

Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España

Legal review of unaccompanied foreign minors in the European area. Analysis of the situation in Spain

Alfonso Vicente Lorca
 Universidad Rey Juan Carlos
 ORCID ID 0000-0002-9887-2055
alfonso.vicente@urjc.es

Cita recomendada:

Vicente Lorca, A. (2022). Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 101-130.

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2022.6809>

Recibido / received: 04/03/2021
 Aceptado / accepted: 23/07/2021

Resumen

La cuestión de los menores no acompañados es un asunto que suscita controversias en muchos territorios en Europa. Debido a ello es necesaria una coordinación entre todas las administraciones existentes para velar por el cumplimiento de la ley y proteger los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes que por diferentes circunstancias se encuentran en una situación de desamparo. Por ello, pese a todo lo avanzado, se tiene que seguir legislando para ajustarse a las necesidades de hoy en día, ya que cada vez el fenómeno migratorio de menores es más frecuente.

Palabras clave

Menores no acompañados, inmigración, extranjería, sistema de protección, centros de menores.

Abstract

The issue of unaccompanied minors is a controversial matter in many territories in Europe. Due to this, coordination between all existing administrations is necessary to ensure compliance with the law and protect the human rights of children and adolescents who, due to different circumstances, find themselves in a situation of helplessness. For this reason, despite



everything that has been advanced, legislation must continue to be adjusted to meet the needs of today, since the migratory phenomenon of minors is more and more frequent.

Keywords

Unaccompanied minors, immigration, foreigners, protection system, juvenile centers.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Metodología. 3. Objetivos. 4. Definición de menor extranjero no acompañado. 5. Normativa internacional. 5.1. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989. 5.2. Convenio Europeo de 1996 sobre el ejercicio de los derechos de los niños. 5.3. Otras fuentes legales internacionales. 5.4. Asunto J.A.B c. España. 6. Normativa comunitaria. Especial referencia al Derecho de la Unión Europea. 6.1. Normativa no vinculante. *Soft law*. 6.2. Normativa Vinculante. 6.3. Caso *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga* contra Bélgica. Sentencia de 12 de octubre de 2006. 7. Normativa nacional. 7.1. La Constitución Española y la Ley Orgánica 1/1996 como instrumentos que recogen los principios generales. 7.2. La Ley de Extranjería. 7.3. Principales CC. AA. 7.4. Tratamiento de los menores extranjeros no acompañados por las autoridades españolas. 7.5. Menor extranjero no acompañado y mayoría de edad. 7.6. Fundación raíces contra el Protocolo Marco. 8. Conclusión.

1. Introducción

La presencia de los menores extranjeros no acompañados no es un asunto que atañe de manera exclusiva a España, es una realidad presente en el conjunto de toda Europa, si bien con mayor o menor incidencia, dependiendo de la situación geográfica y socioeconómica de cada país y con procesos y circunstancias muy diversos. Estamos ante un fenómeno migratorio que supone un complejo reto para las Administraciones de cualquier Estado europeo, pero especialmente para los Estados miembros de la Unión Europea que cuentan con un espacio de libertad, seguridad y justicia que requiere de especial protección jurídica con carácter general, pero que, como argumenta Duran Ruíz, debe añadir un plus de especificidad para proteger los derechos fundamentales de aquellos que son más vulnerables, como es el caso de los menores migrantes y de los menores que migran solos (Durán, 2021).

Este fenómeno migratorio se ve agravado en determinados casos por la distancia entre los países receptores y los países de origen de los menores extranjeros no acompañados. Como ejemplos nos encontramos con los asuntos que provienen de Italia y de la zona de Sicilia, que es la más cercana a África, en especial la isla de Lampedusa respecto a Libia; la cuestión de Grecia, en la que se ha observado un fuerte aumento de solicitudes de asilo de menores no acompañados motivados por los conflictos acontecidos en los últimos años en Siria o Afganistán; o España que comparte frontera con Marruecos entre Ceuta y Melilla, y que además se encuentra a escasos kilómetros atravesando el estrecho de Gibraltar, zona que ha sido protagonista en estos últimos meses de conflictos acontecidos en las fronteras entre España y Marruecos, motivados por asuntos diplomáticos, en los que los menores extranjeros no acompañados se han visto especialmente involucrados (UNICEF, 2019), a lo que debemos añadir la cercanía del archipiélago canario con las costas del Sahara o Senegal.

Debemos añadir que el actual panorama político internacional hace que la cuestión de los menores extranjeros no acompañados tenga una relevancia significativa en términos sociales, políticos y jurídicos, especialmente a raíz de la crisis de los refugiados de 2015. Asimismo, este debate sociopolítico sobre estos menores ensalza la importancia de ahondar en esta cuestión, sobre todo si repasamos a nivel nacional la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que ha desestimado el recurso presentado por la Fiscalía, al que se adhirió el PSOE, de solicitud de medidas cautelares contra Vox para retirar carteles electorales contra los menores de edad migrantes. Los jueces consideran que la publicidad del partido de ultraderecha es un «eslogan electoral» y no se puede considerar que represente unas «ideas a prohibir», mientras han de admitirse otras «tan criticables o más que estas» (AAPM. Auto nº 631/2021) argumentando que los menores extranjeros no acompañados en España son un «evidente problema social y político».

Es por esto por lo que se hace necesaria una revisión jurídica en el espacio europeo de lo que atañe a los menores extranjeros no acompañados, para de este modo comprender mejor las dificultades que entraña un asunto tan complejo, en el que los derechos fundamentales de personas especialmente vulnerables se pueden ver involucrados y que pueden influir tanto de una manera positiva, como negativa en el futuro de estas personas y de la sociedad en la que van a convivir.

2. Metodología

Para la realización de este trabajo se ha realizado una revisión de la situación jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo bajo un planteamiento inductivo, deductivo y bibliográfico, centrado en la revisión de la legislación existente en Europa sobre los menores extranjeros no acompañados con el objetivo de plantear que cuando se habla de menores extranjeros no acompañados, se está hablando de derechos humanos.

Se ha utilizado como técnica de investigación principal el análisis de documentos. Con este enfoque, se ha tratado de interpretar el significado de una información fundamentalmente cuantitativa que otras fuentes ya han elaborado y que se encuentra accesible en estadísticas oficiales, documentos impresos, así como en internet.

3. Objetivos

El objetivo de este trabajo principalmente es el de visibilizar a un grupo de personas que en determinados espacios no es tenido en cuenta, no es apreciado, no se le presta la debida atención y, en ocasiones, incluso, es obligado a realizar prácticas contrarias a los derechos humanos¹. Esta visibilización trata de presentarse desde un punto de vista general, esto es, la realidad jurídica, legal y social de los menores extranjeros no acompañados citando y revisando la realidad a la que se enfrentan estas personas de una manera transversal desde una perspectiva jurídica, social y cultural.

Se aborda la idea de que cuando se alcanza una conquista legal y social en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas, no existe una seguridad total de que dicho avance se mantenga o se incremente en el tiempo, existiendo el riesgo

¹ Véase a este respecto el caso de la menor camerunesa de 16 años, que llegó a Madrid huyendo de la violencia sexual y de un matrimonio forzado en 2017. La ONU ha censurado a España por violar su derecho a la intimidad.

de un posible retroceso desde el punto de vista de la protección legal de los derechos humanos de los menores extranjeros no acompañados.

Teniendo en cuenta estos objetivos y cómo será su análisis podemos hacernos las siguientes preguntas de investigación:

- ¿Cómo es la situación jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo? De la respuesta entenderemos de un mejor modo la situación que viven estas personas especialmente vulnerables y sabremos si es necesaria una especial protección jurídica.

- ¿Qué respuestas dan los sistemas internacionales de protección a los derechos de los menores extranjeros no acompañados? La sociedad ha avanzado mucho a partir de la segunda mitad del siglo pasado en materia de derechos humanos, sin embargo, existen colectivos en los que ese avance está teniendo un desarrollo lento, que debemos revisar y visibilizar.

- ¿Qué medidas se están llevando a cabo en el espacio europeo para favorecer los derechos de los menores extranjeros no acompañados? Europa como continente es un espacio regional complejo que necesita cierta organización tanto estructural como jurídica, para, en principio, que las relaciones entre ellos funcionen de manera pacífica para conseguir que los derechos fundamentales de todos los ciudadanos se respeten. Trabajar de manera conjunta para lograr este fin es el principal objetivo de la Unión Europea y de sus Estados miembros, así como del Consejo de Europa y los países que lo conforman.

- ¿Son adecuadas las medidas llevadas a cabo en España para favorecer los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados? La revisión de las normas que España está llevando a cabo para favorecer los derechos fundamentales de los menores extranjeros ayudará a comprender el posicionamiento de España al respecto, nos hará comprender las dificultades que un asunto del calado de este requiere y podremos comprender que, en ocasiones, la regulación jurídica de menores de edad puede resultar un asunto mucho más complejo que otros por su dualidad, el ser menores y el ser extranjeros no acompañados.

4. Definición de menor extranjero no acompañado

Cuando hablamos de los menores extranjeros no acompañados nos referimos a todos los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos². En ocasiones podemos encontrar el acrónimo MENA para referirse a los menores extranjeros no acompañados, pero en este documento se evita su utilización ya que podría suponer una estigmatización hacia estas personas y puede tener ciertas connotaciones negativas.

Las razones de la migración de menores son múltiples, pero, sobre todo, esta se produce debido a las guerras y los conflictos que rodean a este colectivo. Las familias envían a estos menores con el fin de que alcancen una vida mejor.

