

LA IDENTIFICACIÓN DE LOS MENAS Y EL TUTOR VOLUNTARIO EN ITALIA: ¿UN MODELO A ASUMIR POR LA UE?

THE IDENTIFICATION OF UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS AND THE VOLUNTARY GUARDIAN IN ITALY: AN EXAMPLE TO BE FOLLOWED BY THE EU?

FRANCESCA TASSINARI

*Becaria pre-doctoral del Departamento de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Granada*

Researcher ID: H-5751-2018

ORCID ID: 0000-0003-4487-7130

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4632>

Resumen: La Ley italiana núm. 47 de 2017, sobre disposiciones en materia de medidas de protección de menores extranjeros no acompañados, constituye el primer texto normativo que contempla de manera unificada la tutela de menas en la UE. Por un lado, esta ley establece un procedimiento multidisciplinar de identificación del menor y de determinación de la minoría de edad (art. 5). Por otro, destaca la figura del «tutor voluntario», institución protectora de los menas que llegan al territorio italiano (art. 11). Sin embargo, la falta de coordinación entre los estados miembros amenaza la eficacia práctica de estas previsiones normativas, cuya fuerza vinculante se queda ceñida al territorio italiano. Se plantea, entonces, la necesidad de armonizar las diferentes prácticas estatales a través de una intervención legislativa europea.

Palabras clave: MENAs, identificación, tutor voluntario, Italia, Unión Europea.

Abstract: The Italian Law n. 47 of 2017 on dispositions upon protection measures of foreign unaccompanied minors, represents the first normative text, which contemplates, in a uniform way, the protection of unaccompanied minors in the EU. On one side, it establishes a multidisciplinary proceeding for the identification of the minor and for the determination of his/her minor age (art. 5). On the other, it stand out the legal figure of a «volunteer guardian», institution that protect unaccompanied minors who arrive at the Italian territory (art. 11). However, the lack of coordination among Member States threatens the practice efficacy of those legal provisions, which coercive force is confined through the Italian territory. We discuss upon the need of harmonizing the different states' practices through a legislative intervention of the EU.

Keywords: unaccompanied foreign minors, identification, volunteer guardian, harmonisation, Italy, European Union.

Sumario: I. Introducción. II. La identificación de los MENAs, el establecimiento de la minoría de edad y la asignación del tutor. 1. Mecanismos de identificación y de determinación de la edad de los MENAs: un problema de reconocimiento entre Estados miembros. 2. La profesionalización del tutor y su relación con el MENA tutelado como herramienta de protección preventiva. III. Breve

* La presente comunicación se inserta dentro del Proyecto I+D+I DER2016-75573-R: “Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante”, del Ministerio de Economía y Competitividad y financiado con fondos FEDER (UE).

introducción a la protección de los MENAs en el sistema de normas de la UE. 1. Normas generales y normas específicas de protección del menor en el derecho internacional. 2. La tutela de los MENAs solicitantes de protección internacional en la UE y el sistema europeo común de asilo (SECA). IV. El «modelo italiano» y la nueva Ley núm. 47 de 2017. 1. El procedimiento «multidisciplinar» de identificación de los MENAs y la determinación de la minoría de edad. 2. El tutor voluntario: ¿un paso más allá de la tutela jurídica? V. Conclusión.

I. Introducción

1. Durante el año 2017, en la Unión Europea (UE) 31.400 demandas de asilo fueron presentadas por parte de un colectivo de personas especialmente vulnerable¹: los Menores Extranjeros No Acompañados (MENAs). Hoy en día, los solicitantes de protección internacional que no llegan a los 18 años constituyen el 15% de todas las demandas presentadas. A pesar de que la gran mayoría roza los 18 años (un 77% tiene entre los 16 y los 17 años), el número de menores de 14 años va en aumento². Entre ellos, destacan los nacionales afganos (17%), eritreos (10%), gambianos (8%), guineanos (7%), paquistaníes (6%) y, finalmente, los sirios (6%)³.

2. El elevado número de MENAs que recientemente ha llegado al territorio continental europeo está suscitando una fuerte preocupación por parte de las autoridades nacionales especialmente afectadas. El mayor número de demandas de protección internacional presentadas por MENAs el pasado 2017 ha sido registrado en Italia: más de 10.000, es decir, el 32% de todas las solicitudes registradas en los Estados miembros de la UE. Sin embargo, el número de MENAs que se halla en Italia es mucho más amplio, puesto que solamente los menores que presentan demanda de protección internacional son registrados. Hace poco más de un año (agosto 2017), de entre los 18.479 MENAs que se hallaban en Italia, 17.210 eran hombres y 1.262 mujeres; entre ellos, el 93% tenía una edad de 15-17 años, el 6.4% de 7-14 años y el 0.6% de 1-6 años⁴. Sin embargo, no podemos olvidar que Italia es un mero país de primera acogida y de tránsito de la mayoría de los MENAs que llegan a la UE. De hecho, los niños y niñas migrantes que alcanzan nuestras costas mediterráneas, tienen un proyecto de vida mucho más amplio que el de quedarse en los países europeos meridionales. En virtud de tales ambiciones, muchos de ellos abandonan los centros de acogida que los detienen, impacientes por poder reunirse con algún conocido suyo en otro Estado miembro o, simplemente, para realizar sus propios sueños en un país que les ofrezca una mejor calidad de vida. Es suficiente recordar que a finales de octubre 2017, 5.509 MENAs habían desaparecido de los centros de primera acogida italianos⁵. Sin embargo, la falta de cooperación entre los Estados en este ámbito impide hacer un verdadero seguimiento sobre ellos a nivel europeo. El resultado es que muchos menores migrantes desaparecen, abandonados a su destino. Por consiguiente, esa preocupación originariamente estaba limitada a los pocos países europeos directamente afectados y paulatinamente se ha ido extendido hasta involucrar a la mayor parte de los Estados miembros de la UE.

3. Los MENAs son individuos de reconocida y especial vulnerabilidad por ser migrantes⁶; por ser menores de 18 años y no estar acompañados, o estar separados de la persona que ejercía el deber

¹ EUROSTAT NEWS RELEASE, Asylum applicants considered to be unaccompanied minors, 16 de mayo de 2018, fuente pública <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8895109/3-16052018-BP-EN.pdf/ec4cc3d7-c177-4944-964f-d85401e55ad9> (último acceso al 18.07.2018). El número sigue siendo alarmante aunque ha bajado notablemente respecto a los años precedentes: la mitad del año anterior (63.200 en total) y casi un tercio de las presentadas en 2015 (95.200).

² UNICEF, Uprooted The growing crisis for refugee and migrant children, Mayo 2015, Figura 1.1, p. 18, disponible en el siguiente enlace https://www.unicef.org/publications/files/Uprooted_growing_crisis_for_refugee_and_migrant_children.pdf (último acceso al 29.09.2018).

³ EUROSTAT NEWS RELEASE, Asylum applicants ..., *cit. sub nota* núm. 1.

⁴ N. PAVESI Y G. GIULIO VALTOLINA, "Best practices in the Reception of Unaccompanied Minors in Italy", en V. CESAREO, *The Twenty-third Italian report on Migration 2017*, pp. 79-89 (disponible en el siguiente enlace <http://www.ismu.org/wp-content/uploads/2018/03/XXIII-Report-on-migrations-2017-1.pdf>. último acceso al 29.09.2018) versión abreviada de la edición italiana FONDAZIONE ISMU, *Ventitreesimo rapporto sulle migrazioni 2017*, Franco Angeli, Milán, 2017.

⁵ N. PAVESI Y G. GIULIO VALTOLINA, "Best practices...", *op. cit. sub nota* núm. 4, p. 80.

⁶ Comité de Derechos del Niño (CRC), Observación general conjunta No. 3 del Comité sobre los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias (CMW) y No. 22 del CRC, párr. 3 y 40, disponible en <http://www.refworld.org/docid/5a1293a24.html>, último acceso al 29.09.2018.

de responsabilidad o el derecho de custodia sobre ellos⁷. En virtud de esas características, los MENAs deben ser destinatarios de una tutela jurídica específica y más garantizadora que la comúnmente establecida en la normativa europea de protección de los derechos humanos fundamentales⁸. Es el caso, por ejemplo, del derecho fundamental a una vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁹ (CEDH); que protege y permite, con mucha agilidad y flexibilidad reunificar a un MENA con su familia¹⁰. Tanto es así que en la nueva Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (texto refundido)¹¹, también denominado Reglamento Dublín IV, se conservará una norma de protección específica para los MENAs solicitantes de protección internacional que llegan al territorio de la UE¹². Concretamente, el art. 8 priorizará la individualización e identificación de los familiares y de las demás personas responsables del MENA en cuestión, para atribuir la responsabilidad de analizar la demanda de protección internacional al mismo Estado que les esté acogiendo; cuando, por el contrario, un MENA se encuentra efectivamente solo, y no haya ninguna persona responsable de él en toda la UE, el Estado miembro competente para analizar su demanda de protección internacional será el Estado en el que él se encuentre¹³. Estas reglas de reparto de competencia solo podrían derogarse en virtud del principio supremo y fundamental del interés superior del menor; principio consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el de 20 de noviembre 1989¹⁴, y luego confirmado en sus protocolos facultativos¹⁵.

⁷ A esta situación podría añadirse un cuarto factor de vulnerabilidad adoptando la perspectiva de género: abusos sexuales, matrimonios forzados y mutilaciones genitales, que constituyen solo algunos de los peligros a los que se enfrentan las niñas menores migrantes y refugiadas. *Vid.* Council of Europe, Child-Friendly Information for Children in Migration, Febrero 2018, disponible al siguiente enlace <https://rm.coe.int/child-friendly-information-for-children-in-migration-roundtable-confer/168078b512> (último acceso al 29.09.2018).

⁸ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the protection of children in migration, April 2017, *COM(2017) 211 final*, *vid.* https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20170412_communication_on_the_protection_of_children_in_migration_en.pdf (último acceso al 29.09.2018)

⁹ 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, «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564- 23570.

¹⁰ En concreto, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*D.O.U.E.*, n.º L 251, de 03.10.2003 p. 0012 – 0018) impone a los Estados miembros la obligación de autorizar la entrada y residencia de los MENAs con fines de reagrupación familiar (art. 10. 3 a).

¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (texto refundido), Mayo 2016, *COM(2016) 270 final*.

¹² El Reglamento Dublín IV sustituirá al Reglamento (UE) n.º 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 (Texto refundido), *D.O.U.E.* n.º L 180, de 29.06.2013 p. 31-59, también conocido como Reglamento Dublín III.

¹³ Para un análisis de la evolución del art. 8 en el sistema Dublín *vid.* R. PALLADINO, “Il minore straniero non accompagnato nel sistema comune europeo d’asilo”, en C. FRATEA e I. QADRANTI, *Minori e Immigrazione: quali Diritti?*, Verona, Edizioni scientifiche italiane, 2015, pp. 89-113.

¹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre 1989, *Treaty Series* No. 27531, Vol. 1577 (p. 3). Se trata del Tratado Internacional que ha recibido el mayor número de rectificaciones en la historia de Naciones Unidas: 195 Estados partes al día de hoy (20.07.2018). En España tiene eficacia desde el 05.01.1991, «BOE» núm. 313, lunes 13.12.1990, pp. 38897-38904; en Italia desde el 05.10.1991, rectificada por la L. 27 maggio 1991, n. 176, *GU* n.135 del 11-6-1991 - Suppl. Ordinario n. 35., art. 3(1) y las opiniones del Comité de los Derechos del Niño (CRC): Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), disponibles en el siguiente enlace <http://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51ef9aa14> (último acceso al 29.09.2018) y Comité de Derechos del Niño (CRC), Observación general conjunta No. 3 del Comité sobre los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias (CMW) y No. 22 del CRC, párr. 3 y 40, *vid.* nota núm. 6.

¹⁵ En orden cronológico se recuerdan: el art. 8.3 del 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, 25 de mayo de 2000, *Treaty Series* No. 27531, Vol. 21171 (p. 227), publicado en el «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2002, páginas 3917 a 3921 (5 págs.); el preámbulo del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en

4. Sin embargo, al situarnos en una perspectiva garantista internacional de tutela de los derechos humanos y, concretamente, a favor de la defensa de los derechos y libertades de los MENAs que se encuentran en la UE, no podemos considerarnos satisfechos del nivel de protección otorgado a los MENAs que diariamente se mueven por nuestros territorios. En concreto, dos cuestiones problemáticas siguen poniendo en desacuerdo a los países de la UE: 1) por un lado, la ausencia de un único procedimiento en la UE de identificación de los MENAs indocumentados y, sobre todo, del establecimiento de su minoría de edad; y 2), por otro lado, la inexistencia de un mecanismo común que garantice a cada niño o adolescente inmigrante la asignación de un tutor independiente y especializado, capaz de representarle, apoyarles y defenderles en todos los actos jurídicos y no jurídicos en los que su intervención no sólo es oportuna sino necesaria. Los dos aspectos señalados se manifiestan de la siguiente forma. Por un lado, la falta de reconocimiento de las decisiones en materia de identificación y determinación de la edad de los MENAs está avalando la ejecución de devoluciones irregulares que atentan a la prohibición absoluta de no devolución de los menores entre Estados miembros de la UE (punto II.1.). Por otro lado, el lento y farragoso procedimiento a través del cual se asigna al MENA un tutor responsable (el cual, por su parte, no suele recibir una adecuada formación profesional) impide realizar un seguimiento efectivo sobre los MENAs que encuentran en el territorio UE y, finalmente, adoptar una estrategia eficaz contra la proliferación de redes de tráfico ilegal de migrantes (punto II.2.).

5. Desde una lectura sistemática del sistema de fuentes actualmente en vigor en el contexto internacional y regional de la UE, se desprende la existencia de un marco jurídico europeo particularmente caótico, pues, no existe, a día de hoy, un instrumento jurídico, internacional y/o europeo vigente en materia de MENAs en la UE (punto III.). La fragmentación legislativa actual es parcialmente atenuada por las directrices de la Oficina de Soporte Europeo al Asilo (EASO)¹⁶ y las de la Agencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)¹⁷. Se trata, sin embargo, de instrumentos de *soft law* que por su naturaleza no son vinculantes. De hecho, éstos mismos consiguen una importante fuerza persuasiva solamente a través de la recopilación de algunos de los principios fundamentales consagrados en textos legislativos, internacionales y supranacionales, con fuerza vinculante.

