

Cuestionario del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes:

El fin de la detención migratoria de niñas, niños y adolescentes y su adecuada acogida y cuidado

España

ACCEM y Fundación Cepaim



Fecha: 20 de abril de 2020

1. Sírvese proporcionar información sobre medidas legislativas o políticas que prohíban o restrinjan el uso de la detención migratoria de niños y sus familias en su país. Agradeceríamos que tuviera la amabilidad de presentar el texto original de la legislación o política, acompañada de una traducción al inglés si está en un idioma distinto al inglés, francés o español.

La legislación española en materia de derecho de extranjería prohíbe la detención migratoria de menores en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE). Así lo establece la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (“Ley de extranjería”), en su artículo 62, párrafo cuarto, relativo al ingreso en dichos centros, cuando establece que *[n]o podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1. i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley*¹.

La alusión al artículo 62 bis, párrafo primero, letra i, indica la posibilidad de internar a menores acompañados cuando sus progenitores se encuentren detenidos en dichas instalaciones: *[l]os centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada. En particular, el extranjero sometido a internamiento tiene los siguientes derechos: (...) i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida.*

Se contempla como un derecho del padre o madre detenido, y no como una medida coercitiva o restrictiva de derechos dirigida al menor. El Tribunal Supremo anuló la frase *y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar* que aparecía al final de la letra i del citado precepto en 2015² al concluir que era contraria al artículo 17.2 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (“Directiva de retorno”). Esta disposición garantiza el alojamiento separado para familias y concede el derecho a que las personas detenidas tengan en su compañía a sus hijos menores de manera incondicionada. Por lo tanto, la sentencia declaró nula la condición de existencia de módulos específicos para familias del artículo 62 bis de la Ley de extranjería, así como el mismo inciso en el artículo 16, párrafo segundo, del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, cuyo contenido reproduce íntegramente aquel

¹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Recuperado de: <https://bit.ly/3atzeIM>.

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) n.º. 807/2015 (recurso n.º. 373/2014), de 10 de febrero de 2015. Recuperado de: <https://bit.ly/2VCABPO>.

precepto. El artículo 7.3 de este reglamento también se vio afectado para amoldarlo a las exigencias de la Directiva de retorno: *[s]e procurará que los internos que formen una unidad familiar estén juntos y tengan en su compañía a sus hijos menores, facilitándoles alojamiento separado que garantice un adecuado grado de intimidad.*³ Se eliminó el inciso *en la medida de lo posible*, que aparecía entre comas entre *facilitándoles* y *alojamiento separado*.

2. Sírvase proporcionar información sobre las alternativas a la detención migratoria de niños no privativas de la libertad existentes en su país (por ejemplo, soluciones de acogida en la comunidad) y explique cómo esas alternativas mejoran efectivamente la protección de los derechos de los niños migrantes y sus familias.

Como se ha señalado en la cuestión anterior, los menores extranjeros no acompañados no pueden ser detenidos en CIE; solo podrán internarse a menores en dichos establecimientos como ejercicio de un derecho del padre o madre a disfrutar de su compañía en esos centros.

Cuando las autoridades localizan a un posible menor extranjero indocumentado, se realiza un examen para determinar su edad (artículo 35.3 de la Ley de extranjería) y, si se confirma la minoría de edad, se pone a disposición de las comunidades autónomas para su protección (artículo 35.4 de la Ley de extranjería). La evaluación de la determinación de la edad en España se fundamenta en pruebas óseas conforme al atlas de Greulich y Pyle, con un amplio margen de error que el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha declarado ineficaz en reiteradas ocasiones⁴. Asimismo, se inicia un procedimiento para determinar si procede una repatriación, atendiendo a su interés superior, o si, en su defecto, se decreta su permanencia en España (artículo 35.5 de la Ley de Extranjería, artículo 192 del Reglamento que desarrolla la LOEX -“Reglamento de la Ley de extranjería”⁵-, y artículo 19 bis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁶); en este último caso, se le concede una autorización de residencia, sin que ello impida una posterior expulsión del territorio (artículo 35.8 de la Ley de extranjería). En España, su tutela correrá a cargo de las comunidades autónomas o de entidades con quienes aquellas hayan establecido un convenio para tal fin (artículo 35.11 de la Ley de extranjería).

Los menores extranjeros son tutelados en centros de acogida gestionados por las comunidades autónomas o aquellas organizaciones sociales referidas en el artículo 35.11 de la Ley de extranjería. Estos centros de acogida han sido definidos en España como “equipamiento especializado, diseñado para dar una atención temporal y con carácter de

³ Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Recuperado de: <https://bit.ly/2S7FFuL>.

⁴ Recientemente en su comunicación nº. 17/2017, de 18 de septiembre de 2019 (CRC/C/82/D/17/2017). Recuperado de: <https://bit.ly/2VlzYLo>.

⁵ 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. Recuperado de: <https://bit.ly/3agDpYc>.

⁶ 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. Recuperado de: <https://bit.ly/2xGVOQw>.

urgencia a niños y adolescentes que la precisen a causa de haber sido objeto de malos tratos, abusos o negligencias, o bien estar en situación de riesgo o desamparo, durante el tiempo estrictamente necesario para efectuar un diagnóstico y propuesta de futuro para la vida de los menores”⁷.