El aspecto más relevante de los menores extranjeros no acompañados es su doble condición de menores de edad y extranjeros en situación irregular. Como menores de edad, se encuentran amparados bajo una legislación específica basada

² Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03).

en el interés superior del menor. Este principio del interés del menor se basa en un conjunto de acciones y procesos que se dirigen a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible a dichos menores (CEAR, 2014). Además, dicho principio debe ser la consideración principal de toda acción emprendida por las autoridades en relación con los menores. Por otro lado, como extranjeros en situación irregular, en muchas ocasiones son objeto de repatriación directa.

Otra cuestión difícil de abordar respecto de los menores extranjeros no acompañados es la determinación de la edad, puesto que, de forma general, no poseen documentación alguna que los identifique. Para solventar dicho problema, se debe recurrir a las normas de Derecho Internacional, en concreto, en España acudimos al artículo 9.1. del Código Civil, en el que se enuncia que la mayoría de edad se rige por la ley nacional del individuo. El procedimiento concreto para la determinación de la edad se establece en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Una vez se localiza a un extranjero indocumentado cuya edad es difícil determinar, los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado pondrán a dicho sujeto a disposición de los servicios de protección competentes e inmediatamente se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien es el órgano encargado de determinar la edad del posible menor. Se colabora en todo momento con las instituciones sanitarias, las cuales realizarán las pruebas técnicas necesarias.

5. Normativa internacional

Antes de comenzar con el análisis jurídico internacional, cabe destacar que, al hablar sobre una situación relativamente novedosa, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no se menciona a los menores extranjeros no acompañados de forma específica. Esta situación se repite en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, aunque como veremos a continuación se añaden con posterioridad observaciones generales para solventar dichas lagunas legales. Pese a esta situación debemos recordar que esta convención es un tratado de carácter universal y, por tanto, los derechos que en ella se recogen están dirigidos a todos los niños (Pérez Pérez et al., 2009). Esto implica que, por tanto, los menores extranjeros no acompañados también son titulares de dichos derechos y deberán tenerse en cuenta en aquellos países que ratificaron dicha convención.

5.1. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional que recoge todos los derechos de los niños y que obliga a aquellos Estados que la firman a cumplirlos. Es el tratado más ratificado de la historia, firmado por un total de 195 Estados. Se compone de un total de 54 artículos en los que se recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños (UNICEF, 2022).

Esta convención entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años (Convención Sobre los Derechos del Niño [CSDN], artículo 1). Los Estados parte deberán respetar los derechos que en ella se enuncian y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el

nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (CSDN], artículo 2).

Pese a lo anteriormente descrito, dicha convención no hace referencia explícita a los menores extranjeros no acompañados, pero, al ser una convención de carácter universal y al dirigirse los derechos que en ella se contienen a todos los niños, los menores extranjeros no acompañados también son titulares de dichos derechos que habrán de ser respetados y tenidos en cuenta por los países que ratificaron dicha convención. Sin embargo, existen ciertos documentos derivados de la misma que tratan de ir más allá. Así, destacamos la Observación General número 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen y la Observación General 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial.

5.1.1. Observación General número 6

El objetivo de dicha observación general es poner de manifiesto la situación tan vulnerable que rodea a los menores extranjeros no acompañados, exponer la multiplicidad de problemas que experimentan los Estados y otros actores para conseguir que dichos menores tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de ellos, así como proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de estos menores a la luz de todo el contexto jurídico que representa la Convención, con especial referencia a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de éste a manifestar libremente sus opiniones³.

En esta observación número 6 se hace una importante distinción entre menores no acompañados y menores separados de sus familias, entendiendo por estos últimos aquellos que son separados de ambos padres o de sus tutores legales habituales, pero no necesariamente de otros parientes, por tanto, podría tratarse de menores que se encuentran acompañados por otros miembros adultos de su familia⁴.

En esta observación general se enumeran una serie de principios aplicables, cuya obligación se establece para los Estados parte con independencia de su nacionalidad o apatridia y su situación en términos de inmigración. Según la Convención, las obligaciones de los Estados se aplicarán dentro de las fronteras de estos, incluso con respecto a aquellos menores que queden sometidos a su jurisdicción al tratar de penetrar en el territorio nacional⁵.

Lo más destacable de dicha observación general lo encontramos en su apartado número 5, donde se establece que las medidas de protección de los menores no acompañados y separados de su familia siempre se regirán por el principio del interés superior del menor. Este interés superior ha de respetarse en todos los momentos de la situación de desplazamiento y, además, exige una evaluación clara y a fondo de la identidad del menor y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección⁶.

El último punto por destacar de dicha observación tiene que ver con los supuestos de repatriación de los menores extranjeros no acompañados a su país de

³ Comité de Derechos del Niño: Observación General número 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), p. 5, párrafo 1.

⁴ *Ibidem*, p. 6, párrafo 8.

⁵ *Ibidem*, p. 7, párrafo 12.

⁶ *Ibidem*, p. 9, párrafo 20.

origen, caso que solo se dará si redundará en el interés superior del menor. Para determinar esta circunstancia, se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos⁷:

- La seguridad personal y pública, condiciones socioeconómicas y un estudio sobre las condiciones en el país.
- La existencia de mecanismos de atención individual del menor.
- La propia opinión del menor.
- El nivel de integración del menor en el país de acogida.
- El derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).
- La conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y se preste atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico (artículo 20 de la Convención).

5.1.2. Observación General número 14

La Observación General número 14 del año 2013 trata sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Podemos destacar tres puntos básicos dentro de esta observación general⁸:

1. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Establece una obligación intrínseca para los Estados y puede invocarse ante los tribunales.

2. Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor.

3. Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un menor, se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de dicha decisión en el niño o niños interesados.

5.2. Convenio Europeo de 1996 sobre el ejercicio de los derechos de los niños

Como respuesta al requisito establecido en el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, que exige que los Estados parte tomen todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para la aplicación de los derechos reconocidos en dicha Convención, el Consejo de Europa propuso la redacción de un convenio en el que se tratasen asuntos a los que la Convención no hubiera dado cobertura, evitando así cualquier solapamiento con esta. Aprobado el 25 de enero de 1996, se considera un instrumento jurídico internacional debido a que solamente fue ratificado por ciertos miembros del Consejo de Europa, no coincidentes con los miembros de la Unión Europea.

Este Convenio pretende no solo promover los derechos de los menores en aras de su interés superior, sino también concederles determinados derechos procesales y facilitarles el ejercicio de los mismos⁹. En el propio Convenio se establece, además, que se entenderán por procedimientos que afectan a los niños los procedimientos de familia. No obstante, se otorga libertad a los Estados para que

⁷ *Ibidem*, p. 21, punto C.

⁸ Comité de Derechos del Niño. (2013). Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, p. 4, párrafo 6.

⁹ Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños (Estrasburgo, 25 de enero de 1996).

apliquen el citado convenio a otros procedimientos, lo que implica que se podría aplicar a los procesos judiciales en los que los menores extranjeros no acompañados sean parte.

En cuanto a los derechos procesales otorgados a los niños, el Convenio establece los siguientes: derecho a ser informado y expresar su opinión en los procedimientos, derecho a solicitar la designación de un representante especial y otros derechos procesales tales como los de solicitar la asistencia de una persona apropiada de su elección con el fin de que se les ayude a expresar su opinión o derecho a nombrar su propio representante. En esta misma parte del Convenio se establece el papel de las autoridades judiciales, quienes antes de tomar una decisión deberán disponer de información suficiente y tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño.

5.3. Otras fuentes legales internacionales

Como se ha expuesto anteriormente, la norma por excelencia en el ámbito que nos compete es la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Sin embargo, en el ámbito internacional encontramos numerosos tratados internacionales. De todos los tratados existentes, son aplicables en los procedimientos judiciales en los que participan los menores extranjeros no acompañados todos aquellos relativos a los Derechos Humanos en general, al Derecho de los refugiados y al Derecho internacional humanitario. Como ejemplo de estos tratados encontramos la Declaración Internacional de los Derechos Humanos de 1948 y la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951.

Además de los tratados mencionados, debemos hacer referencia igualmente a todos aquellos instrumentos internacionales específicos para los niños. Así, podemos mencionar las Directrices de ACNUR (2008) para la determinación del interés superior del niño, documento en el que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas incluye varios ejemplos de instrumentos específicos para los niños¹⁰.

5.4. Asunto J.A.B c. España

Tras todo lo expuesto anteriormente, se ha considerado importante destacar un Dictamen emitido por el Comité de Derechos del Niño, un Dictamen que se conoce como el Asunto J.A.B c. España¹¹.

El presente Dictamen es destacable en cuanto que resalta la importancia sobre la cuestión de la determinación de la edad. Se considera de importancia fundamental la determinación de la edad en una persona joven, puesto que de dicho resultado se determinará si la persona en cuestión tendrá derecho a una protección especial como menor o por el contrario será excluido de dicha protección. Además de

¹⁰ Véanse los siguientes instrumentos: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la participación de niños en conflictos armados (2000); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de los niños en pornografía (2000); Convenio relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993 y su Recomendación relativa a la aplicación a los niños refugiados y a otros niños internacionalmente desplazados (1994); Convención sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la protección de menores (1996); Convenios de la Organización Internacional del Trabajo número 182 (Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999) y número 138 (Convenio sobre la edad mínima, 1973). Cabe destacar que los textos señalados anteriormente solo serán de aplicación para los menores extranjeros no acompañados en determinados casos concretos en los que se de alguna de las situaciones que se regulan en ellos.