6. Por su parte, los ordenamientos jurídicos nacionales y las legislaciones internas desarrolladas por los Estados miembros intentan resolver las problemáticas planteadas por la presencia de numerosos MENAs en sus territorios (punto IV.). A tal efecto, el ordenamiento jurídico italiano resulta especialmente interesante. Primero, porque a día de hoy Italia es el Estado miembro con el mayor número de llegadas de MENAs. Segundo, porque la Ley actualmente en vigor, la núm. 47 de 2017 de disposiciones en materia de medidas de protección de menores extranjeros no acompañados¹⁸, que es el primer texto unificado en la materia en toda la UE, destaca por encima de los demás países gracias a la novedad, originalidad y oportunidad de las soluciones aportadas. Por un lado, porque pone en marcha un procedimiento holístico-multidisciplinar de identificación de los MENAs garantizador de sus derechos fundamentales (punto IV.1.); y, por otro, porque introduce la figura jurídica del «tutor voluntario», es decir, personal voluntario previamente formado para asumir la guardia y custodia de los MENAs que se encuentran acogidos en el territorio italiano (punto IV.2.). Es por estas razones que el «modelo italiano» podría resultar muy útil a la hora de adoptar una regulación armonizadora en la UE.

los conflictos armados, 25 de mayo de 2000, *Treaty Series* No. 27531, Vol. 2173 (p.222), publicado en el «BOE» núm. 92, de 17 de abril de 2002, páginas 14494 a 14497 (4 págs.); y, finalmente, el preámbulo y los arts. 2 y 3 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, 19 de diciembre de 2011, *Treaty Series* No. 27531, Vol. no disponible, publicado en el «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2014, páginas 6453 a 6462 (10 págs.).

¹⁶ Practical Guide on age assessment, Second edition, *EASO Practical Guides Series*, 2018, disponible al siguiente enlace <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-on-age-assesment-v3-2018.pdf> (último acceso al 30.09.2018).

¹⁷ UNHCR, Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, Febrero 1997, disponible al siguiente enlace <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d4f91cf4/guidelines-policies-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum.html> (último acceso al 30.09.2018).

¹⁸ Legge 7 aprile 2017, n. 47, Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, (17G00062) (*GU* n.93 del 21-4-2017).

7. De hecho, las medidas adoptadas por parte de un ordenamiento jurídico nacional en concreto no son suficientes para resolver *tout court* tanto el problema de la identificación como el de la representación de los MENAs en la UE. En este sentido, la Ley italiana núm. 47 de 2017, aunque pueda considerarse actualmente la legislación más avanzada en materia de MENAs en toda la UE, no puede por sí sola llegar a proteger de forma satisfactoria a todos los niños y niñas migrantes que se encuentran en su territorio. El nivel de integración normativa alcanzado por la UE, especialmente en el espacio de libre circulación de personas, hace que la respuesta legislativa al fenómeno de los MENAs deba proceder de una iniciativa de la propia Comisión europea, pues, se impone la necesidad de una regulación homogénea que armonice las legislaciones nacionales actualmente en vigor (punto V.). Es evidente que una regulación europea común a todos los Estados miembros aportaría soluciones mucho más estables que las ofrecidas de forma aislada por cada ordenamiento jurídico interno.

8. Sin embargo, en ese panorama idílico de cooperación supra-estatal se debe tomar en cuenta el clima de desconfianza que actualmente envuelve a los países miembros de la UE después del estallido del desafío de la crisis migratoria del siglo XXI. De hecho, la difusión de actitudes políticas nacionalistas y populistas podría representar un obstáculo importante para el logro de una regulación europea en materia de MENAs. En ese sentido, cabe señalar la reciente promulgación del Decreto Ley núm. 113, de 4 de octubre de 2018¹⁹ (también denominado “Decreto Salvini” del actual Presidente del Gobierno italiano) que acaba de eliminar definitivamente una de las formas de protección anteriormente garantizada por el ordenamiento jurídico italiano (i.e. la “protección humanitaria”²⁰). En respuesta, la Asociación para los Estudios Jurídicos sobre Inmigración (ASGI)²¹ ha denunciado la manifiesta ilegalidad constitucional del Decreto, ya convertido en ley el pasado 1 de diciembre de 2018²².

II. La identificación de los MENAs, el establecimiento de la minoría de edad y la asignación del tutor

9. Dentro de las lagunas normativas particularmente graves de cara a la protección de los MENAs en la UE, en el seno de la Comisión Europea dos cuestiones en concreto están suscitando un fuerte debate²³. Se trata, por un lado, de la imposibilidad de identificar de forma fehaciente a los MENAs que acuden a nuestros territorios sin documentación alguna; obstáculo debido al carácter inadecuado de las

¹⁹ Decreto-Legge 4 ottobre 2018, n. 113, Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (18G00140).

²⁰ Art. 5. 6 del Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (GU n.191 del 18-8-1998 - Suppl. Ordinario n. 139), en adelante T.U. en materia de inmigración. La protección humanitaria era una tercera forma de tutela de carácter residual respecto a las dos formas de protección internacional actualmente existente en la UE (i.e. el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria); su fundamento jurídico se encontraba en la propia Constitución italiana (arts. 2 y 10.2). Sobre su alcance y contenido *vid.* V. MARENGONI, «Il permesso di soggiorno per motivi umanitari», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, núm. 4, 2012, pp. 59-86.

²¹ A día de hoy, ASGI se define como un “network de personas” comprometidas para proteger los derechos e implementar la integración de las personas migrantes; *vid.* la página web al siguiente enlace <https://www.asgi.it> (último acceso al 11.11.2018).

²² Legge 1 dicembre 2018, n. 132, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate (18G00161) (GU n.281 del 3-12-2018). Sobre el asunto, *vid.* ASGI, Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste del Decreto-Legge 4 ottobre 2018, n. 113, 15 octubre de 2018; y, también, la opinión del abogado prof. A. PACE, *Parere pro-veritate sulla legittimità costituzionale del cd. Decreto legge “sicurezza e immigrazione”*, Roma, 18 de octubre de 2018. Archivos disponibles al siguiente enlace: <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/sicurezza-immigrazione-decreto-scheda-operatori/> (último acceso al 11.11.2018).

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *La protección de los menores migrantes*, COM (2017) 211 final, 12.4.2017, disponible al siguiente enlace (<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-211-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>) (último acceso al 29.09.2018).

técnicas médico-científicas utilizadas para determinar la minoría de edad de esas personas. Y, por otro, la falta de personal especializado para abordar las vulnerabilidades planteadas por esos menores.

10. En su Comunicación del 12 de abril de 2017, la Comisión afirma la urgente necesidad de identificar y registrar cada menor migrante que llega al territorio de la UE. La Comisión reconoce que los métodos y procedimientos de determinación de la edad varían enormemente entre un Estado miembro y otro, y que estos últimos no siempre se ajustan a las directrices dictadas por la EASO. Esta circunstancia, afirma la Comisión Europea, puede dar lugar a «evaluaciones de edad innecesarias» y a la utilización de «medios invasivos» de determinación de la edad. Desde la primera fase de identificación y registro del menor, continúa, debería encontrarse presente una persona responsable de la protección del menor. La Comisión denuncia la existencia de deficiencias importantes en el funcionamiento de representación de los MENAs en de los Estados miembros, entre las cuales destaca: la falta de profesionales cualificados y la necesidad de evitar que los intereses comerciales puedan prevalecer sobre la protección de los menores.

11. En los siguiente epígrafes se analizarán las preocupaciones manifestadas por la Comisión y, concretamente: la identificación y determinación de la edad de los MENAs y la asignación rápida de un representante legal altamente cualificado.

1. Mecanismos de identificación y de determinación de la edad de los MENAs: un problema de reconocimiento entre Estados miembros

12. Cuando una persona extranjera llega al territorio de la UE desprovista de documentos de identidad, una cuestión preliminar fundamental para que se le pueda aplicar la normativa específica sobre MENAs es la determinación de su minoría de edad²⁴. A tal efecto, para la consecución de una política europea sobre menores lo más protectora posible, la UE se preocupa de: individualizar aquellos MENAs que se declaran falsamente mayores de edad (por ejemplo, para poder tener acceso al mundo laboral, de forma legal o no) tanto como revelar aquellos adultos que se declaran menores de edad (siendo el sistema de acogida mucho más generoso)²⁵.

13. A pesar de las insistentes recomendaciones de la EASO y de la ACNUR sobre la implementación de un método holístico-multidisciplinar común, a día de hoy, el procedimiento de identificación de los MENAs difiere de un Estado miembro a otro²⁶. Las técnicas médicas más difundidas pueden ser sin rayos-X (la observación dental; la prueba de la muñeca y el desarrollo físico) o con rayos-X (la prueba del carpo; la del cuello y la dental también)²⁷. Sin embargo, ninguna de esas técnicas es fiable al 100% al contemplar un margen de error entre uno y dos años de edad²⁸. Es por ello que, en su Guía práctica de 2018, la EASO recomienda empezar el procedimiento con el uso de la técnica menos invasiva posible

²⁴ Otro aspecto importante que, sin embargo, no será objeto de la presente comunicación, es el del mantenimiento de la minoría de edad a lo largo de todo el procedimiento de presentación y análisis de la demanda de protección internacional. Para profundizar *vid.* European Council of Refugees and Exiles (ECRE), ECRE/Elena Legal Note on ageing out and family reunification, Junio 2018, disponible al siguiente enlace (<https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/06/Legal-Note-4.pdf> (último acceso al 30.09.2018)).

²⁵ *Vid.* STEDH, 5 de febrero de 2015, *A.M.E. v. The Netherlands*, 51428/10, disponible <http://www.refworld.org/cases,ECHR,54d4e4274.html> (último acceso al 15 de agosto 2018), sobre el caso de un menor de Somalia que solicitó protección internacional primero en Italia declarándose falsamente adulto y, luego, en los Países Bajos revelando su minoría de edad.

²⁶ *Vid.* Anexo IV, EASO, Practical Guide ..., p. 5, *cit. sub nota* núm. 16.

²⁷ Tanto el método Marshall Tanner e Whitehouse (TW method) como el método Greulich and Pyle (GP method) fueron experimentados durante el siglo XX sobre niños y niñas británicos y estadounidenses respectivamente; lo que no toma en consideración ni la incidencia del bienestar económico, ni el diferente desarrollo puberal de cada generación. *Vid.* N. LOUIS ATTALLAH y W. A. MARSHALL, "Estimation of Chronological Age from Different Body Segments in Boys and Girls Aged 4-19 Years, Using Anthropometric and Photogrammetric Techniques", *Medicine, Science and the Law*, n. 2, Vol. 29, 1989.

²⁸ *Vid.* A. AYNLEY-GREEN, T.J. COLE, H. CRAWLEY, N. LESSOF, L.R. BOAGY y R.M.M. WALLACE, "Medical, statistical, ethical and human rights considerations in the assessment of age in children and young people subject to immigration control", *British Medical Bulletin*, 102, 2012.

(«*a gradual implementation of methods*»)²⁹ y equilibrar el nivel de precisión del resultado con el grado de invasión de la técnica utilizada³⁰.

14. Esta descoordinación es particularmente grave si pensamos que, a menudo, los MENAs abandonan el centro en el que están acogidos para desplazarse libremente en el territorio de la UE. De hecho, al menor le será atribuida una identidad y/o una edad diferente dependiendo del sistema de identificación y atribución de la edad adoptado y, por consiguiente, estos datos podrán ser diferentes según el país en el que se encuentre. La disfunción sistemática es tan evidente como para mermar la buena cooperación entre autoridades y, por ende, el principio de la confianza mutua entre los Estados miembros³¹.

15. En la última Guía práctica de la EASO se alerta de la importancia de que los Estados miembros favorezcan el mutuo reconocimiento de las decisiones adoptadas tras la realización del procedimiento de identificación y determinación de la edad³². Es por ello que la información transmitida de un Estado a otro debe ser completa e incluir los métodos aplicados tanto como el razonamiento que ha dado lugar al fallo final. La Memoria Oficial sobre determinación de la edad de los menores elaborada por Save The Children de 2012³³ resulta del mismo tenor al señalar que el reconocimiento recíproco entre Estados miembros de las decisiones de determinación la edad de los MENAs es fundamental para el buen funcionamiento del sistema Dublín.

16. La situación descrita tiene consecuencias nefastas; caso ejemplar es el de Ventimiglia, ciudad situada en la frontera noroeste entre Italia y Francia³⁴. En esta zona, a partir del verano de 2015, el Estado francés restableció los controles fronterizos para impedir a los migrantes y refugiados entrar de forma irregular en su territorio³⁵; aquellos que sí lo consiguen, en cambio, se enfrentan al cuerpo de

²⁹ Desde un punto de vista médico *vid.* A. HJERN, M. BRENDLER-LINDQVIST Y M. NORREDAM, “Age assessment of young asylum seekers”, *Acta Paediatrica*, V. 101, Issue 1, Enero 2012, pp. 4-7.

³⁰ BASO, Practical Guide ..., *cit. sub nota* núm. 16.

³¹ *Vid.* P. SCHLOSSER, “Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation” en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 284, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2000; M. D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, 2ª ed., Aranzadi, 1997, p. 244; H. AGUILAR GRIEDER, “Cooperación Judicial Internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 308, 2010, pp. 308-338.

³² EASO, Practical Guide ..., *cit. sub nota* núm. 16. Por el contrario, a día de hoy, los Estados miembros no están vinculados por ningún instrumento de Derecho internacional privado que les obligue a reconocer esas decisiones. De hecho, la capacidad (*vid. infra* nota núm. 46) es un asunto que está excluido del ámbito de aplicación material tanto del Reglamento (CE) no 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, art. 1 (*D.O.U.E.* n.º L 338 de 23/12/2003 p. 0001 - 0029), como del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (ratificado por España el 2 de diciembre de 2010, *B.O.E.* núm. 291, sec. I, pág. 99837-99868). En este sentido P. LAGARDE explica que la capacidad puede entrar en el ámbito del Convenio solamente de forma indirecta, es decir, como cuestión prejudicial a la cuestión principal planteada, y que de todas formas deberá resolverse según las normas de Derecho Internacional privado internas del Estado de la autoridad requerida; *vid.* P. LAGARDE, Informe explicativo del *Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental de medidas de protección de los niños*, XVIII sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Holanda, disponible en el siguiente enlace <https://www.childabduction.com/wp-content/uploads/02-Informe-explicativo-1996.pdf> (último acceso al 10.10.2018).