No obstante, existe también la alternativa del acogimiento familiar, conforme al Código Civil (“CC”), y siempre y cuando la decisión se formalice por escrito y cuente con el consentimiento de ambas partes, la acogedora, y el menor extranjero no acompañado cuando tenga madurez suficiente para otorgarlo. El artículo 173 del CC establece tres modalidades: acogimiento familiar de urgencia, especialmente para menores de seis años y por una duración inferior a seis meses; acogimiento familiar temporal, con una duración máxima de dos años; y acogimiento familiar permanente, para casos de menores con necesidades especiales o una vez transcurra el plazo de dos años referido anteriormente⁸.

3. Sírvase proporcionar información sobre las buenas prácticas o las medidas adoptadas en su país para proteger los derechos humanos de los niños migrantes y sus familias mientras se resuelve su situación migratoria, incluidos, entre otros, sus derechos a la libertad, la vida familiar, la salud y la educación (por ejemplo, garantizando el acceso efectivo a, entre otras, una recepción adecuada, la atención de la salud, la educación, el asesoramiento jurídico y la reunificación familiar).

Como se ha indicado, en España la ley (art. 62.4 de la Ley de extranjería) establece que no podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, y que los adultos internados en los CIE tienen derecho a tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar (art. 62-bis i). En la práctica, las familias (también monoparentales) con niños/as y adolescentes nunca son detenidas en España, y está previsto proporcionarles alternativas de acogida, generalmente en los dispositivos gestionados por las ONG.

En relación al acceso a la **SALUD** es de destacar que incluso con medidas legislativas más restrictivas⁹ que implicaban una merma de la asistencia sanitaria pública universal en España, el derecho a la salud de las personas menores de edad siempre estuvo legalmente protegido. En la regulación actual¹⁰, si bien se extiende el derecho al acceso al sistema de salud con pretensión de recuperar la universalidad del derecho a la salud, se vincula al cumplimiento de ciertos requisitos, tales como el empadronamiento. La división geográfica y administrativa en España y el reparto de competencias lleva a que en la aplicación práctica de una normativa cuyo espíritu era eliminar las barreras existentes en el acceso a la salud, se den situaciones en las que se emiten facturas por

⁷ Andrés, J., Baselga, C., Fleta, J., Magaña, M., Nuel, R. y Oliván, G. (1994). Centros de acogida de menores. *Anales Españoles de Pediatría*, 41(2), 97. Recuperado de: <https://bit.ly/2zdfegl>.

⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Recuperado de: <https://bit.ly/3ewYvF0>.

⁹ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Recuperado de: <https://bit.ly/2RUU9ho>.

¹⁰ Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. Recuperado de: <https://bit.ly/3ap1FqY>.

tratamientos recibidos por niños y niñas en el sistema público de salud. Esto se debe a que aquella normativa no recoge específicamente la garantía de acceso a la sanidad pública de personas menores de edad.

En relación al derecho a la **EDUCACIÓN** el artículo 9 de la Ley de extranjería establece que *[Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.* En la práctica se presentan algunas dificultades para los menores que intentan acceder directamente a la educación no obligatoria (Bachillerato).

En relación al derecho al mantenimiento del derecho a la **UNIDAD FAMILIAR**, en casos de llegadas a España sin documentación que acredite vínculo familiar entre un niño y la persona adulta que le acompaña, a través de pruebas de ADN se trata de aclarar la línea de parentesco para favorecer la permanencia de los menores en sus entornos familiares.

4. Sírvanse indicar los desafíos u obstáculos que se plantean en la elaboración y/o implementación de alternativas no privativas de la libertad a la detención de niños migrantes y sus familias.

El principal desafío para evitar el internamiento en los CIE de menores migrantes no acompañados es mejorar los procedimientos de determinación de la edad, ya que los procedimientos aplicados en la actualidad no respetan las garantías legales en todos los casos. Como se ha resaltado anteriormente, en los últimos años, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha expresado su preocupación sobre el procedimiento de determinación de la edad en España, tanto por la pruebas y métodos usados en dichas pruebas, como por no respetar los principios básicos y las garantías legales previstas en tema de protección a la infancia.

En lo relativo a la falta de valoración de la documentación oficial y original acreditativa de su minoría de edad y la obligación de someterse a pesar de contar con las mismas a las pruebas médicas de determinación de la edad existe una jurisprudencia nacional, que establece que *“el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada”*¹¹. En idéntico sentido se manifiesta la observación general conjunta

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º. 453/2013 (recurso n.º. 1382/2013), de 23 de septiembre de 2014 (recuperado de: <https://bit.ly/2RTrRnh>), y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º. 452/2014 (recurso n.º. 280/2013), de 24 de diciembre de 2014 (recuperado de: <https://bit.ly/3bzAHi5>).

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 Niño¹².

