el principio del interés superior del menor sean tenidos en cuenta en los casos de repatriaciones de menores extranjeros no acompañados, y a que se adopten medidas legislativas para prevenir que estos niños se conviertan en víctimas de tráfico de personas**. España aceptó la primera parte de la recomendación y anotó la segunda, referente a las medidas legislativas.

31. Aunque no es un problema nuevo[29], a finales de 2018 el Gobierno reactivó el acuerdo con Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados de 2012[30]. En abril de 2019 tuvimos conocimiento de que al menos 23 menores marroquíes tutelados por la Comunidad de Madrid fueron trasladados a la Fiscalía para el inicio de su repatriación, donde se entrevistaron con una delegación del Gobierno marroquí, y no contaron con asistencia letrada. Muchos de ellos desaparecieron posteriormente por temor a ser devueltos a Marruecos.

32. La propuesta del Ministerio de Sanidad plantea la repatriación como única e ideal solución duradera y como una medida general que redunda en el Interés Superior de todos los

[28] Ibid 17. Artículo 22 bis.

[29] En los años 2000, el gobierno de España llevó a cabo de manera sistemática repatriaciones de menores marroquíes tutelados por las Comunidades Autónomas que no contaban con las garantías del debido proceso, algo que reconoció el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 183/2008 y 184/2008 al declarar que se habían vulnerado el artículo 24 de la Constitución Española, el acceso a un recurso judicial efectivo. Por esta razón, se modificó el Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica de Extranjería que en su 192 y ss. regula en la actualidad este procedimiento.

[30] Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-3140

menores. Y sólo se considera acreditado el desamparo cuando no existe familia en país de origen, cuando el desamparo se encuentra ya definido en el artículo 172 del Código Civil[31] .

Recomendaciones

33. Asegurar que el procedimiento de repatriación de menores cuenta con las garantías ya recogidas en el Reglamento de Extranjería (art. 192 y ss.), especialmente la asistencia letrada, el derecho a ser oído y la determinación formal del interés superior de cada niño o niña, así como el que se den las condiciones necesarias en su país de origen para que pueda ser adecuadamente protegido.

34. Fomentar la correcta aplicación de la ley a través de la formación a los profesionales del sistema de protección que trabajan directamente con estos menores, a Fiscales de protección de menores y a abogados que asisten en estos procedimientos.

35. Considerar cualquier actuación preliminar en aras de evaluar si existe la posibilidad de efectuar un "retorno voluntario" o una futura repatriación de un niño o niña como parte de un procedimiento de repatriación a los efectos de dicho reglamento.

4. REGULARIZACIÓN Y ACCESO AL MERCADO LABORAL

36. Las recomendaciones **131.48 y 131.118**, aceptadas por España, están dirigidas a **asegurar la protección del derecho a la sanidad y asistencia médicas de los migrantes en situación administrativa irregular, así como a atajar el desempleo juvenil y la lucha contra la discriminación de las personas migrantes en el ámbito del mercado laboral.**

37. El art. 196 del Reglamento de Extranjería[32] prevé la concesión de autorización de residencia a menores tutelados, no incluyendo su autorización para trabajar a partir de los 16 años. De hecho, las autorizaciones de residencia de menores tutelados recogen expresamente "*no autorizan a trabajar*" aunque lleguen a la edad laboral, discriminándoles respecto a los españoles y extranjeros reagrupados mayores de 16 años.

38. La tramitación de las solicitudes de residencia por arraigo y las modificaciones de autorizaciones de residencia a residencia y trabajo son muy lentas. Esta última, impone requisitos muy exigentes a las empresas que hace imposible la tramitación del mismo, además de exigir la presencia del empresario que realiza la contratación.

Recomendaciones

39. Reformar el artículo 35 la Ley 4/2000 para la concesión automática, en el momento de la declaración de desamparo, de la autorización de residencia y trabajo cuando cumpla 16 años en igualdad de condiciones que el resto de menores de edad, siguiendo las recomendaciones del Defensor del Pueblo.

40. Reformar el Reglamento de la Ley de Extranjería para que sea obligatorio que todos los menores tutelados alcancen la mayoría de edad provistos de la autorización de residencia y trabajo o de la nacionalidad en aquellos casos que cumplan con los requisitos, y que en las

[31] Artículo 172 Código Civil, modificado por el art. 2.13 de la Ley 26/2016, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Disponible en https://www.boe.es (último acceso el 17/07/2019)

[32] Ibid 25. Artículo 196. Residencia de los Menores Extranjeros no Acompañados.

modificaciones de residencia a residencia y trabajo se eliminen los actuales requisitos (pago de tasas al empresario, contratos a jornada completa y de 1 año de duración).