³³ SAVE THE CHILDREN, Separated Children in Europe Programme, *Position Paper on Age Assessment in the Context of Separated Children*, 2012, p. 11; disponible en el siguiente enlace: <http://www.scepnetwork.org/images/16/163.pdf> (último acceso al 14.10.2018).

³⁴ *Vid.* INTERSOS AIUTO IN PRIMA LINEA, “I minori stranieri non accompagnati lungo il confine settentrionale italiano”, 2017, disponible al siguiente enlace: <https://www.intersos.org/wp-content/uploads/2018/01/Rapporto-MSNA.pdf> (último acceso al 25.07.2018); INTERSOS AIUTO IN PRIMA LINEA, “Minori stranieri non accompagnati; dal monitoraggio della frontiera di Ventimiglia, quadro gravissimo”, disponible en el siguiente enlace: <https://www.intersos.org/minori-stranieri-non-accompagnati-dal-monitoraggio-della-frontiera-ventimiglia-quadro-gravissimo/> (último acceso al 11.07.2018) y INTERSOS AIUTO IN PRIMA LINEA, “INTEROS per i diritti dei migranti al confine italo-francese”, disponible en el siguiente enlace: <https://www.intersos.org/intersos-diritti-dei-migranti-al-confine-italo-francese/> (último acceso al 11.07.2018).

³⁵ El restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores está revisto en el Capítulo II del Reglamento

policía francés que a menudo les maltrata y humilla, antes de devolverles sin demora a Italia³⁶. El 25% de ellos son MENAs, sobre todo de nacionalidad sudanesa (44%) y eritrea (11%): niños y niñas que suelen llevar marcas evidentes de las torturas sufridas a lo largo de su ruta migratoria, especialmente en Libia³⁷. Ellos también son constantemente devueltos a Italia³⁸ con la consecuente violación tanto de la normativa interna francesa, como de la europea e internacional³⁹. Es así que la situación en Ventimiglia es cada vez más precaria: muchos migrantes yacen en el lecho del río Roja; viven debajo de un puente y, posiblemente, se instalan lo más cerca posible a la estación ferroviaria, una de las vías de escape más utilizadas para cruzar la frontera. Las condiciones de vida son pésimas: por la falta de bienes de primera necesidad como agua potable y corriente; servicios higiénicos y calefacción durante el invierno.

17. En primer lugar, cabe señalar la existencia de la prohibición absoluta de *refouler* a los MENAs: en ningún caso, ni siquiera de forma indirecta, un menor puede ser devuelto hacia aquellos países en los que existe un temor fundado de que pueda ser víctima de un perjuicio irreparable⁴⁰. De forma más específica, es importante recordar que en el contexto del SECA a los MENAs solicitantes de asilo no se les aplica la regla del «primer país de acogida» por la cual el Estado miembro competente para analizar la demanda de protección internacional es aquel en el cual se haya presentado la solicitud correspondiente (art. 8 del Reglamento Dublín III). Por el contrario, el Estado miembro responsable se determina “en función del interés superior del menor” (art. 8.3 del Reglamento Dublín III). Finalmente, podríamos observar que si un MENA consigue huir del Estado miembro de acogida, el segundo Estado al que se dirige podría/debería concluir que el sistema de acogida tiene unas deficiencias sistemáticas contrarias a la protección efectiva de sus derechos fundamentales⁴¹. El Código francés de entrada y residencia de los extranjeros y del derecho de asilo, de 22 de marzo 2013⁴², en cambio, sí permite de alguna forma la

(CE) no 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), *D.O.U.E.* L 105/1, 03.04.2006.

³⁶ OXFAM BRIEFING PAPER, *Se questa è Europa: La situazione dei migranti al confine italo francese*, junio 2018; enlace disponible en https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2018/06/Se-questa-è-Europa_BP_15giugno2018.pdf (último acceso al 14.10.2018).

³⁷ *Ibidem* nota *supra*.

³⁸ Tanto es así que muchos MENAs llegan a prostituirse al no tener dinero suficiente para asegurarse el paso de la frontera (*vid. A. GIUFFRIDA*, “Migrant Children sexually exploited to “pay” for Italy-France crossing, says charity”, *The Guardian*, 2.07.2018 disponible en el siguiente enlace <https://www.theguardian.com/world/2018/jul/29/migrant-children-sexually-exploited-in-italy-france-crossing>, último acceso al 12.10.2018).

³⁹ Las organizaciones humanitarias INTERSOS, ASGI, Terres des Hommes Italia, Oxfam Italia, Caritas Diocesana di Ventimiglia- Sanremo y Diaconia Valdese han presentado una letra a la Comisión Europea pidiendo a ésta última de verificar si las autoridades francesas e italianas han violado la normativa europea y abrir, en su caso, un procedimiento de infracción ex art. 258 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *D.O.U.E.* C326/49, 21 de octubre 2012. Consulta la letra al enlace siguiente: <https://www.asgi.it/famiglia-minori/francia-ventimiglia-minori-stranieri-non-accompagnati-lettera-commissione-europea/> (último acceso al 25.07.2018).

⁴⁰ Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas (CRC), *Observación general No. 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6, disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ffd3eb72> (último acceso al 10.10.2018). *Vid. A. FARMER*, “A commentary on the Committee on the Rights of the Child’s Definition of Non-Refoulement for Children: Broad Protection for Fundamental Rights”, *Res Gestae*, Paper 8, 2011.

⁴¹ Esa argumentación deriva de una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el “mal funcionamiento” del sistema de competencia establecido en el Regl. Dublín IV. Es razonable pensar que el TJUE puede ampliar, por vía analógica, dicha interpretación a los demás ámbitos relacionados con la materia migratoria. *Vid. STJUE* 21 de diciembre de 2011, *N.S.*, C-411/10 y C-493/10, *ECLI*, párr. 94: «[...] incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al «Estado miembro responsable» en el sentido del Reglamento n° 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 4 de la Carta». Esta posición podría tener consecuencias perversas para el principio de confianza mutua de la UE, sobre todo después de su fuerte debilitamiento a raíz de las deficiencias del sistema Dublín (*vid. infra*). Así Alemania decidió suspender toda devolución de MENAs hacia Grecia, que no fuera amparada en una reagrupación familiar (UNCHR, *UNCHR Position on the Return of Asylum-Seekers to Greece under the “Dublin Regulation”*, párr. 21, núm. 31, Abril 2008, disponible en el siguiente enlace <http://www.refworld.org/docid/4805bde42.html> (último acceso al 22.08.2018).

⁴² Arts. L213-2 y L221-5, Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile, version consolidée á 22 mars 2013, disponible al siguiente enlace: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070158&dateTexte=20130322> (último acceso al 24.07.2018).

ejecución de devoluciones de menores. Sin embargo, el Código establece que al MENA siempre se le debe asignar un tutor legal y que la devolución del territorio francés puede ejecutarse a partir de las 24 horas sucesivas a su detención. Por tales razones, la devolución de los MENAs de Francia hacia Italia podría ser legítima siempre y cuando no fuera contraria al principio del interés superior del menor y que: ésta se ejecutara después de las 24 horas desde su detección; se asignara al menor un representante legal y, finalmente, se le diera la posibilidad de presentar una demanda de protección internacional.

18. Estos requisitos no suelen ser respetados. Así lo demuestra el caso de un joven eritreo de 12 años que en enero de 2018 fue detenido por la policía francesa en Mentone-Garavan; el menor fue devuelto en seguida. El abogado defensor decidió, entonces, presentar recurso ante el Tribunal Administrativo de Niza demandando la anulación del procedimiento de devolución llevado a cabo por las autoridades francesas. Efectivamente, el Tribunal estableció que las garantías legales a favor de los MENAs habían sido violadas (decisión del 22 de enero 2018). Sucesivamente, el Tribunal recomendó al Prefecto francés de los Alpes-Marítimos que se pusiera en contacto con las autoridades italianas para que el menor pudiese volver a entrar en Francia en un plazo de tres días⁴³. Y, además, impuso a la policía francesa la obligación de asignar al menor un tutor legal e informarle de que, por medio de su representante o por sí solo, habría podido solicitar protección internacional.

19. A raíz de ese primer recurso, se han presentado al menos otros veinte más, pendientes ante el Tribunal de Niza a 23 de febrero de 2018⁴⁴. Sin embargo, la policía francesa continúa asumiendo una política de cierre de fronteras contraria a la protección de los derechos de las personas inmigrantes. En concreto, es frecuente que las autoridades francesas atribuyan la mayoría de edad a migrantes que acreditan ser menores de edad a través de documentación fehaciente. Incluso, para legitimar dichas devoluciones, la policía llegaría a falsificar las fechas de nacimiento en los documentos presentados por los MENAs⁴⁵.

2. La profesionalización del tutor y su relación con el MENA tutelado como herramienta de protección preventiva

20. Otro requisito legal *conditio sine qua non* para que una persona migrante sea calificada como MENA es la necesidad de que éste sea acompañado por ningún representante. Esta condición descende del establecimiento de su minoría de edad a través de uno de los procedimientos de identificación *supra* analizados y que, por lo visto, pueden resultar más o menos fehacientes. El no cumplimiento del requisito de la mayoría de edad⁴⁶, prohíbe a cualquier menor de edad desarrollar actos jurídicos vinculantes para cuya eficacia sea indispensable la capacidad de obrar. De ahí que la elección de un representante legal es un requisito imprescindible para cualquier persona menor de edad, MENAs incluidos.

⁴³ Tribunal Administrativo de Niza, decisión núm. 180095 de 22 de enero 2018, [http://www .anafe.org/IMG/pdf/jrta_nice_22_janvier_2018_m_h_anafe_no1800195-2.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/jrta_nice_22_janvier_2018_m_h_anafe_no1800195-2.pdf) (último acceso al 24.07.2018)

⁴⁴ <https://www.lacimade.org/presse/frontiere-franco-italienne-associations-avocat-e-s-respecter-droit-enfants-etrangers-de-vant-tribunal-administratif-de-nice/> (último acceso al 09.10.2018).

⁴⁵ Para más informaciones *vid.* <https://www.politis.fr/articles/2018/04/visite-surprise-delus-a-la-police-aux-frontieres-de-menton-38617/> y <https://www.theguardian.com/world/2018/apr/12/french-police-accused-of-falsifying-migrant-childrens-birth-dates> (último acceso al 25.07.2018).

⁴⁶ El concepto jurídico de mayoría de edad se identifica con la obtención de la denominada “capacidad de obrar”, es decir la idoneidad para negociar contratos que desplieguen efectos en su esfera jurídica privada (*vid.* A. TORRENTE y P. SVHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Ed. 23ª, Giuffrè Editore, Milán, 2017, p. 99). Aunque en la casi totalidad de los países la UE (excepto Escocia) la mayoría de edad se alcanza al cumplir los dieciocho años (<http://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/age-majority>, último acceso al 01.10.2018), los Estados son libres de establecer una edad diferente. Para saber si un MENA que llega a nuestros territorios posee o no dicha calidad tendremos que remitirnos a las normas de conflicto de Derecho internacional privado. En el caso de Italia, por ejemplo, el art. 23 de la Legge 31 maggio 1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (*GU* n.128 del 3-6-1995 - Suppl. Ordinario n. 68) aplica la *lex originis*, es decir, la ley nacional de la persona. Sin embargo, cuando los orígenes del menor sean desconocidos se aplica el art. 19, el cual establece que la ley aplicable es la del domicilio o la de la residencia (i.e. los dieciocho años ex art. 2 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, Approvazione del testo del Codice civile. (042U0262) (*GU* n.79 del 4-4-1942), en adelante Cc).

21. Sin embargo, el tema de la representación y tutela de los MENAs es una cuestión mucho más delicada de lo habitual. A día de hoy, la mayor parte de los Estados miembros se han limitado a trasladar sus antiguas instituciones legales en materia de tutela y representación civil de las personas incapacitadas a los MENAs. El resultado se ha demostrado fuertemente perjudicial, pues, las personas designadas como responsables se revelan a menudo incapaces de relacionarse con las problemáticas específicas planteadas por los MENAs⁴⁷; especialmente cuando el representante coincide con el gestor del centro de acogida⁴⁸. Por el contrario, es recomendable que los tutores dirigidos al cuidado de los MENAs sean profesionales: personal previamente formado y sensible hacia las vulnerabilidades propias de ese colectivo de personas⁴⁹.

22. A esa “profesionalización”, se le debe añadir otra pauta fundamental, de cara al procedimiento de asignación. A diferencia de los casos de tutela general, la elección del tutor de un MENA tiene que ser “urgente y rápida”: en primer lugar, porque el MENA debe ser prontamente identificado y, en segundo lugar, porque se le debe informar sobre su derecho a presentar una demanda de protección internacional. Lo ideal sería, entonces, que ese representante fuera una persona física e independiente, instruida respecto a las problemáticas a las que esos MENAs se enfrentan diariamente y cuya asistencia se desplegara desde el momento de su llegada a nuestro territorio (i.e. durante la totalidad del procedimiento de identificación).

23. La instauración de un eficiente y eficaz sistema de representación legal de los MENAs tiene otra importante función: el establecimiento de una relación de confianza entre el MENA y el tutor. Dicha relación de cercanía e intimidad podría resultar doblemente útil: por un lado, representaría una herramienta fundamental para la realización de un seguimiento efectivo sobre los MENAs en toda la UE; y, por otro lado, frenaría el impulso del menor de abandonar de repente el centro de acogida. Pensamos que los últimos datos de niños desaparecidos en Europa, relativos al año 2017, nos demuestran que es muy difícil obtener el número preciso y fehaciente de MENAs que se encuentran dispersos en la UE por haber abandonado su centro de acogida⁵⁰. En este informe se declara expresamente que la falta de coordinación entre las personas responsables de la tutela de los menores, tanto como la confusión existente a nivel nacional y europeo, sobre el reparto de competencias en los supuestos de desaparición transnacional, hace que la suerte de miles de menores sea desconocida⁵¹. Ese descontrol puede resultar particularmente grave de cara al casi ya consolidado tráfico ilegal de migrantes: de ahí que el número de menores extranjeros explotados para el desarrollo de trabajos ilegales, o en condiciones irregulares, es cada vez más alto⁵². Quizás una mayor cercanía entre el menor y el tutor podría incluso permitir la obtención de informaciones importantes a efectos de reclutamientos de menores por las redes de tráfico ilegal de migrantes operantes en la UE.