¹¹ Dictamen 22/2017. Asunto J.A.B c. España.

esta especial protección, no se nos debe pasar por alto el disfrute de los derechos específicos de los menores recogidos en la Convención de los Derechos del Niño. Por todo ello, se considera imperativo la existencia de un proceso que determine la edad, así como la potestad de apelar el resultado de dicho proceso. De nuevo se destaca la importancia de la supremacía del interés superior del menor como una consideración primordial que debe estar presente durante todo el proceso de determinación de la edad del presunto menor.

6. Normativa comunitaria. Especial referencia al Derecho de la Unión Europea

La Directiva 2011/95/UE define al menor extranjero no acompañado como aquel menor que llegue al territorio de un Estado miembro de la Unión Europea sin estar acompañado por un adulto responsable de él según la ley o la práctica del Estado miembro de la Unión de que se trate y mientras no esté efectivamente al cuidado de esa persona o que queda sin compañía después de haber entrado en el territorio del Estado miembro de la Unión Europea.

La Unión Europea es uno de los principales destinos para los menores extranjeros no acompañados, por ello, la política en materia de inmigración por parte de la Unión Europea cobra vital importancia para conocer y valorar el estado de los menores en Europa y tomar así acciones para mejorar su situación a su llegada a las fronteras europeas. El número de menores extranjeros no acompañados que recibe un país, así como su situación geográfica, es fundamental para diferenciar los dos modelos de actuación existentes dentro del marco comunitario, diferenciando así entre un primer modelo para los países del norte y centro de Europa y un segundo modelo para los países del sur de Europa. En el primer modelo será más frecuente que se considere al menor como refugiado y que solicite asilo, mientras que, en el segundo modelo, se les incluye dentro del colectivo de inmigrantes irregulares y se le aplica el régimen interno relativo a la protección de menores, lo que limita el acceso a la solicitud de asilo (Neubauer Esteban, 2017).

Pese a no haber una legislación unificada, al igual que con la normativa internacional, destacaremos los principales textos legislativos aplicables a los menores extranjeros no acompañados.

6.1. Normativa no vinculante. *Soft law*

6.1.1. Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 junio de 1997

La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros fue adoptada por el Consejo de la Unión Europea tomando como referencia el artículo K.1 del Tratado de la Unión Europea y comprobando que la aplicación de este no supusiera obstáculo alguno en relación con los compromisos internacionales y leyes nacionales de orden y seguridad pública. Asimismo, su adopción se realizó considerando que, en virtud de lo establecido en el TUE y de alguna otra causa como la especial vulnerabilidad de estos menores, se trataba de una materia de interés común¹². El objetivo de la presente resolución se establece en su artículo 1.3 y consiste en «establecer directrices para el trato de los menores no acompañados por lo que respecta a su acogida,

¹² Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03), p. 6.

permanencia y retorno y, en el caso de los solicitantes de asilo, la realización de los trámites aplicables».

Esta normativa incluye en su artículo 3 ciertas garantías que coinciden con la Convención sobre los Derechos del Niño para aquellos menores no acompañados que, en virtud de las leyes nacionales, deban permanecer en la frontera hasta que se decida si se les admite en el territorio o se ordena su retorno. Así, incluye la posibilidad de que disfruten de todos los medios materiales y cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades esenciales. Además de estas garantías, la resolución contiene la necesidad de tratar de determinar cuanto antes la identidad del menor, así como la circunstancia de que no esté acompañado, especificando diferentes medios, como una entrevista que debería celebrarse lo antes posible y en condiciones adecuadas a su edad.

Por último, la Resolución prevé que cuando un menor no esté autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, el Estado en cuestión solo podrá devolver el menor a su país de origen, o a un tercer país dispuesto a admitirlo, si se dan determinadas condiciones. Un menor solo será devuelto a otro Estado si hay garantías de que, desde el momento de su llegada al país, será recibido y pasará a estar a cargo, bien de sus padres o de otros adultos que se ocupen de él, bien de instancias gubernamentales de su país de origen o de terceros países a fin de encontrar una solución duradera adecuada, o bien de organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales que ofrezcan suficiente garantía.

A pesar de todo lo expuesto anteriormente, se considera que las garantías establecidas en dicha Resolución no son suficientes por dos motivos. El primero de ellos es que las garantías se exponen de manera superficial y resumida, sin ahondar en el contenido o en lo que se requiere exactamente. Dichas garantías no aparecen redactadas en forma imperativa, si no que se abusa del uso de condicionales, pudiendo provocar así diversas interpretaciones. El segundo motivo es que en la Resolución se contempla la inadmisión por parte de los Estados miembros de los menores que lleguen indocumentados, así como la posibilidad de tomar las medidas necesarias para impedirles la entrada y para prevenir su estancia ilegal (Díez Morrás, 2012).

6.1.2. Dictamen del Comité de las Regiones de 2007 sobre la situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales¹³

La aportación de este dictamen reside en que aborda la cuestión de los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva global, enlazando la necesidad de adoptar actos legislativos comunes a nivel de la Unión Europea. Este punto es esencial puesto que según se contempla en el propio dictamen¹⁴:

La carga de la asistencia de los menores extranjeros no acompañados suele recaer íntegramente en los entes locales y regionales, que deben afrontar la situación en condiciones de urgencia porque no disponen de una política de referencia, sin competencias efectivas en el ámbito de la solución del problema en origen y sin

¹³ Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema «La situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales» (2007/C 51/07), pp. 35-40.

¹⁴ *Ibidem*, considerando número 9.

capacidad legal para adoptar decisiones en el ámbito del reagrupamiento o repatriación asistida.

En dicho dictamen, el Comité de las Regiones considera insuficientes las actuales disposiciones legales existentes a escala europea y en determinados Estados miembros relativas a los menores extranjeros no acompañados y solicita medidas que subsanen dicha situación.

6.1.3. Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)

Como bien se ha mencionado con anterioridad, la normativa comunitaria relativa a los menores extranjeros no acompañados es insuficiente y pese a la protección que se pretende dar a este colectivo tan vulnerable, la realidad es que dicha normativa no se ajusta a las necesidades de los menores extranjeros no acompañados. Debido a esta situación, la Comisión Europea, consciente de la urgencia de una mayor coherencia y cooperación y de la necesidad de mejorar la regulación existente, anunció en junio de 2009 un Plan de acción sobre los menores no acompañados con la intención de integrarlo dentro del cuerpo de documentos de carácter no vinculante que existe en el ámbito comunitario (Senovilla Hernández, 2011). Dicho Plan de acción, conocido también como el Programa de Estocolmo, se previó para un periodo de tiempo comprendido entre 2010 y 2014.

En relación con este Plan de acción, el Parlamento Europeo hizo hincapié sobre la importancia de que éste contemplase y abordase materias como la cooperación con los terceros países de los que emigran los menores extranjeros no acompañados, la protección que se le debe proporcionar a este colectivo y las posibles soluciones teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor. Así, teniendo en cuenta dicho interés superior, se debe tener en consideración la imposibilidad de reconocer el retorno como única opción duradera ya que, si se atiende a ese interés superior, habrá determinados casos en los que será preferible adoptar otro tipo de medida. Del mismo modo que se insiste en la importancia de considerar como primordial el respeto del interés superior del menor, la Comisión declara en su comunicación que estima conveniente que sean las normas de la Convención de los Derechos del Niño las que estén a la cabeza a la hora de tomar cualquier decisión o realizar cualquier acción relativa a los menores extranjeros no acompañados.

El Plan de acción sobre los menores no acompañados se constituye por diferentes secciones que se decidieron siguiendo el consejo del Parlamento Europeo sobre cuáles eran las materias cuyo progreso resultaba imprescindible. Dicho plan cuenta con cuatro secciones principales¹⁵:

- Datos: cuestiones relativas a las estadísticas.
- Prevención de la migración insegura y la trata de seres humanos - Aumento de las capacidades de protección en terceros países.
- Recepción y garantías procesales en la Unión Europea.
- Búsqueda de soluciones duraderas.

En la introducción del texto la Comisión hace referencia a la escasez de estadísticas sobre los menores extranjeros no acompañados en los territorios de los Estados miembros. Una de las causas de esta carencia es que los Estados miembros solamente están obligados a recabar información sobre los menores que solicitan

¹⁵ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*.

asilo y, como se ha manifestado en epígrafes anteriores, estos no son los únicos que entran de manera ilegal en sus territorios. Una de las propuestas que se hacen en el plan es precisamente acerca de este punto, que se basa en el perfeccionamiento de dichas estadísticas para que resulten más útiles y eficaces.

La segunda acción se dirige a la búsqueda de ideas que contribuyan a prevenir la migración de menores no acompañados a países de la Unión Europea. Una práctica que propone la Comisión es la sensibilización sobre estos problemas con vistas a identificar de forma más rápida y proteger desde un principio a las víctimas de trata de menores.

Las secciones más relevantes en cuanto a los procedimientos judiciales de los menores extranjeros no acompañados hacen referencia a la recepción y garantías procesales y la búsqueda de soluciones duraderas. Respecto de la primera de ellas (recepción y garantías procesales), establece la necesidad de proporcionar la protección necesaria a los menores desde el momento en que se detecta su presencia hasta que se encuentre una solución duradera.