41. Facilitar la aplicación del artículo 186 del Real Decreto 557/2011, interpretando sus requisitos de acuerdo con el interés superior del menor.

42. Mientras tanto, acelerar la tramitación de los expedientes de arraigo y de modificación de autorización de residencia a residencia y trabajo.

43. Permitir que los solicitantes de asilo con solicitud en trámite que quieran solicitar permiso de residencia por régimen general de Extranjería puedan hacerlo con su tarjeta de solicitante de asilo como documento identificativo.

44. Incluir estas recomendaciones en el borrador del Ministerio de Sanidad.

5. VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA

45. Las **recomendaciones 131.83, 131.84, 131.167 y 131.183**, apoyadas por España, van **dirigidas a asegurar la protección de los niños migrantes frente a situaciones de violencia,** así como a **investigar y castigar las declaraciones que inciten al odio y a la discriminación contra ellos, especialmente cuando éstas provengan de funcionarios de policía, la judicatura, la administración penitenciaria o las autoridades migratorias**.

46. Muchos niños bajo la tutela y/o guarda de las CCAA relatan haber estado en condiciones de aislamiento, hacinamiento, y haber sufrido maltrato psicológico y físico por parte del personal de los centros de protección donde residen. Cuando esto ocurre, sus quejas no son escuchadas, no son acompañados al Hospital cuando ha habido lesiones ni a denunciar a la Policía. Incluso no se les concede permiso para salir físicamente del Centro o no se les autoriza a acceder a su documentación para identificarse en Policía. Cuando han logrado salir, la Policía les ha impedido formalizar la denuncia por falta del consentimiento de su tutor.

47. Las CCAA no cuentan con protocolos de prevención de la violencia por parte de personal de los centros de protección, constatado por el Defensor del Pueblo en la Comunidad de Madrid[33]. En algunos casos, las agresiones se han repetido por no haber tomado medidas preventivas, y muchos niños prefieren vivir en la calle. Fundación Raíces ha interpuesto denuncias en representación de niños y en la actualidad varios trabajadores están siendo investigados por delitos de agresiones ante juzgados de lo penal. Algunas agresiones han ido acompañadas de insultos racistas contra los niños extranjeros que podrían ser susceptibles de delitos de odio.

48. Recientemente, los niños migrantes están siendo víctimas de campañas de criminalización, incitación al odio y bulos mediáticos promovidos por organizaciones de extrema derecha y partidos políticos, que son ampliamente difundidos por los medios de comunicación y que están calando en la sociedad. El Ministerio de Sanidad asume parte de esta descripción del perfil de estos menores en su borrador.

<u>Recomendaciones</u>

[33] Documento Anexo IV. Contestación del Defensor del Pueblo al Expediente Nº 16001550, 21 de junio de 2019. "*No informa la consejería sobre si existe algún procedimiento interno de investigación y esclarecimiento de las agresiones, las medidas de prevención que se adoptan en el centro, o aquellas que se implementan en caso de que judicialmente se demuestre que ha existido una agresión contra un menor.*"

49. Implantar sistemas de prevención, detección, denuncia, intervención y reparación de cualquier situación de violencia en los centros de protección y reforma, que incluyan mecanismos de denuncia accesibles a los niños ante cualquier situación de violencia recibida por el personal de los centros. Que estos sistemas incluyan designación automática de abogado de oficio especializado en menores y/o violencia a cada niño que manifieste ser víctima de agresión por parte de personal del centro.

50. Crear un Plan para la prevención de la Criminalización de los Niños y Niñas extranjeros que incluya que la Fiscalía investigue y luche contra quienes sostengan discursos de odio y propaguen bulos en este sentido, y condenar públicamente la creación y difusión de falsos discursos que vinculen la inmigración con la delincuencia, la criminalización de este colectivo, fomentando seriedad y rigor en el tratamiento de este tema.

51. Asegurar que los medios de comunicación ejercen mecanismos de autorregulación y autocontrol sobre los contenidos que publican a este respecto.