⁴⁷ SAVE THE CHILDREN, Separated Children ..., *cit. sub nota* núm. 33, p. 16.

⁴⁸ Se trata de un supuesto alarmante puesto que los intereses comerciales podrían prevalecer sobre el principio del interés superior del menor (especialmente si es con ánimo de lucro), *vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *La protección ...*, *cit. sub nota* núm. 23.

⁴⁹ Se trata de cursos de formación que podrían desarrollarse de forma presencial u on-line en los que los futuros tutores deberían ser informados sobre los aspectos socio-jurídicos que conciernen tanto a ellos como a los MENAs. Un ejemplo de buena práctica en ese sentido es el manual de L. JOELLE, “Tutori volontari di minori stranieri non accompagnati. Materiali per l’informazione e la formazione”, Cedam, 2018.

⁵⁰ MISSING CHILDREN EUROPE, Figures and trends 2017 From hotlines for Missing Childrens and Corss-Border Family Mediators, 2018, pp. 2. Disponible en el siguiente enlace: <http://missingchildreneurope.eu/annual-reports/categoryid/0/documentid/444> (último acceso al 14.10.2018).

⁵¹ MISSING CHILDREN EUROPE, Figures and trends ..., p. 16, *cit. nota supra*.

⁵² Para el trabajo en negro de los MENAs *vid.* ANSA, Unaccompanied minors exploited near Palermo, 8 investigated, en INFOMIGRANTS disponible en el siguiente enlace: http://www.infomigrants.net/en/post/11018/unaccompanied-minors-exploited-near-palermo-8-investigated?utm_source=ECRE+Newsletters&utm_campaign=9fbc867836-EMAIL_CAMPAIGN_2018_08_02_10_21&utm_medium=email&utm_term=0_3ec9497afd-9fbc867836-422323097 (último acceso al 02.08.2018). Sobre los MENAs víctimas de trata, en cambio, *vid.* SAVE THE CHILDREN, Piccoli schiavi invisibili: Rapporto 2018 sui minori vittima di trata e sfruttamento in Italia, Julio 2018, disponible al siguiente enlace https://s3.savethechildren.it/public/files/uploads/pubblicazioni/piccoli-schiavi-invisibili-2018_2.pdf (último acceso al 14.10.2018).

3. La implementación de un sistema de colaboración y cooperación entre Estados miembros y la programación de una base de datos europea centralizada sobre MENAs

24. La fragmentación legislativa (y práctica) en materia de identificación y representación de los MENAs entre los Estados miembros de la UE se traduce en una amenaza para la consecución de una protección efectiva de los MENAs en la UE; la propia Comisión Europea pidió al Parlamento UE proporcionar directrices para atenuar los perjuicios que puedan derivar de esas cuestiones problemáticas⁵³.

25. En primer lugar, se plantea la existencia de múltiples mecanismos de identificación y determinación de la minoría de edad de los MENAs. La casi absoluta libertad con la que cada Estado miembro puede escoger entre uno de esos procedimientos (sin apenas argumentación), a la que se añade el margen de error científicamente existente en cada uno de ellos, hacen que los Estados no se sientan obligados a reconocer la resolución dictada por otro Estado miembro (especialmente cuando los procedimientos adoptados no coinciden). Por consiguiente, nos encontramos ante una situación de elevada inseguridad jurídica: la persona migrante puede ser sometida a un segundo test de identificación cuya resolución final no tiene por qué coincidir con el resultado anteriormente obtenido. Además, en el caso de que la persona migrante sea calificada como mayor de edad, dicha decisión puede justificar la ejecución de devoluciones al límite de la legalidad. El caso de Ventimiglia, ciudad situada en la frontera entre Italia y Francia, constituye un supuesto ejemplar y alarmante de ese fenómeno.

26. En segundo lugar, se plantea el problema de la representación legal de los MENAs. En concreto, es necesario que los tutores sean prontamente designados para poder representar a los MENAs desde el momento en el que se les somete al procedimiento de identificación; de igual manera, los tutores legales deben ser profesionales especializados informados de las peculiaridades específicas de los menores tutelados. Estos requisitos son imprescindibles de cara a la instauración de un trato más cercano e íntimo entre las dos partes implicadas; circunstancia que, a su vez, resultara particularmente útil como medida disuasiva para que el menor no abandone su centro de acogida. El resultado final, entonces, sería el de evitar que el menor caiga víctima de la explotación y abusos por parte de las redes ilegales de traficantes de seres humanos.

27. Ambos supuestos se remontan a una única causa común: la falta de colaboración y cooperación entre las autoridades competentes que operan en los distintos Estados miembros, incluidos los representantes de esos menores. Esta situación impide la puesta en práctica de un seguimiento efectivo de los MENAs dispersos en el territorio de la UE. Una solución podría darse por ejemplo a través de la programación de una base de datos europea centralizada, capaz de agilizar la comunicación y cooperación entre las instituciones internas de los Estados⁵⁴.

28. La falta de comunicación entre las autoridades de los Estados miembros se debe al hecho de que no existe, a día de hoy, un mecanismo de intercambio de informaciones entre los Estados miembros, ni desde luego una base de datos común sobre los MENAs que hayan accedido al territorio de la

⁵³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *La protección...*, cit. sub nota núm. 23.

⁵⁴ A día de hoy la UE cuenta básicamente con los siguientes instrumentos normativos: el Reglamento (CE) No. 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) D.O.U.E. de 18 de diciembre de 2006 L 381/4 y el Reglamento (UE) No. 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) no 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, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) no 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición) D.O.U.E. de 29 de junio de 2013 L 180/1 (reglamento Dublín III). Este último, en concreto, establece la recolección y transmisión de los datos dactiloscópicos de los solicitantes de protección internacional, a partir de los 14 años (*vid.* considerando núm. 17).

UE. De tal manera que, ni las autoridades del Estado miembro de primera acogida pueden denunciar la desaparición de un MENA de su territorio (en su caso, a iniciativa del propio tutor responsable); ni las del país de nueva acogida, en el caso de interceptación del MENA, tendrán plena libertad de devolver al MENA al país de procedencia⁵⁵. Esta situación de descontrol generalizado está corroborada por la existencia de “MINIILA”⁵⁶, una aplicación que permite a los MENAs orientarse en todo el territorio de la UE y acudir a las autoridades protectoras competentes en cada Estado miembro. La existencia de esta aplicación demuestra que el sistema actúa de forma inversa y perversa: son los propios MENAs los que buscan alguna forma de protección mientras tanto el Estado no consiga ofrecérsela.

29. Tras haber resaltado las peculiaridades que derivan de las dos cuestiones principales analizadas, se tomará consciencia de los instrumentos normativos internacionales y europeos actualmente vinculantes para los países miembros de la UE en materia de MENAs. La existencia de un texto normativo unificado vinculante en materia de MENAs para todos los Estados de la UE, tanto como la sistematización e interpretación de principios fundamentales dirigidos a la protección de los MENAs, fundamentarán la oportunidad o no de una normativa específica dirigida a ese colectivo de migrantes.

II. Breve introducción a la protección de los MENAs en el sistema de normas de la UE

30. Para poder identificar los textos normativos relevantes para la protección de los MENAs en la UE nos remitimos al sistema de normas en vigor en sus Estados miembros⁵⁷. De hecho, tras la institución de la UE, el sistema de fuentes de estos ordenamientos ha sufrido un cambio radical⁵⁸. Hasta aquel entonces, los Estados miembros habían seguido manteniendo intacta su soberanía en todas sus posibles manifestaciones, de tal manera que el sistema de fuentes normativas dependía exclusivamente del propio ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, con la institución de la UE, los Estados fundadores dieron lugar a una organización internacional que por sus peculiaridades llegó a constituir un ordenamiento jurídico a parte, que se denomina “supranacional”. La UE va mucho más allá de cualquier otra organización ideada hasta aquel entonces. En particular, cabe señalar su capacidad para celebrar acuerdos internacionales, expresamente prevista por los Tratados⁵⁹ UE (art. 3.2) y FUE (Parte V del Título V).

31. Es por ello que, a día de hoy, los Estados miembros pueden verse obligados en el plano internacional de múltiples formas: a través de la celebración directa de convenios multilaterales o bilaterales; a través de la estipulación de tratados conjuntamente con la UE (los denominados acuerdos mixtos) y, finalmente, por los acuerdos que la propia UE celebra por sí sola. Al margen de éstos, cabe recordar que los Estados miembros están vinculados por las normas de Derecho primario de la UE y por las de Derecho secundario (también denominadas normas de Derecho originario y normas de Derecho derivado respectivamente). Dentro del primer conjunto de normas, nos encontramos con los Tratados constitutivos de la UE: en concreto, el Tratado de la UE (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). Con el segundo concepto, en cambio, designamos a normas y actos promulgados por las instituciones de la UE que encuentran su fundamento, alcance y límites en las normas constitutivas. En concreto, entre los actos vinculantes típicos de la UE destacamos: Reglamentos, Directivas y Decisiones⁶⁰.

⁵⁵ En este sentido, conforme a la nueva redacción del art. 10 del Reglamento Dublín IV (*vid. nota supra* núm. 11) el Estado en el cual se halla el MENA es el competente para concretar el Estado miembro responsable para examinar su solicitud de protección internacional. Con independencia del criterio aplicable al caso concreto, en dicha valoración el Estado deberá anteponer siempre el interés superior del menor.

⁵⁶ Página oficial disponible en el siguiente enlace: <http://miniila.com>, último acceso al 01.10.2018.

⁵⁷ Para profundizar *vid.* D. J. LIÑAN NOGUERAS, “Parte tercera: Ordenamiento jurídico” en A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 367-407.

⁵⁸ *Vid.* F. J. ENEÉRIZ OLACHEA, *El Sistema de Fuentes del Derecho: de la Constitución Española al nuevo Derecho de la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

⁵⁹ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, Serie C 202, 7 June 2016.

⁶⁰ *Vid.* D. J. LIÑAN NOGUERAS, “Parte tercera...”, *op. cit. sub nota* núm. 57.

32. A continuación se comprobará el hecho de que dentro del sistema de normas descrito *supra* no existe todavía un texto normativo internacionalmente vinculante y exclusivamente dirigido a la tutela de los MENAs. Por el contrario, sí puede destacarse la existencia de un conjunto de normas dispersas en múltiples fuentes jurídicas, útiles para establecer un nivel mínimo de protección de estos individuos. Ese potpurri de fuentes normativas se debe a la especial vulnerabilidad que caracteriza a ese colectivo de personas. Destacan, entonces, la aplicación de normas generales de protección de las personas en cuanto seres humanos, tanto como la previsión de normas específicas dirigidas a velar por las condiciones de las personas que son menores e inmigrantes a la vez.

1. Normas generales y normas específicas de protección del menor en el Derecho internacional

33. Partiendo de los textos más relevantes de carácter multilateral, en el Derecho internacional se deben recordar todas aquellas normas que los Estados reconocen como protectoras de los derechos básicos fundamentales de cualquier ser humano. Estos derechos integran lo que hoy en día se denomina Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶¹. El primer texto fundamental es la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948⁶² (DUDH). En esta, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió insertar un párrafo, el art. 25. 2, dirigido a la tutela de la maternidad y de la infancia tanto como de los niños, en igualdad de protección social. Varios años después, los Estados volvieron a reunirse en el seno de dicha Organización Internacional y adoptaron otra piedra angular del Derecho Internacional de Derechos Humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966⁶³ (PIDCP). En este, hacemos hincapié en el art. 24 conforme al cual: los Estados se comprometen a garantizar el principio de no discriminación entre menores y el derecho del niño a medidas de protección específica.

34. Paralelamente también en el contexto regional europeo se fueron elaborando instrumentos de protección de los Derechos Humanos. En primer lugar, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1950⁶⁴ (CEDH). En este Convenio no existe una norma dirigida a la protección exclusiva del menor en cuanto tal, sino que éste adquiere un papel importante respecto a la tutela de unas garantías procesales. El art. 5 d) afirma el principio de legalidad y de conformidad al derecho de cualquier menor privado provisionalmente de la libertad, tanto como el ejercicio del derecho de *habeas corpus*. Luego, el art. 6.1 establece la posibilidad excepcional de que un proceso penal pueda celebrarse a puerta cerrada ya que de lo contrario se estaría perjudicando el interés superior del menor. Más recientemente, debemos recordar la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000⁶⁵ (CDFUE). En esta sí se dedica una norma específica a la protección del menor, el art. 24, que contempla el derecho

⁶¹ Para una análisis de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos *vid.* R. SHABTAI, “Human Rights (291)”, *The perplexities of modern international law : general course on public international law* (Volume 291), Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Ed. The Hague Academy of International Law, 2001; J. REHMAN, *International Human Rights Law*, 2da edición, Pearson Education Limited, Essex, 2010; S. ZAPPALÁ, *La tutela internazionale dei diritti umani: tra sovranità degli stati e governo mondiale*, Il Mulino, Bologna, 2011; D. L. SHELTON, *Advanced introduction to international human rights law*, Edward Elgar, 2014; D. MOECKLI, S. SHAH, S. SIVAKUMARAN, *International Human Rights Law*, 2da edición, Oxford University Press, 2014.

⁶² Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos, A/RES/217/(III) D.

⁶³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (Serie Tratados de Naciones Unidas, Vol. 999, p. 171 y Vol. 1057, p. 407).