Finalmente, en la búsqueda de soluciones duraderas, se destaca la importancia de que prevalezca el interés superior del niño en todas las decisiones que le incumban. Se señalan en el plan las diferentes soluciones que contempla la Comisión, que son:

- El retorno al país de origen y la reintegración en el mismo.
- La concesión de protección internacional u otro estatuto jurídico que permita a los menores integrarse adecuadamente en el Estado miembro de acogida.
- El reasentamiento.

Asimismo, se indica que la decisión se deberá adoptar en un plazo de tiempo no superior a seis meses, en la medida de lo posible, por las autoridades competentes.

6.1.4. Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea de 12 septiembre de 2013

Como se viene mencionando en varias ocasiones en este punto dedicado a la normativa comunitaria en torno a los menores extranjeros no acompañados, queda visto que la normativa existente no es suficiente y reflejo de ello es la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013.

Lo destacable de dicha resolución es que condena las lagunas existentes en materia de protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea, denunciando a su vez las condiciones de acogida de estos menores, así como las numerosas violaciones de sus derechos fundamentales en ciertos Estados miembros¹⁶.

Para acabar con esta situación, solicita a la Comisión Europea que elabore líneas estratégicas vinculantes para todos los Estados miembros, e insta a estos a respetar de manera estricta la obligación de no detener nunca a un menor. La Resolución hace especial hincapié en que cualquier decisión relativa a los menores

¹⁶ Recomendación General 3 de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE.

extranjeros no acompañados se debe tomar en virtud de una evaluación individual y respetando siempre el interés superior del niño.

6.1.5. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre protección de los menores migrantes de 12 abril de 2017

Durante los años 2015 y 2016 se multiplicó alrededor de un 30% el número de menores solicitantes de asilo en la Unión Europea. Debido a este aumento, se pusieron de manifiesto las carencias y deficiencias en cuanto a protección de los menores migrantes. La Comunicación que nos ocupa se basa en las iniciativas de la Unión Europea dirigidas a hacer frente a los retos migratorios y su objetivo principal consiste en proponer una serie de medidas coordinadas y efectivas para dar respuesta a las urgentes carencias en la protección de los menores y a las necesidades a las que estos se enfrentan a su llegada a Europa. Dichas medidas van desde la identificación, la acogida o aplicación de garantías procesales hasta la aplicación de soluciones duraderas¹⁷.

6.2. Normativa Vinculante

6.2.1. Directiva 2001/55/CE referida a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas

La protección temporal es un escalón de protección inferior al estatuto del refugiado desarrollado en la Unión Europea con el objetivo de no dejar totalmente desprotegidas a personas extracomunitarias que no cumplen los requisitos para obtener el estatuto de refugiado, pero que requieren protección por un periodo de tiempo determinado.

La Directiva 2001/55/CE obliga a los Estados miembros a proporcionar a los menores extranjeros no acompañados la asistencia necesaria tanto médica como de cualquier otro tipo¹⁸ y a darles acceso al sistema de educación en las mismas condiciones que los nacionales¹⁹, incluyéndolos dentro del grupo de colectivos especialmente vulnerables.

Dicha directiva prevé que los Estados miembros garanticen a dichos menores «la necesaria representación a través de un tutor legal, o, en caso necesario de una organización encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad o de otro tipo adecuado de representación»²⁰.

Por último, cabe destacar que dicha Directiva contiene previsiones en cuanto al alojamiento de los menores extranjeros no acompañados, primando el acogimiento familiar y escuchando la opinión del menor.

¹⁷ Comunicación de 12 abril de 2017 de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre protección de los menores migrantes, introducción.

¹⁸ Directiva 2001/55/CE relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, artículo 13.4.

¹⁹ *Ibidem*, artículo 14.1.

²⁰ *Ibidem*, artículo 16.1.

6.2.2. Directiva 2003/9/CE por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional

La Directiva que nos ocupa es relevante en cuanto que establece las condiciones mínimas que deben asegurar los Estados miembros de la Unión Europea a los solicitantes de asilo cuando estos pertenecen al colectivo de los menores extranjeros no acompañados. A través de dicha Directiva se trata de garantizarles una representación y alojamiento adecuados y con la máxima celeridad, intentando encontrar cuanto antes a los miembros de su familia por parte de los Estados miembros, responsables de examinar la solicitud de asilo.

6.2.3. Directiva 2005/85/CE del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado en los Estados miembros

La Directiva 2005/85/CE ha establecido normas particulares con relación a los menores extranjeros no acompañados, concretamente respecto de la necesidad de establecer garantías procesales para ellos debido a su especial vulnerabilidad. Esta norma establece lo necesario para que cualquier persona tenga garantizado el acceso al procedimiento dirigido a la concesión del derecho de asilo. En el caso concreto de los menores extranjeros no acompañados deja en manos de los Estados miembros las competencias para establecer los supuestos en que la solicitud de un menor no acompañado tiene que ser presentada por un representante y en cuales podrá presentarla por sí mismo, estableciendo ciertas garantías en relación con las personas que pueden representar al menor y la labor que deben realizar.

En contraposición, en el artículo 17.2, dicha directiva establece en qué circunstancias los Estados miembros no nombrarán al representante del menor, que será cuando:

- a) vayan a alcanzar, con toda probabilidad la mayoría de edad antes de que se adopte una decisión en primera instancia o b) puedan disponer gratuitamente de un asesor jurídico o cualquier otro consejero, reconocido como tal con arreglo a la legislación nacional para cumplir los cometidos asignados más arriba al representante o c) estén o hayan estado casados.

Dicha directiva se refiere también a la posibilidad de que los Estados miembros utilicen reconocimientos médicos para determinar la edad de los menores extranjeros no acompañados, con carácter previo al examen de su solicitud de asilo. En tal caso, los menores deberán ser informados de tal forma que comprendan de manera razonada el método de reconocimiento, las consecuencias del resultado del mismo y las consecuencias en caso de negarse a someterse a dicho reconocimiento. En caso de que el menor rechace someterse a dicho reconocimiento la directiva establece que dicha negativa no puede ser causa de justificación para que no se dicte una resolución sobre su solicitud de asilo, ni el fundamento único de la denegación de esta²¹.

En su artículo 35 la directiva permite a aquellos países que tuviesen una normativa distinta a la establecida en la misma respecto de las solicitudes de asilo presentadas en la frontera antes de que esta fuese aprobada, esto es, antes del 1 de diciembre de 2005, mantener dicha normativa interna preexistente, incluso si no se

²¹ Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, artículo 17.5.

respetaban las garantías en cuanto al procedimiento de examen, concesión y retirada de la solicitud de asilo. Como excepción, deja a salvo algunas garantías inexcusables como la obligación de nombrar un representante para los extranjeros menores de 16 años.

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

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 20 que «Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado». Como bien hemos mencionado en varias ocasiones, los menores extranjeros no acompañados también están comprendidos dentro de esta categoría y por tanto merecen dicha protección especial. Sin embargo, en la Unión Europea se decantan por considerar a estos menores como extranjeros ilegales (Durán Ruiz, 2011).

La conclusión a la que llegábamos anteriormente se deduce de la Directiva 2008/115/CE, que establece las siguientes garantías previas ante la decisión de retorno de un menor:

- Antes de dictar la decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se debe conceder la asistencia de los servicios pertinentes por parte de las distintas autoridades que se encarguen de la ejecución del retorno, teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño.
- Antes de llevar a cabo la expulsión del menor no acompañado del territorio de un determinado Estado, las autoridades pertinentes se han de cerciorar de que será entregado a un miembro de su familia, tutor o servicio de acogida adecuado en el Estado de retorno.

Dicha directiva no hace referencia alguna a aquellas situaciones en las que la repatriación del menor extranjero no acompañado no sea posible y como consecuencia deba permanecer en territorio comunitario.

6.2.5. Reglamento 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismo de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país

El Reglamento 343/2003/CE determina el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo. En el caso de que existiesen familiares del menor extranjero no acompañado en otro Estado miembro que pudiesen ocuparse de él, el Estado responsable de la solicitud de asilo del menor y aquel en el que se encuentren los familiares «harán lo posible» por reunir al menor con su familia. De dicha afirmación podemos retraer que no existe obligación jurídica, sino una mera posibilidad de reagrupar al menor con sus familiares, transfiriéndose la responsabilidad de examinar su solicitud de asilo al Estado de residencia de tales familiares.

6.2.6. Reglamento 604/2013, 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 apátrida

El Reglamento que nos ocupa establece que el primer país al que ingrese el migrante es el que determinará sobre su petición de asilo, por tanto, el solicitante no puede elegir libremente cual es el Estado miembro del que desea protección.

A través de este Reglamento la mayor carga sobre solicitud de asilo recae en los Estados fronterizos. Cabe decir que actualmente dicho Reglamento es cuestionado por varias organizaciones como ACNUR, distintas ONGs e incluso por la ONU (Urcelay Lecue, 2016).

6.3. Caso *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga* contra Bélgica. Sentencia de 12 de octubre de 2006

El presente caso es de especial trascendencia dentro de los derechos de los menores extranjeros no acompañados en este apartado de Derecho comunitario, puesto que dicho caso provocó un importante cambio legislativo en Bélgica (Diéz Morrás, 2012). Debemos resaltar la peculiaridad de que en este caso en concreto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo consideró lesionados los derechos del menor, sino además de la madre de éste. Se destaca en la sentencia que esta transmisión no tiene por qué darse solo entre padres e hijos, si no que vendrá determinada por las circunstancias de cada caso en concreto.