Respecto a la fiabilidad de las pruebas de determinación de edad basadas en la edad ósea, son un método predictivo que presenta desviaciones, tal y como establecen varias resoluciones e informes de diversas organizaciones no gubernamentales¹³. Según el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, las asociaciones pediátricas europeas han señalado categóricamente que la madurez de los dientes y los huesos no permite determinar con exactitud la edad de un niño, sino que ofrecen meras estimaciones, con un amplio margen de error de entre dos y tres años. Por esta razón el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha llamado a los Estados a no recurrir a los métodos de determinación de la edad ósea

Resulta asimismo necesaria garantizar una adecuada asistencia letrada a los menores durante el procedimiento de determinación de la edad. Dicha asistencia no siempre está garantizada tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013¹⁴ que establece que “[e]n diversas ocasiones hemos sostenido que una deficiente información de derechos hecha al interesado y más concretamente la falta de información sobre la posibilidad de recabar asistencia letrada de un abogado de oficio puede derivar en una situación real y efectiva de indefensión, que se agrava en los casos de extranjeros desconocedores del idioma y del Derecho español, indefensión que puede gozar de trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas (...) Ello implica que la privación a la recurrente de esa asistencia jurídica le ha impedido disponer de una asesoramiento técnico especialmente relevante, y que, en consecuencia, sí podemos decir que ha sufrido indefensión”.

5. ¿Qué apoyo podrían prestar otras partes interesadas (aparte de su Gobierno) para fortalecer el desarrollo y/o la implementación de alternativas no privativas de la libertad a la detención de niños migrantes y sus familias que mejoren la protección de sus derechos?

Como se ha detallado en los puntos anteriores, salvo en el caso de problemas en la correcta detección de la minoría de edad, no se producen casos de internamiento de menores. En este ámbito para una correcta determinación sería conveniente tener en cuenta los informes de las entidades que dan acogida a los menores. Hay que tener en cuenta que estas entidades cuentan con la tutela del menor en virtud de convenios establecidos para esta finalidad, en virtud del contenido del artículo 35.11 de la Ley de extranjería. Estas entidades que tiene contacto con los menores y desarrollan su labor con equipos interdisciplinarios pueden presentar informes psicológicos y sociales que pueden resultar

¹² Observación general conjunta nº. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y nº. 23 (2017) del Comité de 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. 16 de noviembre de 2017. CMW/C/GC4-CRC/C/GC/23. Recuperado de: <https://bit.ly/2VnspEk>.

¹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso) nº. 35/2012 (recurso nº. 125/2009), de 20 de enero de 2012. Recuperado de: <https://bit.ly/3cBC12J>.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) (recurso nº. 4353/2012), de 17 de junio de 2013. Recuperado de: <https://bit.ly/2VG95AR>.

determinantes para una correcta valoración. Sería adecuado que además de utilizar las pruebas de determinación de la edad como elemento de valoración, toda vez que las mismas no ofrecen una precisión de la edad, sino una horquilla de edad en la que se puede encontrar el sujeto, se pueda complementar la valoración con este tipo de informes.

El **Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados**¹⁵ no contempla que, a lo largo del procedimiento de determinación de la edad, el niño pueda actuar asistido por un abogado u otra persona que le represente, al efecto de garantizar sus derechos. Sin embargo, la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE¹⁶ y las Directrices del ACNUR en esta materia¹⁷, exige a los Estados miembros que, tan pronto como llegue un menor no acompañados a su territorio y hasta que se encuentre una solución duradera, velen por la designación de un guardián o una persona responsable de acompañar, asistir y representar al menor en todos los procedimientos para que el menor pueda beneficiarse de todos sus derechos en todos los procedimientos, y pide que se informe sin demora a los menores del nombramiento de la persona responsable de ellos.

Para la mejora de los derechos de los niños migrantes y su familia, sería esencial involucrar, por ejemplo, empresas y asociaciones empresariales, para establecer convenios y otras acciones que favorezcan el acceso al mercado del trabajo de las familias. Esto tiene evidentemente un impacto positivo en el bienestar físico y psicológico de los niños. La inserción laboral de los niños y niñas migrantes no acompañados en edad laboral también es básica para su integración y autonomía personal, así como para su bienestar psico-social.

Asimismo, las familias con hijos necesitan tener acceso a las viviendas, lo que tiene también impacto en la garantía de muchos derechos de los niños. Ante la dificultad para las personas migrantes y refugiadas de encontrar vivienda, sería necesario que las administraciones competentes en la materia impulsaran políticas públicas que puedan favorecer el acceso de las familias a la vivienda, involucrando al sector inmobiliario y a otros actores relevantes.

Con respecto a la problemática señalada en relación a los procesos de determinación de edad de menores no acompañados, sensibilizar a la Fiscalía (órgano encargado de fijar la edad a través de un decreto, que no se puede recurrir) de cara a que se apliquen medidas de determinación de edad más acordes a la realidad de muchos niños migrantes no acompañados y que respeten más plenamente los principios y medidas de protección de la infancia.

¹⁵ 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. Recuperado de: <https://bit.ly/2VmuBvB>.

¹⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263(INI)). Recuperado de: <https://bit.ly/2XRl0Nq>.

¹⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo. Febrero de 1997. Recuperado de: <https://bit.ly/2XPkTP6>.