⁶⁴ Artículos de los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha extraído el principio fundamental del *no refoulement* consagrado en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, (Serie Tratados de Naciones Unidas, N. 2545, Vol. 189, p. 137), cuyo art. 33 afirma: «ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligrar por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas». *Vid. Soering v. The United Kingdom* (merits and just satisfaction), núm. 14038/88, § 88-91, *ECHR* 1989: «[...] en este caso la resolución de extradición puede suscitar un problema en relación con el artículo 3 y comprometer, por tanto, la responsabilidad de un Estado contratante en virtud del Convenio, cuando hay motivos serios y comprobados para creer que el interesado, si se le entrega al Estado requirente, correrá un peligro real de que se le torture o se le someta a penas y tratos inhumanos o degradantes.»

⁶⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, *D.O.U.E.*, Serie 362, de 18 de diciembre de 2000.

a la protección y a los cuidados para el bienestar del niño; el derecho del niño a expresarse libremente y a ser oído en función de su edad y del grado de madurez; el respeto del principio del interés superior del menor en cualquier acto llevado a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas y el derecho a mantener relaciones personales y contactos directos con su padre y su madre, de forma periódica.

35. Con carácter específico, en cambio, el primer convenio multilateral en materia de protección de menores pertenece al área jurídica del Derecho Internacional Privado. Se trata del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980⁶⁶. En este Convenio se consagró el principio del interés superior del menor, luego forjado en otro tratado internacional de mayor trascendencia: la Convención sobre los Derechos del Niño, de Nueva York, de 20 de noviembre 1989⁶⁷. Esta Convención prima entre los demás Tratados internacionales como instrumento de protección de los derechos fundamentales de toda persona menor de 18 años⁶⁸. La Convención recoge el principio del “interés superior del menor” (art. 3) y un conjunto de derechos que siempre deberán ser respetados a la hora de relacionarse con un menor, incluido un MENA. Entre otros, se contempla el respeto a la dignidad y el derecho a la integridad que, por ejemplo, deberán ser tenidos en cuenta durante la puesta en práctica de las evaluaciones médicas que puedan afectar a la intimidad del menor (art. 3 y 37); la protección de los datos personales que puedan ser archivados o publicados a raíz del procedimiento de acogida (art. 16); el derecho a un recurso efectivo y a la asistencia jurídica gratuita para soportar los gastos procesales en caso de impugnación de cualquier decisión definitiva (art 12).

36. Finalmente, dentro del sistema de fuentes internacionales relevantes en materia de MENAs, se debe considerar la posibilidad de que el menor pueda beneficiarse del estatuto de refugiado. En este caso, se le aplicaría la Convención sobre el estatuto de refugiados firmada en Ginebra, el 28 de julio de 1951 (CG51)⁶⁹. La CG51 es una de convención internacional de carácter específico de las más garantes en la medida en que recoge, artículo por artículo, los derechos reconocidos a las personas beneficiarias del estatuto de refugiado⁷⁰. Sin embargo, a la hora de su redacción, no se incorporó ninguna norma dirigida a la tutela de los MENAs solicitantes y beneficiarios de protección internacional. Se trata, en cambio, de un fenómeno frecuente que suscita algunos interrogantes de difícil resolución. En primer lugar, porque al no reconocerse la capacidad de obrar al MENA, supuestamente éste último ni siquiera podría solicitar dicha protección; y, en segundo lugar, porque resulta complicado valorar uno de los requisitos del art. 1 A, co. 2, de la CG51: se trata del denominado «miedo fundado» que deriva de la persecución sufrida en el país de origen⁷¹.

⁶⁶ Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, en vigor para España desde el 01.09.1987 («BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987, páginas 26099 a 26105 (7 págs.).

⁶⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, *cit. sub nota* núm. 14. Se trata del Tratado Internacional que ha recibido el mayor número de rectificaciones en la historia de Naciones Unidas: 195 Estados partes al día de hoy (20.07.2018). En España tiene eficacia desde el 05.01.1991, «BOE» núm. 313, lunes 13.12.1990, pp. 38897-38904; en Italia desde el 05.10.1991, rectificada por la L. 27 maggio 1991, n. 176, *GU* n.135 del 11-6-1991 - Suppl. Ordinario n. 35.

⁶⁸ Desde el punto de vista de la protección del menor en el sistema de Derechos Humanos, *vid. P. ALSTON, The best interests of the child: Reconciling culture and human rights*. Clarendon Press, 1994 y M. DEL R. CARMONA LUQUE, *La Convención sobre Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dykinson, 2011.

⁶⁹ Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, *cit. sub nota* núm. 64.

⁷⁰ Al no ser objeto de nuestra investigación, nos limitaremos a mencionar la definición de refugiado del art. 1 A, co. 2, de la CG51: «[...] el término «refugiado» se aplicará a toda persona: [...] Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1o de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él». Para profundizar en la materia *vid. J. C. HATHAWAY, The rights of Refugees under international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018 y A. ZIMMERMANN, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁷¹ Esas dos cuestiones pueden resolverse de forma diferente por parte de los Estados. Sin embargo, cabe señalar que, por un lado, estos suelen recurrir a una *factio iuris* permitiendo a los MENAs acceder al procedimiento de demanda de protección internacional (práctica además consolidada cuando se trata de menores a partir de los dieciséis años); y, por otro lado, se impone a las autoridades encargadas de valorar dicha demanda, el respeto de los principios de madurez y audiencia del menor.

37. Esa interrelación y potencial estratificación de estatutos, el de MENA y el de refugiado, es evidente en la legislación más reciente promulgada por la UE en materia de protección internacional.

2. La tutela de los MENAs solicitantes de protección internacional en la UE y el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)

38. Dentro del abanico de normas promulgadas en el seno de la UE resaltan las normas que han dado lugar al denominado Sistema Europeo Común de Asilo⁷² (SECA), puesto que estas normas constituyen la única fuente del Derecho europeo que, a día de hoy, regula el fenómeno de los MENAs. Se trata de un conjunto de normas de Derecho derivado que sienta su base en el art. 78 del TFUE, cuyo párrafo primero establece el desarrollo de una «política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal» respetuosa del principio del *non refoulement*. De ahí, la UE ha desarrollado un conjunto de instrumentos normativos dirigidos a regularizar el sistema de protección internacional en sus territorios⁷³. Dentro de los Reglamentos y Directivas que han sido desarrollados, el legislador de la UE ha insertado tangencialmente normas específicas para los MENAs solicitantes de protección internacional.

39. En primer lugar, la Directiva 2011/95/UE⁷⁴ (Directiva de reconocimiento) impone a los Estados miembros tomar medidas adecuadas a la especial vulnerabilidad de los MENAs de cara al otorgamiento del estatuto de la protección internacional (art. 20. 3 y 5); igualmente, en ella se prevé que los MENAs sean alojados en centros especializados y que la persona «que se ocupe de ellos» haya sido previamente formada (art. 30. 3 y 6). Luego, en la Directiva 2013/33/UE⁷⁵ (Directiva de acogida) el legislador de la UE se ha demostrado especialmente preocupado por el tema del internamiento y alojamiento de los menores. En concreto, se prohíbe expresamente el internamiento de MENAs en centros penitenciarios, y se plantea su alojamiento con personal que tenga en cuenta las necesidades propias de personas de su edad, y en instalaciones separadas a las de los adultos hasta los 16 años (arts. 11. 3, 24. 2 y 4). En la misma Directiva, el legislador vuelve a subrayar el carácter de especial vulnerabilidad de ese colectivo de personas (art. 21).

40. Interesante resulta la Directiva 2013/32/UE⁷⁶ (Directiva sobre procedimiento) en la que podemos resaltar múltiples artículos dirigidos a regular las garantías mínimas subyacentes a los cauces procesales por los que un MENA puede presentar su demanda de protección internacional en el territorio de la UE. En esta Directiva, se establece que el menor puede formular su demanda de protección

En este sentido *vid.* UNHCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, Décembre 2011.

⁷² A raíz de los acuerdos de Tampere, los Estados miembros acordaron desarrollar dicho sistema en dos fases de trabajos a través de la promulgación de una primera y de una segunda generación de directivas (*vid.* entre otros C. FAVILLI, *Procedura e garanzie del diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2011). Dublín hoy en día, en cambio, se plantea la necesidad de minimizar la discrecionalidad de los Estados miembros en la regulación de la materia y, por lo tanto, de convertir dichos instrumentos jurídicos en reglamentos, directamente vinculantes.

⁷³ A estos instrumentos podemos añadir la Directiva de retorno (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, *D.O.U.E.* Serie L 348/98, de 24 de diciembre de 2008) la cual establece que el retorno de un MENA puede ejecutarse solamente cuando el menor sea entregado a un miembro de su familia, un tutor designado o, finalmente, a un centro de acogida adecuado en el Estado de retorno (art. 10). La Directiva de retorno tiene un ámbito de aplicación más extenso que los demás instrumentos que se mencionarán a continuación, pues ésta se dirige a todos los migrantes irregulares y no solamente a los solicitantes de protección internacional. Para un análisis de la Directiva de retorno *vid.* T. FAJARDO DEL CASTILLO, “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 13, núm. 33, 2009, pp. 453-499.

⁷⁴ 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, Refundición, *D.O.U.E.* L 337/9, de 20 de diciembre de 2011.

⁷⁵ Directiva 2013/33/EU, 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) *D.O.U.E.* Serie L 180/96 de 29 de junio de 2013.

⁷⁶ 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 (refundición) *D.O.U.E.* Serie L 180/60, de 29 de junio de 2013.

internacional en su propio nombre o bien a través de un familiar suyo o de la persona de él responsable, dependiendo de la legislación, uso y costumbre del Estado nacional (art. 7.3). Por consiguiente, entendemos que cada Estado miembro valorará la edad y el grado de madurez de los MENAs que lleguen a su territorio de forma estándar (es decir, a través de principios o normas de aplicación generalizada) o bien individualizada (i.e. caso por caso). Lo cierto es que esa capacidad procesal del MENA puede ser valorada de forma muy diferente de un país a otro. Es más, la Directiva establece unas garantías procesales específicas para los MENAs (art. 25). En concreto, la norma requiere que al MENA se le asigne un representante «tan pronto como sea posible»; esa persona, física o jurídica, deberá velar por el interés superior del menor y en ningún caso podrá actuar en conflicto de intereses. Luego, no deberá nombrarse representante alguno cuando la persona migrante vaya a cumplir los dieciocho años de edad antes de que se dicte una resolución en primera instancia (art. 25. 2). Esa norma implica que, en la realidad cotidiana, muchos MENAs sean desprovistos de un tutor legal: de hecho, los procedimientos de decisión en materia de protección internacional suelen dilatarse mucho en el tiempo⁷⁷. Puesto que la mayor parte de los MENAs que llegan al territorio de la UE rozan la mayoría de edad, es altamente probable que se vuelvan adultos antes de que se dicte un primer fallo. Otra cuestión fundamental es la del reconocimiento médico que solamente podrá desarrollarse cuando existan dudas acerca de la edad del migrante y, siempre y cuando, el menor o su representante, presten su consentimiento (art. 25. 5).

41. Si bien es cierto que el ámbito de aplicación de estas Directivas de la UE se ciñe solamente a los MENAs solicitantes de protección internacional, a día de hoy, los Estados miembros están aplicando los principios generales allí recogidos en espera de un texto normativo más específico sobre MENAs.

3. Entre fragmentación normativa e inseguridad jurídica: vuelta a la regulación legislativa nacional

42. De lo anteriormente señalado se deduce que, a día de hoy, en la UE no contamos con ningún texto normativo unificado de alcance internacional o regional específicamente dirigido a la tutela de los MENAs. Por el contrario, existen normas generales de protección de los Derechos Humanos de cualquier ser humano, incluidos los menores de edad, y disposiciones más específicas que repercuten en aquellos MENAs que solicitan protección internacional en la UE. A pesar de esta enorme laguna normativa, del análisis de estos textos normativos deducimos que la inserción en ellos de unas pocas normas reguladoras del fenómeno de los MENAs, lleva a la exigencia de que a ese colectivo de personas se le proteja de forma peculiar y específica. Sin embargo, es cierto que esos instrumentos convencionales y legislativos no pueden hacer frente a la totalidad de las exigencias planteadas por los MENAs. Es por ello que numerosas problemáticas que les conciernen se quedan irresueltas. Dentro de estas, caben también los dos supuestos que aquí cuestionamos -i.e. la identificación y establecimiento de la minoría de edad de los MENAs indocumentados y la asignación rápida de un representante legal cualificado en la materia-.

43. A falta de un instrumento normativo armonizador internacional y/o europeo en la materia, los propios legisladores nacionales están llamados a regular esas cuestiones, cada uno en su respectivo ordenamiento jurídico interno. Dentro de los distintos modelos actualmente existentes en la UE, uno en concreto resulta particularmente llamativo por su originalidad y recién planeación: se trata de aquel promulgado por el legislador italiano con la entrada en vigor de la Ley núm. 47 de 2017, texto unificado en materia de MENAs. La Ley núm. 47 de 2017 aborda tanto el problema de la identificación y establecimiento de la minoría de edad de los MENAs como el de la tutela y representación de los MENAs que se encuentran acogidos en el territorio italiano. Las soluciones ofrecidas por dicha ley integran un modelo novedoso de protección de MENAs.

44. En los epígrafes siguientes se ilustrarán las disposiciones legales de la Ley núm. 47 de 2017 relevantes para dirimir los interrogantes planteados. Con este análisis, comprobaremos que las medidas

⁷⁷ Vid. ECRE, The length of asylum procedures in Europe, Octubre 2016, disponible al siguiente enlace: <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/10/AIDA-Brief-DurationProcedures.pdf> (último acceso al 14.10.2018).

adoptadas por el legislador italiano no resultan suficientes para colmar las lagunas normativas actualmente existentes en la normativa internacional y, tampoco son eficaces para contrarrestar la inseguridad jurídica que de éstas deriva. De ahí, se avanza la necesidad de adoptar un “modelo integrado europeo” que tome como punto de partida las soluciones avanzadas por el legislador italiano.