Tras esta sentencia, el Tribunal destaca que un menor no debe ser retenido a menos que no sea posible tomar en consideración una medida menos radical, en cuyo caso el menor deberá ser internado en un centro apropiado y nunca en las mismas condiciones que un adulto.

7. Normativa nacional

La llegada de menores extranjeros no acompañados a España es un fenómeno de especial relevancia. Ya entre los años 2000 a 2010 se encontraban en nuestro país entre 3000 y 5000 menores extranjeros no acompañados. Aunque no es fácil cuantificar la cantidad de menores que se encuentran en nuestras fronteras, a fecha de 31 de diciembre de 2019 se encontraban en el registro un total de 12.417 menores, de los cuales 1.088 eran mujeres y 11.329 hombres. La cifra, a 31 de octubre, se rebaja a 9.283, de los cuales 918 eran mujeres (ACCEM, 2021).

Un descenso que, aunque el Gobierno no lo aclara, «se produce al cumplir la mayoría de edad parte de los que había registrados a final de 2019, ya que no se han producido repatriaciones de menores más allá de alguna puntual y ninguna de marroquíes» (Faro, 2021), explica la formación. Según especifica el Ejecutivo, en 2019 se realizaron 4 repatriaciones y 9 durante 2020.

En cuanto a la normativa española respecto de los menores extranjeros no acompañados, es preciso recordar que cuando España ratifica tratados o normas internacionales, éstas se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico pasando a formar parte de nuestro derecho interno en virtud del artículo 96.1 de la Constitución española. Debido a ello, el principal instrumento jurídico en nuestro país respecto de los menores sería la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Cabe señalar que nuestra jurisprudencia recurre con frecuencia a dicha convención como «principio fundamental de interpretación y aplicación de las normas procesales internas en beneficio del interés superior del menor» (Alcón Yustas et al., 2011).

En los textos legales nos encontraremos con dos criterios, por un lado, la regulación de la minoría de edad y por otro la extranjería, dos factores que determinarán los derechos de que son titulares este colectivo. Para el reconocimiento de los distintos derechos no será suficiente con su observación si no que se deberán articular mecanismos que garanticen su efectividad a través de las circunstancias concretas de cada menor.

La edad será el criterio que va a determinar qué legislación aplicar. La identificación de los menores no solo es necesaria para que pueda intentarse su repatriación o expulsión, sino que también es imprescindible para que se les preste una atención adecuada. La norma generalizada es que los menores extranjeros no acompañados entren en nuestro país sin documentación, por ello es frecuente desconocer la edad exacta de estos, ello provoca problemas que se traducen en la privación de derechos ya reconocidos para los menores. La determinación de la edad para estos menores es el factor del que dependerá la situación jurídica del migrante, así si se demuestra que es mayor de edad, se convierte en extranjero indocumentado y se procederá a su expulsión del país, sin embargo, si se determina que es menor de edad, este pasará a disposición de los servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma en que se encuentre (Peláez Fernández, 2018).

7.1. La Constitución Española y la Ley Orgánica 1/1996 como instrumentos que recogen los principios generales

Al igual que en parte de la normativa que ya hemos tratado, la Constitución española no hace referencia expresa a los menores extranjeros no acompañados, no obstante, las disposiciones que en ella se establecen deben ser respetadas en todos los procesos judiciales en los que estos sean parte. En este texto legal, encontramos una serie de derechos en el Título I, de los cuales deben considerarse titulares a todos los niños. En el artículo 14 encontramos la prohibición de todo tipo de discriminación en el disfrute de los derechos, y en su artículo 39 se establece la protección de la familia y la necesidad de que no se produzcan discriminaciones por razón de nacimiento, disponiendo en su apartado número 4 que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

La Ley Orgánica 1/1996²² también dota a los menores extranjeros no acompañados de un marco jurídico de protección. Esta ley surge debido a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico español a la situación actual de reconocimiento de los menores como titulares de derechos. Uno de los principales cambios que supuso esta ley fue la concesión de una mayor participación a los menores extranjeros no acompañados en la búsqueda de sus necesidades e intereses (Pérez Pérez et al., 2009). Entre las garantías que se reconocen a los menores en esta ley destacamos las siguientes: la primacía del interés superior del menor, la no discriminación en el goce de los derechos que les hayan sido reconocidos a los menores y el derecho a ser oído.

²² Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.

7.2. La Ley de Extranjería

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, contiene en su artículo 35 disposiciones de suma importancia respecto de los menores extranjeros no acompañados.

En dicho artículo se establece la obligatoriedad de que la Administración del Estado resuelva acerca de la repatriación o de la permanencia en España del menor, en virtud siempre del interés superior del menor. Sin embargo, existen conflictos de intereses entre la Administración y el menor no acompañado debido a la indeterminación de este principio, que ha generado numerosas controversias. El Defensor del Pueblo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este tema y mantiene que un problema importante en España es que las autoridades, por regla general, toman de manera automática la decisión de devolver a estos menores a su país de origen, cuando lo más lógico sería realizar un estudio exhaustivo de cada caso para poder determinar cuál es la solución más conveniente para cada menor (Defensor del Pueblo, 2001). El Defensor del Pueblo defendió también la idea de que la repatriación no siempre tiene por qué ser la mejor solución y que, aunque en principio se identifica el interés del menor con el hecho de no ser separado de su familia, la repatriación solamente debe considerarse cuando sea conforme a las correspondientes garantías y se den las condiciones adecuadas.

Todo ello ha provocado que, como ya se ha mencionado anteriormente, el interés superior del menor sea considerado el principio sobre el que gira el sistema de protección de los menores extranjeros no acompañados y que diversas repatriaciones hayan sido recurridas por considerarse contrarias al mismo. La legitimación para interponer el recurso le corresponde tanto a la Administración tutora del menor como al propio interesado y también al Ministerio Fiscal. Es a raíz de dicho recurso cuando comienzan los procedimientos judiciales al respecto, en los que los tribunales españoles analizan las resoluciones de las administraciones y las valoran (Diéz Morrás, 2012).

Además de la cuestión sobre la decisión entre la repatriación o permanencia del menor no acompañado, en la citada ley se regulan otros asuntos relativos a los menores extranjeros no acompañados. Así en los puntos 1 y 2 del citado artículo se hace referencia a la necesidad de que el Gobierno promueva acuerdos de colaboración con los países de origen y la posibilidad de que las Comunidades Autónomas hagan lo mismo en relación con acuerdos cuyo objetivo sea procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia, siempre que se asegure la protección del interés de los menores. En cuanto al punto tercero, se regula la determinación de la edad. Aquí, la ley impone a los servicios competentes de protección de menores la obligación de que procuren la atención inmediata necesaria, conforme a la legislación correspondiente, a aquellos indocumentados de cuya minoría de edad existan dudas. Se establece igualmente el deber de informar al Ministerio Fiscal de dicha situación, pues le corresponderá disponer la determinación de la edad.

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

Mediante este reglamento la regulación de los menores extranjeros no acompañados se comprende ahora en diez artículos, del 189 al 198, ubicados en el capítulo 3 que

se titula: «Menores extranjeros no acompañados». En estos artículos se detallan cuestiones como su definición, la determinación de la edad, la competencia sobre el procedimiento de repatriación y actuaciones previas, el inicio del procedimiento de repatriación, las alegaciones y determinación del periodo de prueba, el trámite de audiencia y la resolución del procedimiento, la ejecución de la repatriación, la residencia del menor, el acceso a la mayoría de edad cuando es titular de una autorización de residencia y el acceso a la mayoría de edad cuando no sea titular de una autorización de residencia.

7.2.2. Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados

Este documento tiene por objetivo coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores y documentación. Este texto responde a una previsión contenida en el artículo 190.2 del Reglamento de Extranjería y recoge la jurisprudencia internacional en torno a los menores extranjeros no acompañados, así como la del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado.

En relación con este protocolo se pueden destacar dos aspectos. En primer lugar, uno de carácter formal que se refiere a los tres meses que transcurrieron desde el acuerdo para la aprobación de dicho protocolo el 22 de julio de 2014 y su publicación en el Boletín Oficial del Estado el 16 de octubre de 2014. El segundo aspecto, relativo a su contenido, se refiere a las previsiones que se contemplan en este protocolo respecto a la determinación de la edad de los menores no acompañados en aquellos casos en los que estén en posesión de un pasaporte, pero la información relativa a la edad contenida en el mismo sea contradictoria con los resultados de las pruebas de determinación de la edad que le hicieron con anterioridad en España. En estos casos, según el propio protocolo, en su capítulo II apartado sexto, al menor se le considerará indocumentado, lo que podría contradecir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que dictó dos sentencias en las que se prohíbe someter a las pruebas para determinar la edad a los inmigrantes menores con pasaporte válido que se encuentran de forma irregular en España²³.

En cuanto a la aplicación de las previsiones del citado protocolo marco, la Sentencia del Tribunal Supremo 131/2018 de 31 de enero, señala que el protocolo no es susceptible de recurso directo, sino únicamente sus actos de aplicación. Dicha sentencia establece también el deber de los interesados de someterse a pruebas médicas admitiendo que el artículo que enumera las circunstancias por las que se pueda dudar de la fecha de nacimiento establecida en un documento auténtico no supone una extralimitación respecto de la normativa vigente.