52. Incluir estas recomendaciones en el borrador del Ministerio de Sanidad y en la Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia que se está tramitando actualmente en el Congreso de los Diputados, acelerando su tramitación.

6. RECHAZOS EN FRONTERA Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

53. España aceptó la **recomendación 131.173** relativa a **las garantías procesales de los migrantes que acceden al territorio español de manera irregular, incluyendo la asistencia letrada y de intérprete.**

54. La Ley 4/2015 de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana modificadora de la Ley de Extranjería, legalizó la práctica de las "devoluciones en caliente" ("rechazos en frontera") en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla. Esto vulnera el artículo 24 de la Constitución Española y los estándares internacionales sobre el derecho a un recurso judicial efectivo, como ya ha reconocido el Comité de Derechos del Niño en su Dictamen sobre el caso 4/2016[34], así como la Sala del TEDH en el caso ND NT contra España[35].

Recomendaciones

55. Derogar inmediatamente las provisiones legales sobre "rechazos en frontera", recogidas en la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000[36] y reforma del art. 58.3 b) para aplicar el procedimiento de devolución a cualquier persona interceptada intentando acceder por cualquier vía a Ceuta y Melilla.

56. Elaborar una instrucción dirigida a la Guardia Civil ("Orden de Servicio" o "Protocolo Operativo") para que las personas que accedan al territorio comprendido entre la frontera real y la frontera "operativa" sean identificadas, registradas, que sus necesidades sean evaluadas

[34] Dictamen CDN sobre comunicación individual 4/2016 D.D. c. España. 12 febrero 2019. https://www.ohchr.org/ (último acceso 17/07/2019)

[35] Sentencia de Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso N.T. y N.D. c. España (nº 8675/15 y 8697/15), de 3 de octubre de 2017. Disponible en inglés. https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion (último acceso 17/07/2019)

[36] Introducida por la disposición final primera de la Ley 4/2015 de 30 de marzo de 2015 de Seguridad Ciudadana sobre el Régimen especial de Ceuta y Melilla, disponible en https://boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3442-consolidado.pdf (último acceso 17/07/2019)

individualmente, se les garantice el derecho a la tutela judicial efectiva incluida la asistencia letrada y de intérprete antes de ser expulsadas.

7. OBLIGACIONES RESPECTO A LOS MECANISMOS INTERNACIONALES DE DDHH

57. La **recomendación 131.11**, apoyada por España, insta al Gobierno a **crear un comité interministerial para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en relación con los órganos de los tratados y para la organización de visitas-país en el marco de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos.**

58. En 18 de las 21 comunicaciones presentadas por ambas organizaciones, se solicitaron medidas provisionales de protección y ninguna de ellas fue cumplida por España al considerar que no son vinculantes jurídicamente. Como consecuencia, muchos de esos niños han desaparecido. En sus recientes Dictámenes sobre los casos 11/2017, 16/2018 y 22/2018, el CDN condena a España por incumplir las medidas cautelares y reconoce la vulneración del artículo 6 del III Protocolo Facultativo, siguiendo lo indicado por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General Nº 33[37].

59. Si bien el Gobierno ha promovido varios foros para tratar este asunto, de momento éstos no han tenido su reflejo en reformas legislativas ni en medidas concretas respecto a los casos sobre los que el CDN se ha pronunciado. Además, tampoco se está abordando este asunto en la propuesta del Ministerio de Sanidad.

Recomendaciones:

60. Cumplir inmediatamente las medidas provisionales y dictámenes del CDN por las administraciones correspondientes.

61. Establecer un procedimiento administrativo en el que el interesado pueda reclamar el cumplimiento de las medidas y dictámenes a la Administración, en caso de no realizarlo ésta voluntariamente. Los actos administrativos surgidos del mismo deben ser recurribles judicialmente.

[37] Observación general Nº 33 del Comité de Derechos Humanos de la ONU. 25 de junio de 2009. Pp 14*: "(...) el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos (...) un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación."* Pp. 27: "*(...) los Estados Partes deben dar pleno efecto a los dictámenes del Comité por todos los medios que estén a su alcance.";* pp. 29 *"(...) el Comité opina que, según una interpretación correcta del Pacto y el Protocolo Facultativo, los dictámenes emitidos respecto de las comunicaciones individuales no son meras recomendaciones sino que constituyen un elemento esencial del compromiso en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar un recurso efectivo a las personas cuyos derechos hayan sido violados".*