IV. El «modelo italiano» y la nueva Ley núm. 47 de 2017

45. Antes de analizar la Ley italiana núm. 47 de 2017, sobre disposiciones en materia de medidas de protección de menores extranjeros no acompañados⁷⁸, primer texto unificado en materia de MENAs, cabe señalar que previamente a su entrada en vigor el fenómeno migratorio de los niños y niñas migrantes no acompañados en Italia se regulaba a través de la interrelación de la normativa sobre menores e inmigración. Básicamente, la Ley 184 de 2003, sobre el derecho a una familia de los menores⁷⁹; el Libro I, Título X del Cc italiano en materia de tutela y emancipación; el D.P.C.M. 9 diciembre 1999, n. 535⁸⁰ y el T.U. en materia de inmigración⁸¹. Sin embargo, la existencia de unas cuantas normas genéricas, esporádicas y sueltas en el sistema de leyes italiano no eran desde luego suficientes para lograr una efectiva protección de la gran cantidad de MENAs que han llegado a Italia en el último periodo, pues, ninguna de esas normas tomaba en consideración la especial situación de vulnerabilidad consagrada en los textos internacionales ratificados por Italia⁸². De hecho, en la práctica, cada autoridad territorial competente adoptaba sus propias normas reguladoras, que podían variar de un lugar a otro del territorio italiano de manera incisiva⁸³.

46. En abril 2017 el gobierno italiano adoptó el primer texto unificado en Italia y el primero en el resto de la UE en materia de MENAs. La ley se aplica a todo menor de edad que no posee ni la ciudadanía italiana ni la de un país de la Unión Europea y que se halla, por una razón cualquiera, en el territorio del Estado italiano o bien, bajo la jurisdicción italiana, sin asistencia ni representación de sus padres ni de otra persona mayor legalmente responsable conforme a la Ley interna italiana (art. 2). Además, la Ley núm. 47 de 2017 parece insistir en una prohibición absoluta de devolución de los MENAs (art. 3). Sin embargo, si miramos al art. 31 del T.U. en materia de inmigración, se desprende que la prohibición de *non refoulement tout court* no existe⁸⁴, pues la norma establece que el Jefe de la Comisaría de Policía, en los casos establecidos por el propio T.U., podrá solicitar la expulsión del MENA ante el Tribunal de menores⁸⁵.

47. De todas formas, la Ley núm. 47 de 2017 introduce al menos dos novedades importantes. Por un lado, la previsión de un procedimiento multidisciplinar de determinación de la edad del menor y, por otro lado, la introducción de personal voluntario especializado encargado de desarrollar la tutela legal de los MENAs en Italia. Cabe señalar que tanto la fase de identificación de un MENA como la de la asignación de un tutor voluntario se desarrollan dentro del denominado procedimiento de primera

⁷⁸ *Vid.* nota núm. 18.

⁷⁹ Legge 4 maggio 1983, n. 184, Diritto del minore ad una famiglia, *GU* n.133 del 17-5-1983 - Suppl. Ordinario. En concreto, el art. 37-bis establece que «Al menor extranjero que se encuentre en el Estado en situación de abandono se le aplica la ley italiana en materia de adopción, custodia, acogida y las medidas necesarias en caso de urgencia» (traducción del autor).

⁸⁰ Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, a norma dell'articolo 33, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. (*GU* n.19 del 25-1-2000).

⁸¹ T.U. en materia de inmigración, *vid.* nota núm. 20.

⁸² Dentro de los más importantes: la Convención de los Derechos del Niño, *cit. sub* nota núm. 14; el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los niños del Consejo de Europa, Estrasburgo 25 de enero de 1996, *European Treaty Series* No. 160; Convenio Europeo para la protección de los Niños contra la explotación y el abuso sexual del Consejo de Europa, 25 de octubre de 2007, *Council of Europe Treaty Series* No. 201.

⁸³ V. MARAIA, A. PADOVANI y C. ZERBATO, “I minori stranieri non accompagnati: metodologia di intervento”, en C. FRATEA y I. QADRANTE, *Minori e Immigrazione: quali Diritti?*, Verona, Edizioni scientifiche italiane, 2015, pp. 141-151.

⁸⁴ En contra *vid.* C. CASCONE, “Brevi riflessioni in merito alla Legge n. 47/17 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei Minori Stranieri Non Accompagnati): luci ed ombre”, *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2017, pp. 1- 35.

⁸⁵ *Vid.* C. MARINO, “La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati”, *Rivista Famiglia e Diritto*, 8-9, 2017, sec. Giurisprudenza Minori, pp. 757-763 y Sents. Cass. Civile, sez. IV, 20 diciembre 2016 (*RJ* 2016/26442) y 26 abril 2017, (*RJ* 2017/10212).

acogida (*vid. infra*). Es curioso cómo, en ese preciso momento, en Italia intervienen dos jurisdicciones diferentes. Por un lado, el juez de menores es el encargado de rectificar la medida de acogida provisionalmente concedida, o bien de archivar el procedimiento dependiendo de las informaciones que el Ministerio Fiscal le haya suministrado. Por otro lado, el juez tutelar, que tradicionalmente detenta la facultad de abrir el procedimiento de asignación de un tutor, ex art. 343 Cc, está llamado a nombrar el tutor voluntario. Ambas autoridades son informadas de la presencia en el territorio italiano de un MENA por la autoridad de seguridad pública competente. Sin embargo, este «doble procedimiento» no deja de suscitar perplejidad en la doctrina por su inútil complejidad⁸⁶.

1. El procedimiento «multidisciplinar» de identificación de los MENAS y la determinación de la minoría de edad

48. Como hemos señalado, la identificación del menor y la determinación de su minoría de edad son cuestiones preliminares fundamentales en el fenómeno de los MENAS⁸⁷. De hecho, al menor en cuestión, se le podrá aplicar una normativa interna, europea e internacional más favorable solamente cuando se den los dos requisitos siguientes: no estar acompañado y tener una edad inferior a los 18 años. Frente a la inexistencia de una regulación europea armonizadora, cada Estado miembro se ha dotado de un sistema interno de identificación y de determinación de la edad propio (*vid.* punto II. 1.).

49. Hasta el año 2017, en Italia, no existía ni una normativa específica en materia de identificación de la edad de los MENAS⁸⁸, ni una praxis consolidada satisfactoria entre las autoridades locales internas del Estado. Hoy en día, en cambio, el art. 5 de la Ley núm. 47 de 2017 establece un procedimiento de identificación de los MENAS homogéneo. Esta fase se desarrolla dentro del denominado sistema de acogida de los MENAS, art. 4 de la Ley núm. 47 de 2017 y art. 19 del D.lgs. 142 de 2015⁸⁹. En virtud de ese sistema, cuando un MENA pisa territorio italiano, es acogido en un centro de primer socorro y acogida (CPSA) durante un periodo máximo de treinta días. En los primeros diez días, se pone en marcha el denominado procedimiento de identificación del menor a través de una primera entrevista que un personal cualificado y autorizado hace al MENA. El art. 19 del D.lgs. 142 de 2015 establece que la entrevista se desarrolla en presencia de las organizaciones, entes o asociaciones de comprobada y específica experiencia en materia de tutela de menores. Durante esa entrevista, el menor es invitado a expresar su historia personal y familiar, para que éste mismo pueda ser identificado. En concreto, se le piden: sus datos generales (nombre, apellido, nacionalidad y fecha de nacimiento); la presencia de otros familiares entre las demás personas migrantes y un documento de identidad⁹⁰. El nudo principal de esa identificación es precisamente el establecimiento de la edad biológica, art. 19 *bis* del D.lgs. 142 de 2015.

⁸⁶ En doctrina, entre otros *vid.* A. CORDIANO, “Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori non accompagnati”, *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, fasc. 9, pt. 2, 2017, pp. 1299- 1309.

⁸⁷ Otro aspecto importante que, sin embargo, no será objeto de la presente comunicación, es el del mantenimiento de la minoría de edad a lo largo de todo el procedimiento de presentación y análisis de la demanda de protección internacional. Para profundizar *vid.* ECRE, ECRE/Elena Legal Note ..., p. 9, *cit. sub nota* núm. 24.

⁸⁸ Se aplicaba por analogía la normativa existente en ámbito penal, el art. 349 del Codice di Procedura Penale (Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447 Approvazione del codice di procedura penale, GU n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 92), sobre identificación de personas sujetas a actividad investigadora policial y el art. 8 del D.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 (Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, GU n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 92) cuando existan dudas sobre la edad del imputado.

⁸⁹ D.lgs. n. 142 de 2015 (Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 142, Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, (15G00158), GU n.214 del 15-9-2015). La segunda fase del procedimiento de acogida (o “segunda acogida”), en cambio, continúa en el denominado sistema SPRAR (art. 12) el cual, fue originariamente elaborado para conseguir la integración de los solicitantes de protección internacional, y hoy en día amplía su ámbito de aplicación a los MENAs también.

⁹⁰ CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, Protocollo per l'identificazione e per l'accertamento olistico multidisciplinare dell'età dei minori non accompagnati, 16/30/CR09/C7-C15, p. 15, disponible en el siguiente enlace https://www.minori.gov.it/sites/default/files/protocollo_identificazione_msna.pdf (último acceso al 14.10.2018).

50. El procedimiento de determinación de la edad, generalmente, se articula en dos fases: una de identificación de los datos registrales y, otra, de verdadero establecimiento de la edad⁹¹. Solamente cuando la identificación en sentido estricto (o primera fase) no haya dado lugar a un resultado fehaciente y existan «dudas fundadas»⁹² sobre la edad exacta del menor⁹³, será necesario establecer la edad biológica a través de un procedimiento que contempla el desarrollo de técnicas socio-sanitarias. A tal efecto, es necesario que el menor, o su representante legal, presten su consentimiento tras haber sido adecuadamente informados sobre la prueba médica específica a la que deberá someterse. Se les informará también de cuáles son los resultados y las consecuencias que pueden derivarse del resultado obtenido; o qué pasaría en el caso de que el menor rechazara someterse a dicho procedimiento y, por último, se le informa sobre su derecho a expresar la razón de una eventual negativa a someterse al test. En cualquier caso, mientras tanto no se haya atribuido una edad a la persona, ésta se presume menor de edad en virtud del principio del «beneficio de la duda» y deberá ser acogido en las instalaciones adecuadas a tal efecto.

51. La segunda fase de identificación del menor es, precisamente, la más criticada: primero porque algunas de las técnicas utilizadas son altamente invasivas y pueden perjudicar a la salud del menor (como por ejemplo el uso de Rayos-X)⁹⁴. Segundo, porque no existe una técnica de determinación de la edad fiable al 100%⁹⁵. De hecho, el resultado obtenido siempre deberá indicar el margen de error estimado⁹⁶. Por tales razones la prueba médico-sanitaria de por sí no es el único factor decisivo para la determinación de la edad de la persona: la Ley núm. 47 de 2017 adopta el denominado enfoque holístico-multidisciplinar⁹⁷.

52. El método holístico-multidisciplinar implica que, al margen de las pruebas científicas, la autoridad decisoria tomará en cuenta otros factores importantes, entre los cuales: el aspecto físico, la madurez psicológica y el entorno familiar y cultural del menor. Es evidente, entonces, la necesidad de que un equipo de profesionales altamente cualificados intervenga durante todo el procedimiento y, finalmente, en la toma de una decisión final: trabajadores sociales; mediadores culturales; doctores; radiólogos; psicólogos; neurólogos infantiles y pediatras. El equipo es liderado por un “*case manager*” quien promueve un planteamiento holístico, multidisciplinar y multidimensional. En concreto, se prevé el desarrollo de los siguientes controles sanitarios: una entrevista sociológica; una consulta pediátrico-auxológica y una evaluación de neuropsiquiatría/psicológica. A tal efecto, el procedimiento de identificación y determinación de la edad se desarrolla en una Estructura Pública Sanitaria. El equipo médico-profesional emite un informe conclusivo en el que consta la edad estimada, con un mínimo y un máximo de variabilidad biológica, y la técnica utilizada⁹⁸. Todo el protocolo holístico-multidisciplinar puede tardar como mucho setenta y dos horas desde que el Juez haya dado su consentimiento para que se hubiera podido poner en marcha.

⁹¹ E. DI NAPOLI, “Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell’età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell’art. 5 della L. 47/2017”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2017, pp. 24.

⁹² «Dudas fundadas» pueden ser ocasionadas, entre otras cosas, por: la información recogida en otras bases de datos; las decisiones que conciernen a otros familiares, parientes o tutor legal del menor y la apariencia física.

⁹³ En concreto, la autoridad puede tener «dudas fundadas» sobre la edad declarada por el menor, bien porque éste no esté en posesión de algún documento legal de identidad, bien porque, al tenerlos, puede que éstos parezcan falsos. En ambos casos, cabe subrayar que el control de la autoridad no puede ser sistemático, sino que siempre debe estar justificado por la existencia de unas «dudas fundadas».

⁹⁴ *Vid.* punto II. pár. 1.

⁹⁵ *Vid.* N. LOUIS ATTALLAH y W. A. MARSHALL, “Estimation of Chronological Age ...”, p. 10, *op. cit. sub nota* núm. 27.

⁹⁶ Art. 5.7 de la Ley núm. 47 de 2017.

⁹⁷ Cabe señalar que el art. 4. 2 del Decreto Legislativo 4 marzo 2014, n. 24 Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. (14G00035) (GU n.60 del 13-3-2014), implementado por el D.p.r. n. 234 de 2016 (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 novembre 2016, n. 234 Regolamento recante definizione dei meccanismi per la determinazione dell’età dei minori non accompagnati vittime di tratta, in attuazione dell’articolo 4, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24. (16G00248), GU n.298 del 22-12-2016), adoptó por primero un mecanismo multidisciplinar de determinación de la edad, pero éste se dirigía solamente a los menores víctimas de trata.

⁹⁸ CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, Protocollo ..., p. 31, *cit. sub nota* núm. 90.

53. La decisión final debe ser motivada, escrita y clara para que la persona afectada pueda comprenderla. A pesar del silencio normativo al respecto, se entiende que la resolución la dictará el juez de menores del tribunal cuya fiscalía pidió la comprobación de la edad, en forma de decreto. En caso de que sigan existiendo dudas respecto a la edad de la persona, los principios protectores del menor vuelven a ser fundamentales: *in dubio pro minore* (art. 5.8). En caso contrario, si se estimara la mayoría de edad, la Ley n. 47 de 2017 establece otra garantía importante: el derecho a un recurso. A tal efecto, el art. 5. 9 se remite al procedimiento de jurisdicción voluntaria de los arts. 737 y ss. del Codice di Procedura Civile⁹⁹.