7.3. Principales CCAA.

7.3.1. Plan de Inmigración de la Comunidad de Madrid 2019-2021

El objetivo de este plan de inmigración es lograr que las personas extranjeras dejen de requerir un apoyo extraordinario y puedan desenvolverse en sociedad en

²³ STS de 24 de septiembre de 2014 y STS de 23 de septiembre de 2014.

condiciones de igualdad plena. Este plan, vigente hasta 2021, contiene un apartado específico dedicado a los menores extranjeros no acompañados.

Tras su llegada a Madrid, los menores extranjeros ingresan en los centros de primera acogida de Hortaleza o Isabel Clara Eugenia, dependiendo de la edad de estos, que, una vez determinada por la Fiscalía de Menores, son derivados a un recurso especializado en el que se elabora su proyecto socioeducativo de manera individual. Según este plan de inmigración, la atención que se presta a estos niños y niñas siempre viene determinada por su condición de menores y la primacía de su interés superior.

La Comunidad de Madrid es una de las Comunidades Autónomas que más menores extranjeros no acompañados atiende, por lo que actualmente desarrolla un trabajo de coordinación con otras instituciones y administraciones que se ven implicadas en este fenómeno migratorio de menores (Plan de Acción de la Comunidad Autónoma de Madrid, 2019-2021).

En cuanto al despliegue de las medidas de este plan de inmigración, se vuelve a dedicar un pequeño apartado para los menores extranjeros no acompañados en el que se contemplan un total de seis medidas:

1. Mejorar la atención en los centros tutelados de la Comunidad de Madrid a través de una intervención inmediata, especializada y cercana, de manera que se logre una mayor integración social y familiar.
2. Incrementar las plazas en residencias destinadas a los menores extranjeros no acompañados para prestar asistencia a través de la atención inmediata y a través de medidas de protección.
3. Asegurar la integración de los menores en las residencias a través de intérpretes.
4. Asegurar el derecho de protección ampliando los programas de mediación en los centros de acogida.
5. Asegurar el derecho a la protección de los menores extranjeros no acompañados realizando un seguimiento de las medidas previstas en el Protocolo Marco relativas al registro de estos menores.
6. Promover la coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Delegaciones del Gobierno, Fiscalía y Embajadas que correspondan para realizar una intervención coordinada y eficaz que dé como resultado el cumplimiento del contenido del Protocolo Marco.

Pese a todas estas medidas descritas, son varias las denuncias por parte de asociaciones como *Save the Children* o la Fundación Raíces. Estas asociaciones alegan que los menores extranjeros no acompañados se encuentran actualmente en un estado de abandono y desprotección (Save the Children, 2016).

7.3.2. Plan de ciudadanía y de las migraciones de la Generalitat de Catalunya 2017-2020

Con el presente plan elaborado por la Generalitat se pretende conseguir, a través de políticas de ciudadanía y migración, acoger e integrar en la sociedad catalana a todas las personas que llegan a esta Comunidad Autónoma. El presente plan regula la Ley 10/2010 de acogida de las personas inmigradas y regresadas a Cataluña²⁴ y se divide

²⁴ BOE nº 139 de 8 de junio de 2010. Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

en cuatro ejes estratégicos con un total de 15 líneas de actuación. Los ejes del citado plan responden a cuatro conceptos básicos: diversidad, igualdad, acogida y gestión integral.

A lo largo de todo el plan se incluye a los menores dentro de los planes de actuación, pero no se encuentra un apartado específico para este colectivo, por lo que estos se incluyen dentro de las distintas líneas de actuación con los demás colectivos a los que dicho plan engloba.

7.3.3. V Plan de actuación en el ámbito de la Ciudadanía, Interculturalidad e Inmigración del Gobierno Vasco 2018-2020

El presente plan de actuación se organiza en tres grandes apartados coincidentes con tres tipos de medidas: estratégicas, organizativas y programáticas, y se identifican con tres ámbitos de actuación: salud, vivienda y jurídico. El objetivo general del presente plan es establecer las bases para la construcción de una sociedad vasca cohesionada en torno a la igualdad de derechos y deberes de toda la ciudadanía respetando la diversidad cultural y potenciando la convivencia intercultural.

Al igual que en el plan elaborado por la Generalitat, en este plan de actuación no encontramos un apartado específico para los menores extranjeros no acompañados, siendo estos incluidos dentro del colectivo que requiere una especial atención, encontrando distintas medidas para estos menores como la reagrupación familiar, el estudio de su situación y necesidades o el apoyo económico para las entidades que trabajan con este colectivo.

7.3.4. Tratamiento normativo y social de los menores inmigrantes en Andalucía

A diferencia de las anteriores Comunidades Autónomas, ante la búsqueda de un plan de inmigración en dicha comunidad nos encontramos con un Proyecto de Decreto para la aprobación del IV Plan Integral de la Inmigración en Andalucía para los años 2018 a 2022. Con este proyecto se pretende disponer de un instrumento de planificación y coordinación de todas las políticas de la Administración de la Junta de Andalucía.

La legislación protectora de menores en Andalucía no se ha modificado, siguiendo por tanto las pautas establecidas en la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, la Ley 1/1998 de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía y el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía.

a) Ley 1/1998

La presente ley dedica toda una disposición adicional a los menores extranjeros. En dicha disposición adicional octava se establece que la Junta de Andalucía, en colaboración con la Administración del Estado, debe procurar la adecuada atención e integración social de los menores extranjeros que se encuentren en situación de riesgo o desamparo durante todo el tiempo que permanezcan en dicha Comunidad. Así mismo, se debe promover la colaboración con la Administración del Estado para que el acogimiento familiar o residencial de menores extranjeros se autorice y desarrolle conforme a los requisitos establecidos en la legislación española.

b) Decreto 42/2002

El artículo primero del presente decreto establece el objeto del mismo, que consiste en regular la actuación de la Junta de Andalucía en los procedimientos de desamparo, tutela y guarda de menores.

Los artículos más destacables del mismo hacen referencia a la notificación, ejercicio de la tutela y régimen de la guarda, tomando como preferencia siempre el acogimiento familiar del menor siempre en base al interés superior del menor.

7.4. Tratamiento de los menores extranjeros no acompañados por las autoridades españolas

Tras la revisión de la legislación vigente en lo que respecta a los menores extranjeros no acompañados, procedemos a abordar la cuestión de su tratamiento desde el momento en que son detectados en nuestras fronteras. El proceso migratorio de menores tiene un carácter dinámico y cambiante, por ello se encuentra estructurado en las siguientes fases (Save the Children, 2019):

Fase 1. Intervención:

Esta fase comprende desde la detección del menor hasta su puesta a disposición de las autoridades de protección de menores. Esta fase trae a colación el artículo 35 de la Ley de Extranjería anteriormente analizada.

Las conclusiones respecto a estos preceptos son, por un lado, que la minoría de edad en el extranjero indocumentado se convierte en criterio determinante en el reparto competencial de las distintas Administraciones Públicas. Así, en caso de ser mayor de edad quedará bajo responsabilidad de la Administración del Estado y si es menor de edad, bajo la responsabilidad de la Administración Autonómica correspondiente. En caso de dudas acerca de su edad, quedará bajo custodia de la Administración Estatal, salvo que se precise asistencia inmediata.

Como se ha mencionado anteriormente, el encargado de establecer la edad del menor es el Ministerio Fiscal, que recurrirá a las prácticas periciales que permitan deducir de la forma más exacta posible la edad del interesado. Una vez que se detecta a extranjero no acompañado cuya minoría de edad no ofrece dudas o cuando se hayan realizado las pruebas oportunas, se pondrá a dicho menor a disposición de los servicios competentes de protección del menor. Para que esta derivación se lleve a cabo de manera eficaz, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deben tener conocimiento del recurso de protección en que dicho menor pueda ser acogido.

El Ministerio Fiscal mediante decreto motivado de carácter cautelar (Fiscalía General del Estado, 2006) pondrá al menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores del territorio y será trasladado por los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado al centro de primera acogida de protección de menores para su atención, iniciándose la apertura del correspondiente expediente de protección para la constatación del desamparo²⁵ y correlativa constitución de tutela legal. La tutela del menor se debe hacer tan pronto como se tenga conocimiento de su situación de desamparo, de manera que se garantice el reconocimiento y disfrute de todos sus derechos como menor. Esto último se detrae del artículo 14.1 de la Ley Orgánica 1/1996, tratada anteriormente, en el que se plasma la obligación de prestar atención inmediata al menor por parte de las

²⁵ Determinado por el artículo 172.1 del Código Civil.

autoridades y servicios públicos. Así mismo, en el artículo 14.2 se establece que en cumplimiento de esa obligación y de acuerdo con el artículo 172.4 del Código Civil, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional del menor.

En el momento en que el menor resulta puesto a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, se inicia la vida del menor en el sistema público de Protección.

Fase 2. Investigación:

Esta fase está encaminada a determinar la identidad del menor inmigrante y sus circunstancias personales y socio familiares. Esta fase es de suma importancia puesto que de ella depende el futuro del menor y la decisión de retorno del mismo a su país de origen o, por el contrario, su permanencia en nuestro país.

Legalmente, la Administración del Estado tiene la competencia de acopiar los datos relativos al menor, no obstante, la Administración Autonómica, como entidad tutelar del menor, tiene la obligación de colaborar activamente facilitando toda la información de que disponga a la Administración Estatal.