2. El tutor voluntario: ¿un paso más allá de la tutela jurídica?

54. El art. 11 de la Ley núm. 47 de 2017 se intitula «Listado de tutores voluntarios». Se trata quizás de la novedad más interesante dentro de las insertadas por la Ley núm. 47 de 2017¹⁰⁰. Antes de la entrada en vigor de la Ley núm. 47 de 2017, de hecho, esa tarea solía atribuirse a un tutor institucional (el Alcalde del Ayuntamiento donde el menor era acogido, el Comisionado u otros) el cual, frente al elevado número de MENAs asignados, no podía desarrollar sus funciones de tutela de forma adecuada a las exigencias de los menores migrantes. Por tales razones, el legislador italiano decidió institucionalizar la figura del «tutor voluntario», recogiendo en el texto legal lo que algunas regiones iban desarrollando ya en la práctica¹⁰¹. En abril de 2018, 3.000 ciudadanos italianos habían manifestado ya su disponibilidad a asumir ese tipo de responsabilidad¹⁰². La asignación de un tutor legal a los MENAs, al igual que la fase de determinación de la identidad, se desarrolla durante la fase de acogida. Mientras tanto al menor no se le haya asignado un tutor, el art. 6. 3 de la Ley n. 47/2017 establece que la demanda de permiso de residencia o la de protección internacional pueden ser presentadas por la estructura de acogida¹⁰³.

55. El tutor voluntario ex art. 11 de la Ley n. 47 de 2017 no es sino un mero ciudadano privado que manifiesta querer asumir ese tipo de responsabilidad, a través de una de las convocatorias públicas ofertadas por la Autoridad Garante para la Infancia y la Adolescencia¹⁰⁴. Para poder participar se requiere: ser ciudadano italiano o de la UE, apátrida o nacional de un tercer país que tenga buen conocimiento de la lengua italiana; tener residencia legal en Italia; tener más de 25 años; ser titular de los derechos civiles y políticos y no haber recibido condenas penales ni tener procedimientos penales pendientes a su cargo. Sin embargo, una vez averiguada la subsistencia de esos requisitos, el candidato recibe un periodo de formación especializado¹⁰⁵ que le permite luego inscribirse en el Registro de Tutores Voluntarios en el Tribunal de menores. Además, no pueden aplicar a esa posición los responsables o los voluntarios de

⁹⁹ Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 Codice di Procedura Civile, (040U1443) (GU n.253 del 28-10-1940).

¹⁰⁰ La figura del tutor legal o «guardian» había sido ampliamente desarrollada en la 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 (Directiva sobre trata). Sin embargo, esta Directiva se concentraba en la protección de los menores víctimas de trata de seres humanos y no en la protección de los menores *tout court*.

¹⁰¹ Es interesante resaltar que ya en los años '90 la Región Veneto había institucionalizado una propia Autoridad Garante en defensa de los derechos de los MENAs allí acogidos, tanto como un proyecto de tutores voluntarios en función desde año 2001. Para un análisis profundizado del desarrollo normativo regional *vid.* S. CUBERLI, La protezione dei Minori Stranieri Accompagnati dopo la Legge 47/2017. L'esperienza della Regione Veneto, Tesi di Laurea Magistrale in Giurisprudenza, defendida en Ferrara a.a. 2016/2017 (inédita), pp. 127-169.

¹⁰² Save The Children, Guida per i tutori volontari ei minori stranieri non accompagnati, Abril 2018, disponible al siguiente enlace <https://s3.savethechildren.it/public/files/uploads/pubblicazioni/guida-i-tutori-volontari-di-minori-stranieri-non-accompagnati.pdf> (último acceso al 14.10.2018).

¹⁰³ Sin embargo, el propio menor podría solicitar tanto el permiso de residencia por estudio o trabajo (ex art. 32 del T.U. en materia de inmigración) como la protección internacional, habiéndole sido reconocida una "capacidad extraordinaria" al respecto.

¹⁰⁴ La Autoridad Garante para la Infancia y la Adolescencia en Italia es un órgano del Estado instituido por la Legge 12 luglio 2011, n. 112, Istituzione dell'Autorita' garante per l'infanzia e l'adolescenza. (11G0154) (GU n.166 del 19-7-2011). Su función principal es de velar por la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (*cit. sub* nota núm. 14) y de los demás instrumentos internacionales en materia de protección de los menores y de los adolescentes. Es un órgano formado por un único miembro y del que Doña Filomena Albano, magistrado, es titular desde el 28.04.2016. Página oficial: <http://www.garanteinfanzia.org>.

¹⁰⁵ *Vid.* la memoria del curso de formación organizado por la Universidad de Torino y la Autoridad Garante de la Infancia y Adolescencia entre noviembre 2017 y enero 2018 en L. JOELLE, "Tutori volontari...", p. 15, *op. cit. sub* nota núm. 49.

las estructuras que acogen a los menores, tanto como cualquier otra persona que pueda tener un evidente conflicto de intereses en perjuicio del MENA. En concreto, el tutor representa legalmente al menor ya que, al no tener 18 años, este último no tiene capacidad de obrar en los procedimientos que le afectan. Esto no obsta a que el menor tenga el derecho de participar activamente y el derecho a expresar su voluntad: se recuerda que el derecho de audiencia del menor es un derecho fundamental establecido por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁰⁶.

56. El tutor persigue el reconocimiento de los derechos de la persona menor de edad, sin discriminación alguna. En ese sentido, el tutor voluntario presentará la demanda de permiso de residencia del menor y/o de protección internacional en el caso de que la institución de acogida no lo haya realizado todavía. El tutor debe controlar las condiciones de acogida, seguridad y protección y administrar el patrimonio del menor. De hecho, el tutor participa en la fase de identificación del menor y hace un seguimiento sobre todas las actuaciones desarrolladas para la determinación de la edad (art. 5. 3 de la Ley núm. 47 de 2017). Cuando un MENA tenga algún familiar en otro Estado miembro de la UE, y no haya presentado demanda de protección internacional¹⁰⁷, el tutor solicitará la apertura del procedimiento de reagrupación familiar, siempre y cuando esto no implique un riesgo para el menor. Respecto a los actos patrimoniales, en cambio, el tutor puede realizar libremente todos los actos de ordinaria administración, pero deberá pedir la autorización del juez cuando se trate de un acto de extraordinaria administración¹⁰⁸. También vigila su educación e integración conforme a su capacidad, inclinación y aspiración y promueve el bienestar psíquico-físico del menor ante las instituciones y los sujetos competentes. En concreto, el tutor voluntario deberá inscribir al menor en el Sistema Sanitario Nacional y deberá pedir la aplicación de un programa específico en el caso de que se trate de un MENA víctima de trata (art. 11)¹⁰⁹. Frente a las numerosas tareas asignadas, cada tutor puede tener asignado un número máximo de tres menores solamente, salvo excepciones. El art. 11 de la Ley núm. 46 de 2017, *in fine*, se remite al Libro I, Título X del Capítulo I del Cc por lo que concierne a los derechos y obligaciones del tutor voluntario.

57. Por lo que concierne a las funciones desarrolladas por el tutor voluntario, en cambio, se pueden señalar algunas incertidumbres sobre el alcance de la responsabilidad legal que la Ley núm. 47 de 2017 le atribuye. Cabe resaltar, primero, que a pesar de la remisión explícita que el art. 11 de la Ley núm. 47 de 2017 hace al Cc italiano, la responsabilidad del tutor voluntario es una responsabilidad atípica en cuanto dirigida exclusivamente a la protección de los MENAs que se hallen en el territorio italiano. Si nos centramos en los datos más recientes, se desprende que el pasado abril 2018, 5.828 MENAs desaparecieron de los centros de socorro y primera acogida italianos¹¹⁰. Se trata de un fenómeno bastante frecuente en Italia, imputable a la complejidad y a las lagunas existentes en el sistema de acogida de las personas inmigrantes¹¹¹. Surge, entonces, el problema de determinar si y cómo se califica la responsabilidad del tutor voluntario frente a la “desobediencia” del MENA. A tal efecto, el art. 358 Cc impone

¹⁰⁶ *Cit. sub.* nota núm. 15 cuyo artículo recita que «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.»

¹⁰⁷ Puesto que las normas sobre reagrupación familiar varían en el caso de los beneficiarios de protección internacional (*vid. supra* Intro.).

¹⁰⁸ Arts. 374 y 375 del Cc.

¹⁰⁹ La norma se remite al art. 18. 2, 2 bis y 2 ter del D.lgs. 142 de 2015 (*vid. supra* nota núm. 89) y el art. 76. 4 quater del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. (Testo A) (GU n.139 del 15-6-2002 - Suppl. Ordinario n. 126). En el D.lgs. n. 142 de 2015 se establecen las disposiciones generales de acogida de MENAS mientras que en el D.p.r. 115 de 2002, en cambio, se establecen las normas relativas al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los MENAs.

¹¹⁰ Save The Children, Guida per i tutori volontari ..., p. 34, *cit. sub* nota núm. 102.

¹¹¹ D. LESSI, “Ragazzi fantasma: 10 mila minori migranti scomparsi in Italia nell’ultimo anno”, LA STAMPA, 29.08.2017, disponible en el siguiente enlace: <http://www.lastampa.it/2017/08/29/italia/ragazzi-fantasma-mila-minori-migranti-scomparsi-in-italia-nellultimo-anno-a7eqITiaCPCCe2Uvuv0TQI/pagina.html> (último acceso al 25.07.2018).

al menor la obligación de respetar y obedecer al tutor: el menor, continúa, no puede abandonar la casa, o el instituto de destino, sin el permiso del tutor. En caso de infracción de esta norma, las líneas directrices de Save the Children, dictadas el pasado abril 2018 a favor de los tutores voluntarios, establecen consecuencias diferentes que las de la disciplina ordinaria. En concreto, mientras que el art. 358.2 Cc establece que, en caso de desobediencia, el tutor “podrá” hacer un llamamiento al menor tutelado, incluso a través del juez tutelar, la Guía impone al tutor voluntario la obligación de comunicar al Tribunal de menores la eventual desaparición del menor del centro de acogida¹¹². El tutor voluntario, continúa, no tiene (y quizás no debe) alojar de forma estable al MENA en su casa, ni ocuparse personalmente del procedimiento de acogida; procedimiento desarrollado por la propia Ley núm. 47 de 2017¹¹³. Además, la desaparición de un MENA constituye una de las causas de cesación de las funciones de tutela voluntaria, junto con la repatriación/reubicación y/o el alcance de la mayoría de edad (en cambio, se dice que el tutor decae de su carga cuando no esté desarrollando sus tareas de forma adecuada, puesto que en este caso la decisión del juez es unilateral)¹¹⁴. Además, si el menor desaparecido es identificado en otra parte del territorio italiano, y está acogido en otro centro de otra ciudad italiana, el tutor podrá solicitar la exoneración de sus funciones. Por el contrario, el tutor voluntario jamás puede renunciar unilateralmente a sus tareas, sino que se necesitará siempre una orden de cesación dictada por el juez civil.

3. Los límites intrínsecos a la Ley italiana núm. 47 de 2017 y la consecuente desprotección de los MENAs

58. Las novedades introducidas por la Ley núm. 47 de 2017 han tenido un éxito rotundo, tanto que se habla ya de un “modelo italiano”.

59. Por un lado, la Ley núm. 47 de 2017 establece un mecanismo de identificación de los MENAs «multidisciplinar», es decir, un sistema de determinación de la edad que permite atenuar el margen de error dictado por las pruebas médicas-sanitarias a través de la previsión de otros elementos relevantes. Se desprende que, a día de hoy, el enfoque holístico-multidisciplinar, tal y como está desarrollado por el ordenamiento jurídico italiano, constituye el método de identificación y determinación de la edad de los MENAs más apropiado de cara a la implementación de un sistema de protección de derechos de los MENAs efectivo en toda la UE. De hecho, la Ley núm. 47 de 2017 contempla la primacía absoluta del principio del interés superior del menor durante todo el procedimiento de identificación: piénsese en la predisposición de una escala de valores que mide la invasión de las técnicas médicas utilizadas para determinar la minoría de edad; y, también, piénsese en la consagración formal y en términos absolutos del principio *in dubio pro minore*.

60. Otro aspecto procesal relevante es la predisposición de un recurso efectivo contra la decisión desfavorable. A tal efecto, la Ley núm. 47 de 2017 prevé que la decisión debe ser escrita; tiene que describir los mecanismos socio-sanitarios que han sido utilizados y siempre indicará cuál es el margen de error. La posibilidad de impugnar la decisión con la cual se atribuye o no al MENA la menor edad no es una garantía descontada: a pesar de constituir un derecho humano fundamental de todas las personas,

¹¹² Vuelve aquí el tema del reparto de competencias entre el juez de menores y el juez tutelar y se desprende que, de conformidad con la disciplina ordinaria preexistente, la institución del Registro de Tutores Voluntarios en la sede del juez tutelar habría sido más adecuada, pues, en caso de alejamiento del centro de acogida, el tutor acudiría al juez tutelar y no al juez de menores.

¹¹³ Se entiende que, por el contrario, el MENA podría alejarse del centro en que reside de forma esporádica y sin la autorización del juez tutelar; en este sentido *vid.* A. BUCCIANTE, “La tutela dei minori”, en P. RASCIGNO, *Trattato di Diritto privato*, 4, Torino, 1997, p. 714.

¹¹⁴ Cuando un MENA lleva menos de 3 años en Italia y cumple la mayoría de edad, ya no puede beneficiarse del régimen de tutela de la Ley núm. 47 de 2017 pero puede convertir su permiso de residencia en otro de estudio o trabajo. A tal efecto es necesario el visto bueno de la Dirección General de Inmigración y de Políticas Inmigratorias. En este caso el MENA, a través de su representante legal, solicita el informe favorable noventa días antes de cumplir los dieciocho años y como muy tarde sesenta días después de que caduque el permiso de residencia de menores.

algunos Estados miembros (entre los cuales España)¹¹⁵ siguen manteniendo que la decisión con la que se determina la minoría de edad de un MENA es firme, y en ningún momento podrá ser revisada.

61. Estas consideraciones permiten afirmar la ejemplaridad del sistema de identificación y establecimiento de la minoría de edad de los MENAs desarrollado por el legislador italiano en la Ley núm. 47 de 2017, pues en él se garantiza la protección de los derechos humanos fundamentales que el ordenamiento jurídico internacional y europeo reconocen a todos los MENAs (*vid. supra* punto III.1. y III.2.).

62. Otro eje central de la Ley núm. 47 de 2017 es el tema de la incapacidad/falta de capacidad jurídica del menor. En ese sentido, el legislador italiano ha conseguido desarrollar un sistema de asignación de tutores muy novedoso. En primer lugar, porque se ha encargado a un órgano en concreto (i.e. la Autoridad Garante para la Infancia y la Adolescencia) de formar y educar a aquellas personas adultas que quieren asumir la tutela de un MENA. Sin esta especialización, los tutores no pueden inscribirse en el Registro de Tutores Voluntarios, segunda novedad introducida por la Ley italiana. Este listado agiliza de forma considerable el procedimiento de asignación de los representantes a los MENAs: nada más que a través de una consulta rápida al registro, al menor se le asigna un tutor. De esta manera, es altamente probable que el MENA estará asistido a lo largo del procedimiento de identificación; igualmente, el tutor es el encargado de presentar, cuando corresponda, demanda de protección internacional (a pesar de que incluso el propio MENA podría remitirla por sí solo). Finalmente, no se puede olvidar que el tutor voluntario realiza una labor benéfica, no recibe contraprestación alguna; de ahí que se evita cualquier conflicto de interés entre él y el menor.

63. Sin embargo, los poderes de representación del tutor voluntario no coinciden perfectamente (y por defecto) con los poderes generalmente asignados a la figura jurídica del tutor en el Cc. Ese “desapoderamiento” podría constituir un obstáculo para el establecimiento de aquella relación de confianza que se ha mostrado como instrumento eficaz de lucha contra el tráfico ilegal de migrantes (punto II.2). De hecho, los tutores voluntarios, aunque bien formados y ágilmente seleccionados, ostentan una responsabilidad muy limitada respecto al cuidado de esos niños y niñas, puesto que basta con que el MENA abandone su centro de acogida para que él se desprenda de su carga de representación. De tal manera que, así como se ha planteado, el tutor voluntario no podría contribuir de manera significativa a la realización de un verdadero seguimiento de cada MENA que le sea asignado; lo más probable es que renuncie a su estatuto.

64. Vuelve entonces un tema fundamental que se ha dejado entrever a lo largo de toda el análisis realizado: la colaboración y cooperación de representantes y autoridades entre distintos Estados miem-

¹¹⁵ En el caso de España, el art. 35. 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000, establece que «En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, 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». Una vez practicadas las pruebas para determinar la minoría de edad del menor, el Ministerio Fiscal dicta un decreto que, aunque no sea definitivo, no puede ser impugnado. La Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, p. 84, establece que el decreto tiene efectos provisionales puesto que la persona extranjera podrá ser sometida a pruebas complementarias en el caso de aportar nuevas pruebas como: documentos e identidad con datos biométricos o nuevas pruebas médicas (la Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España está disponible en el siguiente enlace: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2006.pdf?idFile=4abf06dc-da77-42f2-af15-3b204556f19e, último acceso al 14.10.2018). Ese sistema es contrario a los arts. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del niño: así viene de deliberarlo el Comité de los Derechos del Niño en el Dictamen aprobado durante su 79º período de sesiones; *vid.* Comité de los Derechos del niño (CRC), Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación Núm. 11/2017, CRC/C/79/D/11/2017, párr. 12.9 (documento disponible en el siguiente enlace https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treaty-bodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f79%2fD%2f11%2f2017&Lang=en&utm_source=ECRE+Newsletters&utm_campaign=cc74dd094b-EMAIL_CAMPAIGN_2018_11_09_10_13&utm_medium=email&utm_term=0_3ec9497afd-cc74dd094b-422323097, último acceso al 09.11.2018).

bros. Se ha señalado como los Estados miembros (Italia incluida) están actuando en un contexto internacional de matriz regional al que no pueden sustraerse (punto III). Además, se ha comprobado que la falta de un dialogo entre sistemas nacionales puede resultar profundamente perjudicial para los menores y las menores afectados (punto II.). Se plantea finalmente la necesidad de que el legislador europeo se empeñe en promulgar un texto unificado en materia de MENAs, capaz de armonizar las legislaciones estatales existentes y de colmar las lagunas normativas presentes en el sistema internacional de normas. De ese acercamiento normativo, se conseguiría compensar la «desconfianza» que últimamente se está agudizando entre los Estados de la UE, lo cual impide la adopción de una política migratoria europea única y homogénea¹¹⁶.

65. En conclusión, mientras las competencias y actuaciones de las autoridades y representantes internos de los Estados miembros no vayan más allá de las líneas fronteras estatales, existe un factor de riesgo elevado de desprotección y explotación de los MENAs que se encuentran en el territorio de la UE. La UE se acerca cada vez más a la necesidad de un desarrollo normativo con carácter armonizador que fomente la colaboración entre Estados miembros. De esta manera solamente la protección de los MENAs en el territorio de la UE dejaría de ser un reto pendiente y se convertiría en una meta alcanzada.

V. Conclusión

66. Dos cuestiones problemáticas impiden hoy en día la consecución de una protección efectiva de los derechos de los MENAs que se encuentran en el territorio de la UE de conformidad con los principios y normas de Derecho Internacional y Derecho de la UE en materia de derechos humanos y del estándar mínimo de derechos que debe reconocérsele. En concreto: 1) la falta de un único procedimiento holístico-multidisciplinar de identificación de los MENAs indocumentados y de establecimiento de su minoría de edad; y 2) la inexistencia de un sistema común de asignación rápida de un tutor legal desinteresado y especializado en la materia (i.e. “exigencia de profesionalización”).

67. Respecto a la identificación de los MENAs y de la determinación de su minoría de edad, se ha destacado que la libertad de aplicación de un sistema de evaluación en cada país, diferente del adoptado en otro, se traduce en un problema de reconocimiento de decisiones cuando el MENA se desplaza de un Estado miembro al otro. El nivel de inseguridad jurídica es muy elevado, puesto que la persona migrante puede estar sometida a un segundo test de identificación, cuyo resultado no tiene por qué coincidir con el anteriormente obtenido. El caso de Ventimiglia, punto clave de migración entre Italia

¹¹⁶ El principio de confianza recíproca entre los Estados miembros es un concepto clave desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a partir de los años setenta con el caso *Dijon* (STJUE, de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, ECLI). De allí, el principio de confianza mutua, inicialmente pensado en el contexto del régimen de libre circulación de bienes y capitales ha sufrido una expansión interpretativa importante, hasta llegar a ser considerado como uno de los axiomas constitucionales de la legislación europea (K. LENAERTS, “The principle of mutual recognition in the Area of freedom, Security and Justice”, *The fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture*, All Souls College, Univeristy of Oxford, 30 de enero de 2015). Hoy en día el principio de confianza mutua encuentra su principal función en aquellas materias en las que los Estados miembros no ceden terreno a la Unión y siguen preservando con celo su propia soberanía normativa (*a sensu contrario* Título I del TFUE, arts. 2 y ss., en ese sentido *vid.* T. WISCHMEYER, “Generating Trust though Law: Judicial Cooperation in the European Union and the Principle of Mutual Trust”, *German Law Journal*, Vol. 17, No. 3, 2016, pp. 339-382.). Si hasta la fecha actual, el principio de confianza mutua entre los Estados miembros era dado por descontado, los recientes contrastes en materia inmigratoria han determinado una brecha de desconfianza en el seno de la Unión Europea (C. BRADLEY, “European (Dis)Union: From the 1992 Single Market to Brexit”, *Univeristy of Miami International and comparative Law Review*, vol. 25, No. 1, 2017, pp. 1-62). Punto de tensión principal ha sido determinado por el sistema de reparto de responsabilidad entre Estados miembros para el examen de las solicitudes de protección internacional presentadas en la Unión Europea o, más sencillamente, el «sistema Dublín». El mecanismo ideado por la Unión Europea tiene como objetivo principal evitar el fenómeno del c.d. «forum shopping» y, en resumen, determinar la competencia de un Estado miembro en concreto para evaluar la demanda de protección internacional. Sin embargo, en el asunto *M.S.S. v. Belgium & Greece*, el TEDH manifestó por primera vez las consecuencias destructivas que habrían podido derivarse de ese planteamiento y abandonó la presunción de la existencia del principio de confianza mutua entre los Estados miembros en materia de asilo e inmigración (STEDH, de 21 de enero de 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, No. 30696/09).

y Francia, constituye un ejemplo claro y significativo de este fenómeno. Las autoridades francesas se niegan a reconocer como menores a las personas migrantes previamente identificadas como MENAs por el sistema italiano; de ahí la ejecución de numerosas devoluciones hacia Italia.

68. En segundo lugar, se debe compartir la idea por la cual el sistema de elección de los tutores para los MENAs es una herramienta que va mucho más allá de su mera representación legal. En este sentido se plantea: 1) la necesidad de que esos tutores reciban una formación y especialización previa a su designación y, 2) la previsión de un procedimiento de asignación ágil y rápido, para que el MENA reciba asistencia legal dentro del propio procedimiento de identificación. Estas dos previsiones alimentan la instauración de un trato de confianza entre el MENA y el tutor, lo que permitiría a este último disuadir al menor a tantear el abandono de su centro de acogida. Además, la instauración de una relación de intimidad permitiría al tutor extrapolar informaciones relevantes para la lucha contra la explotación y los abusos perpetrados por las redes ilegales de traficantes de personas migrantes.

69. Esas problemáticas no están reguladas por el Derecho internacional, pues, no existe ni a nivel internacional ni regional europeo una legislación específica en materia de MENAs. Sí existen normas generales de carácter internacional que protegen a los MENAs en cuanto seres humanos, lo que remite a la disciplina de protección de los Derechos Humanos en la UE. También contamos con el sistema SECA, a raíz del cual la UE ha desarrollado un conjunto de reglamentos y directivas en los que se prevén normas esporádicas dirigidas a la protección de esos menores. Estas previsiones normativas sugieren la necesidad de predisponer un sistema europeo de protección específico para los MENAs, un sistema idóneo para responder a las exigencias planteadas por sus propias vulnerabilidades.

70. Las soluciones aportadas por el Derecho interno italiano y, concretamente, las establecidas por la Ley núm. 47 de 2017 se revelan especialmente interesantes de cara a la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos a todos los MENAs que se encuentran en el territorio de la UE. De hecho, por un lado, la Ley núm. 47 de 2017 establece un mecanismo de identificación de los MENAs «holístico-multidisciplinar» que toma en consideración distintos factores (entre los cuales las características biológicas, sociales y culturales) indispensables para el establecimiento de la minoría de edad de la forma más fehaciente posible. Y, por otro lado, la Ley núm. 47 de 2017 establece un sistema de tutela muy original basado en la competencia de la Autoridad Garante para la Infancia y la Adolescencia. A este órgano se le ha asignado el papel fundamental de formar y educar a aquellas personas adultas que quieren asumir de forma voluntaria la tutela de los MENAs acogidos en el territorio italiano. Con dicha especialización, los tutores pueden acceder al Registro de Tutores Voluntarios: registro que los jueces de los menores consultan para designar rápidamente un tutor a cada MENA.

71. Sin embargo, a pesar del esfuerzo legislativo realizado por el gobierno italiano, ante un fenómeno de carácter global como es el de los MENAs la predisposición de unas repuestas nacionales limitadas a unos ordenamientos jurídicos en concreto no son capaces de hacer frente a las problemáticas objeto de nuestro análisis. De hecho, la falta de colaboración y cooperación entre autoridades nacionales (tutores incluidos) impide realizar un seguimiento efectivo y homogéneo de los MENAs que se encuentran en todo el territorio de la UE. El riesgo, es que los Estados infrinjan principios y derechos fundamentales de los MENA como la prohibición del *non refoulement*; o incluso que se deje al menor en las manos de los traficantes ilegales de migrantes.

72. En definitiva, la adopción de una normativa armonizadora por parte de las instituciones europeas es indispensable frente a la falta de dialogo entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros. Hoy en día, a la UE le compete armonizar los sistemas legislativos internos de cada Estado en materia migratoria; en consecuencia, solamente ella podrá imponer un nivel de comunicación satisfactorio entre los países de la UE. El desarrollo de un texto consolidado en materia de MENAs debería tomar como ejemplo el modelo legislativo italiano, al menos en los dos aspectos señalados. Primero, la imposición de un único procedimiento multidisciplinar para la identificación de los MENAs

y el establecimiento de su minoría de edad; de hecho, una armonización en ese sentido impondría a los Estados miembros reconocer las decisiones dictadas por sus vecinos, descartando la ejecución de devoluciones de MENAs y el margen de inseguridad jurídica que deriva de la sumisión de los MENAs a múltiples tests de identificación. Y, segundo, la implementación de sistemas de representación de los MENAs fundados en la rapidez del procedimiento de elección y en la profesionalidad y gratuidad del trabajo desarrollado por los tutores. De esta manera la relación de confianza que se establece entre el tutor y el menor aportará múltiples beneficios: por un lado, contribuirá al desarrollo y cuidado del menor y, por otro, permitirá realizar un seguimiento efectivo sobre él y, por consiguiente, contrarrestar el tráfico ilegal de las personas migrantes.

73. Para la consecución de dichos objetivos, se podría pensar en la implementación de una base de datos común en la que confluyan las informaciones relevantes de todos los MENAs que se encuentran acogidos o dispersos en el territorio de la UE. Ese mecanismo permitiría realizar un seguimiento constante de esos menores migrantes y, sobre todo, agilizaría las tareas de las autoridades nacionales pudiendo éstas comprobar el historial del menor al completo (cuál fue el Estado de primera acogida y, en su caso, cuál es su domicilio; cuándo y cómo fue identificado; quién se le asignó como tutor etc.). Sin embargo, no se puede descartar tampoco la posibilidad de que la recolección y distribución descontroladas de esos datos (especialmente cuando sean calificados como “sensibles”) podría implicar el menoscabo de otros derechos fundamentales consagrados para la protección de todo ser humano; entre los cuales el derecho a una vida privada y familiar por ejemplo (art. 8 del CEDH). Esta reflexión, plantea la necesidad de seguir profundizando en la materia, en busca de la consecución de un sistema de protección de derechos de los MENAs en la UE lo más garante y equilibrado posible.