Fase 3. Decisión:

Una vez recabada toda la información respecto del menor, se deberá tomar una decisión sobre su futuro. En este sentido el artículo 35.3 de la Ley de Extranjería establece que la opción prioritaria es la reagrupación familiar del menor, por tanto, se determinaría el retorno del menor a su país de origen o a aquel en que se encuentren sus familiares. La permanencia del menor en nuestro país únicamente se dará siempre que la reagrupación familiar resulte imposible.

Puede suceder que, en el caso de la reagrupación familiar, la familia no pudiese ser localizada, o una vez localizada, dicha familia no estuviese en condiciones de hacerse cargo del menor o la devolución del mismo suponga un riesgo para el menor o la propia familia. Según la Ley de Extranjería, los Servicios de Protección de Menores bajo cuya custodia se encuentre el menor elevarían un informe a la autoridad gubernativa trasladándole toda la información que hubiesen podido recabar en torno al menor y posteriormente dicha autoridad gubernativa adoptaría un criterio final sobre la permanencia o retorno del menor. De forma paralela encontraríamos una actuación complementaria que sería la audiencia al menor, recogida en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Todas las resoluciones administrativas que se adopten tendrán gran trascendencia para la vida del menor, por lo que deberán estar rodeadas de un máximo de garantías, puesto que son generadoras de un conflicto de intereses entre el menor tutelado y los servicios de protección de menores. Tal y como se ha tratado en puntos anteriores, se deberá pedir el consentimiento del menor para la realización de todas las pruebas que se lleven a cabo. Además, el menor debe contar con asesoramiento jurídico que vele con carácter especializado e independiente por su interés superior.

Fase 4. Ejecución:

Una vez elaborado el informe por parte de la Administración competente en materia de protección de menores, el siguiente paso sería elevar el mismo a la autoridad gubernativa para que decida lo que estime oportuno, bien la permanencia o bien el retorno del menor, tal y como señala el artículo 35 de la Ley de Extranjería.

En los casos de permanencia lo que se eleva a la autoridad gubernativa es una solicitud de regularización para el mismo, avalada por un acuerdo de declaración de desamparo y acompañada de toda la documentación precisa para el otorgamiento del permiso de residencia. Cuando la decisión que se adopta es la de retornar al menor a su país de origen, el paso siguiente sería ejecutar tal decisión, cuestión que es competencia de la Administración del Estado, de nuevo, tal y como señala la Ley de Extranjería.

a) Reagrupación del menor extranjero no acompañado con su familia residente en España.

Puede darse el caso de que nos encontremos con un menor que tenga familia en España, familiar que se presenta ante el servicio autonómico bajo cuya protección se encuentra el menor, manifestando su voluntad de hacerse cargo de él. En este caso estaríamos ante un supuesto de delegación de la guarda en familia.

Las Comunidades Autónomas han regulado un procedimiento especial para valorar la idoneidad de las familias acogedoras. Este procedimiento requiere una tramitación burocrática y entrevistas al familiar, todo con la finalidad de establecer una garantía para que el menor tenga un núcleo familiar adecuado a sus necesidades. Esto en ocasiones puede conllevar una demora en dictar la resolución de idoneidad, lo que puede ocasionar inseguridad jurídica para el menor (Moreno-Torres Sánchez, 2009). El familiar del menor también puede acudir al Juez solicitando le sea atribuida la guarda judicial o la tutela del menor²⁶.

Cuando el familiar tenga atribuida la guarda administrativa o cuando tenga atribuida la guarda o tutela judicial o figura similar por la autoridad competente del país de origen, le podrá ser de aplicación el artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000, que establece que:

Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

b) Repatriación del menor extranjero no acompañado.

Este procedimiento se inicia de oficio por la Administración General del Estado, o en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela del menor²⁷. De manera previa a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación, la Administración del Estado solicitará un informe sobre las circunstancias familiares del menor con el fin de localizar a los familiares del menor o, en su defecto, sobre los servicios de protección del país de origen que se pudieren hacer responsable de él a la representación diplomática del país de origen.

Acordada la iniciación de dicho procedimiento, el menor será escuchado si tiene suficiente juicio. Como ya se ha mencionado, la audiencia al menor se recoge en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico y su vulneración supondría una

²⁶ El artículo 158 del Código Civil habilita la posibilidad, dentro de cualquier procedimiento civil, penal o de jurisdicción voluntaria, de que el Juez, de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, adopte las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

²⁷ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, artículo 192.

vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicha audiencia deberá realizarse en atención a las condiciones de madurez del menor con las garantías debidas, como la asistencia jurídica independiente de la Administración, con el fin de asesorarle y velar por sus derechos e intereses legítimos, debiendo serle designado, a falta de un abogado particular, un abogado de oficio. Esta asistencia jurídica es necesaria en cualquier procedimiento que conduzca a tomar una decisión que afecte al interés superior del menor, debiendo garantizarse dicha efectividad por parte de las Administraciones públicas.

c) Imposibilidad de repatriación del menor extranjero no acompañado.

Atendiendo al artículo 196.1 del Real Decreto 557/2011, una vez quede acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y siempre que hayan transcurrido nueve meses desde que el menor es puesto a disposición de los servicios competentes, se procederá a otorgarle la autorización de residencia atendiendo al artículo 35.7 de la Ley de Extranjería.

De acuerdo siempre con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará mediante la reagrupación familiar, o bien mediante la disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos²⁸.

El menor debe ser notificado de cuantas resoluciones y actuaciones administrativas afecten a sus derechos e intereses legítimos²⁹. Así, la resolución que ponga fin al procedimiento de repatriación deberá de notificarse al menor y a la entidad que lo tutele en términos adecuados para que pueda revisar y hacer valer sus derechos e intereses, tal y como se ha mencionado con anterioridad.

7.5. Menor extranjero no acompañado y mayoría de edad

En el artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000 se prevé que de manera reglamentaria se determinarán las condiciones que deberán cumplir los menores tutelados que alcancen mayoría de edad para poder renovar su autorización de residencia o poder acceder a ella y a un trabajo. En el mismo artículo se dispone que cada Comunidad Autónoma desarrollará las políticas necesarias para posibilitar la inserción de dichos menores en el mercado laboral cuando estos alcancen la mayoría de edad.

Cuando el menor que había sido beneficiario de una autorización de residencia llega a la mayoría de edad, conserva la antigüedad de dicha residencia, pudiéndonos encontrar los siguientes supuestos:

1. Si reside en España desde hace más de cinco años, su antigua autorización se modificará por una autorización de residencia de larga duración³⁰.

2. Si reside en España desde hace menos de cinco años, se estará a los supuestos de residencia temporal del Título IV del Real Decreto 557/2011. No obstante, el artículo 197 del mismo Real Decreto abre otra posibilidad, una renovación

²⁸ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 35.5.

²⁹ Real Decreto 557/2011 (...), op. cit., artículo 192.2.

³⁰ Artículo 148.3, apartado e) del Real Decreto 557/2011 (...), op. cit., en relación con el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000.

de la autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, por dos años, acreditando medios económicos mensuales del 100% del IPREM y teniendo en cuenta los informes positivos de las entidades públicas competentes.

En España, con la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se modificaron e incorporaron los artículos 11.4 y 22 bis de la Ley Orgánica 1/1996³¹, que vinieron a garantizar la protección de aquellos jóvenes que han estado sujetos al régimen de protección una vez que han alcanzado la mayoría de edad. El desamparo en el que se encuentra el menor extranjero no acompañado una vez que cumple dicha mayoría de edad ha llevado a las autoridades españolas a prolongar la ayuda a este colectivo más allá de la mayoría de edad, debido a que se trata de personas que en su momento fueron separadas de su núcleo familiar y que carecen de relaciones afectivas estables (Vinaixa Miquel, 2019).

En la actualidad existen dos regímenes tutelares para los menores extranjeros no acompañados que han cumplido su mayoría de edad: el régimen de tutela familiar y el régimen de pisos tutelados o asistidos. La situación en que se encuentre el menor al acceder a la mayoría de edad será en gran parte el resultado del régimen de protección familiar o residencial al que haya estado sometido durante la minoría de edad. Según la Ley 26/2015³², en lo que a las medidas de protección se refiere se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las medidas familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas³³.

7.6. Fundación Raíces contra el Protocolo Marco³⁴

Como se ha venido contando en anteriores apartados sobre Jurisprudencia, la cuestión sobre la determinación de la edad es algo controvertida. En este punto, la Fundación Raíces denuncia el Protocolo Marco, analizado en puntos anteriores, alegando que las pruebas que se llevan a cabo para determinar la edad de los supuestos menores son intrusivas y denigrantes.

Este asunto es uno de los más conocidos en España debido a que la parte demandante, una vez conocida la sentencia, consideró que el Tribunal Supremo dejaba en situación de indefensión a todos los menores que se someten a dichas pruebas, puesto que el fallo del recurso de casación concluye que el mismo es inadmisibile ya que el Tribunal entiende que se trata de una instrucción interna contra la que no cabe recurso, sin entrar a valorar el fondo del asunto que plantea la parte demandante.

8. Conclusión

El objetivo que se estableció al inicio del presente trabajo no fue otro que analizar la realidad jurídica que rodeaba a los menores extranjeros no acompañados para poder valorar si la legislación existente era suficiente o, por el contrario, existían lagunas legales y, de este modo, poder visibilizar a los menores extranjeros no acompañados. Como se ha podido comprobar a lo largo de todas estas páginas, la legislación existente es demasiado genérica. Si bien es cierto que en los textos más actuales sí se hace referencia expresa a los menores extranjeros no acompañados, encontramos

³¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³² Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

³³ *Ibidem*, apartado número 2 de la exposición de motivos y artículo 12.1.

³⁴ STS de 31 de enero de 2018.

textos legislativos en los que únicamente se habla de menores, tales como la Convención de los Derechos del Niño que englobaría, como no puede ser de otra manera, a estos menores no acompañados (Trinidad Núñez, 2010).

Pese a ello, la legislación existente posee varios puntos débiles debido a la insuficiencia de sistemas de localización, a las estadísticas que carecen de fiabilidad y los pocos e insuficientes datos que se tienen de estos menores (Aguaded Ramírez et al., 2017). Esto tiene como consecuencia que el análisis de la situación en concreto resulte complicado.

Tal y como se ha tratado en puntos anteriores, es imprescindible determinar la edad de los menores migrantes para que estos se beneficien de los derechos inherentes a su condición de menor, pero, como también se ha establecido con anterioridad, este procedimiento en ocasiones es complejo. Como se ha plasmado en las sentencias estudiadas, son numerosos los casos llevados ante los tribunales. Y como bien veníamos diciendo, este punto es fundamental, puesto que, de determinarse la minoría de edad, comenzarían a funcionar todos los mecanismos a disposición de las distintas administraciones para poder llevar a cabo el proceso descrito con anterioridad, que concluye bien con la reagrupación del menor con sus familiares, como solución prioritaria, bien con la repatriación del menor siempre que no sea posible la reagrupación.

Durante todo este proceso, desde que se tenga conocimiento de la existencia de un menor no acompañado, impera un máximo presente en toda legislación, que no es otro que el interés superior del menor (Ambriz León, 2014). Este interés superior, que tan presente ha estado a lo largo de todo este estudio, es un concepto jurídico indeterminado, puesto que no existen instrumentos jurídicos que especifiquen de manera clara cuál es su contenido. Sin embargo, todo proceso llevado a cabo que involucre a los menores debe velar por dicho interés superior, siempre cumpliendo todos los derechos existentes, informando al menor durante todo el proceso e intentando siempre que dicho menor finalmente se reencuentre con su entorno familiar.

Del mismo modo, en lo que respecta a la normativa comunitaria, se ha podido observar que, de toda la regulación existente, el instrumento dedicado a la regulación de la materia en concreto es la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997. El problema en torno a esta regulación es que dicha resolución no es vinculante y, por tanto, serán los Estados miembros quienes decidan en última instancia si aplicar o no su contenido en los procesos judiciales en los que los menores extranjeros no acompañados sean parte. Por otro lado, pese a existir normativa comunitaria vinculante que desarrolla la cuestión que nos ocupa, ésta es limitada debido a que en la mayoría de los textos existen cuestiones que quedan muy abiertas. No debemos olvidar la cuestión de que la mayor parte de la normativa comunitaria fue redactada hace más de dos décadas, como es el caso de la citada resolución, por tanto, estamos ante normativa desactualizada.

En lo que respecta al análisis de la legislación española, se ha podido comprobar que, al igual que en las escalas anteriores, ésta es muy general. Como se ha tratado en varios puntos, una de las bases sobre las que se apoya esta cuestión es la Ley de Extranjería. No obstante, como ya hemos tratado, el único artículo que refiere específicamente sobre los menores extranjeros no acompañados es el artículo 35. Por tanto, nos encontramos con una regulación escasa para una cuestión que afecta de manera relevante en nuestro país debido a la cercanía con países como Marruecos, de donde proceden numerosos menores migrantes.

De manera complementaria, cada Comunidad Autónoma elabora un Plan de Acción para proceder jurídicamente ante la llegada de menores no acompañados en su territorio. Los destacados en este trabajo son los de aquellas comunidades que se ven más afectadas y que, por tanto, requieren de una mayor profundidad en lo que respecta a la cuestión legislativa.

Al inicio de este estudio se planteaban diversas cuestiones sobre las que, una vez estudiadas, podemos proceder a su respuesta, cuestiones tales como, ¿es correcto emplear los mismos protocolos para un menor que para un mayor de edad? ¿Qué supondría para el menor que se le apliquen los protocolos correctos? ¿Cuáles son las causas que llevan a aplicar un protocolo diferente al que se debería aplicar? Todas estas cuestiones tienen su base en la determinación de la edad del menor migrante, cuestión que, como ya hemos tratado, es de importancia fundamental. No sería correcto emplear los mismos protocolos para un menor que para alguien mayor de 18 años (Trinidad Núñez, 2003). Esto es así debido a que los menores tienen unos derechos determinados y específicos inherentes a su condición de menor de edad y esto es así puesto que requieren de una especial protección. El no aplicar estos derechos contraviene las leyes existentes y, por tanto, es ilegal.

Es importante que se aplique el protocolo correcto, puesto que siempre se mirará por el interés superior de este menor y siempre se tendrá como prioridad que ese menor vuelva con su familia y no nos encontraremos con repatriaciones directas. Podríamos encontrarnos en situaciones en las que no se apliquen estos protocolos siempre que no se lleve a cabo un proceso correcto de determinación de la edad, demostrando una vez más la importancia de este procedimiento.

Concluimos la introducción con dos preguntas de especial trascendencia que son la esencia de este estudio: ¿la legislación existente es suficiente? ¿Gozan estos menores de una especial protección legal o, por el contrario, se encuentran desprotegidos? Parte de la respuesta a esta pregunta la hemos dado al inicio de esta conclusión. La legislación existente tanto a escala internacional como comunitaria es dispersa y en numerosos casos no es concluyente (Francia et al., 2021). Esto sumado a que la mayoría de los textos legislativos fueron redactados hace varios años, hace que en muchos de los procesos llevados a cabo en la actualidad pueda existir indefensión. En el caso de España la legislación es más específica, pero aún insuficiente. Es cierto que cada Comunidad Autónoma regula en función de sus necesidades y que existen protocolos específicos que velan porque se cumpla ese interés superior del que tanto se ha hablado. Al ser un país más afectado por este fenómeno migratorio se regula con mayor profundidad, no obstante, aún quedan cuestiones que mejorar, puesto que cada día los problemas con los menores extranjeros no acompañados siguen aflorando.

En definitiva, podemos concluir que la cuestión de los menores no acompañados sigue suponiendo un grave problema en muchos territorios. Debido a ello es necesaria una coordinación entre todas las Administraciones existentes para velar por el cumplimiento de la ley. Por ello, pese a todo lo avanzado, se tiene que seguir legislando para ajustarse a las necesidades de hoy en día, ya que cada vez el fenómeno migratorio de menores es más frecuente.

Bibliografía

ACCEM. (2021). *Infancia y adolescencia migrante no acompañada*. <https://www.accem.es/vulnerables/menores-extranjeros-no-acompanados-mena/>



- ACNUR. (2008). *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*.
<https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/complementarias/ACNUR/DirectricesACNURparaladeterminaciondelinteressuperiordelni%C3%B1o.pdf>
- Aguaded Ramírez, E. M., y Angelidou, G. (2017). Menores Extranjeros no Acompañados. Un fenómeno relevante en la sociedad española. La perspectiva de los trabajadores en los centros de acogida. *Revista de educación de la Universidad de Granada*, 24, 47-63.
- Alcón Yustas, M. F., y de Montalvo Jáaskeläinen, F. (2011). *Los menores en el proceso judicial*. Tecnos.
- Ambriz León, V. (2014). Proporcionalidad, no devolución, interés superior del menor extranjero no acompañado (MENA) expulsado de España. *Multidisciplina*, 17, 6-28. <http://www.journals.unam.mx/index.php/multidisciplina/article/view/50682>
- CEAR (2014). Principio del interés superior del menor. *Diccionario de Asilo*.
<https://diccionario.cear-euskadi.org/principio-del-interes-superior-dela-menor/>
- Defensor del Pueblo. (2001). *Informe anual 2001 y debates en las Cortes Generales*. Publicaciones del Congreso de los Diputados.
<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2001informe.pdf>
- Diéz Morrás, F. J. (2012). Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 10, 95-104.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4104564>
- Durán Ruiz, F. J. (2011). Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros. *TRACE*, 60, 9-24. <https://journals.openedition.org/trace/1723>
- Francia, G., Neubauer, A., y Edling, S. (2021). Unaccompanied migrant children's rights: A prerequisite for the 2030 agenda's sustainable development goals in Spain and Sweden. *Social Sciences*, 10(6), 185.
<https://doi.org/10.3390/socsci10060185>
- Moreno-Torres Sánchez, J. (2009). *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Thomson Reuters.
- Neubauer Esteban, A., y Mesto Heredia, R. (2017). *La Unión Europea y las medidas de atención a los menores de edad no acompañados*.
<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/74427/La%20uni%C3%B3n%20europea%20y%20las%20medidas%20de%20atenci%C3%B3n%20a%20los%20menores%20de%20edad%20no%20acompa%C3%B1ados.pdf>
- Peláez Fernández, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono. *RES: Revista de Educación Social*, 27, 48-70.
- Pérez Pérez, P., Fernández Erdocia, J., de la Mata Gutiérrez, J. I., de la Rasilla, M., Lázaro González, I., Amador López, I., Ortolá Vidal, V., y González, J. (2009). *Aproximación a la Protección Internacional de los Menores no Acompañados en España*. La Merced Migraciones. https://www.accem.es/wp-content/uploads/2019/09/Guia_solidaridad_responsabilidades.pdf
- Save the Children. (2016). Fundación Raíces y Save the Children denuncian el abandono, la desprotección y la discriminación de los menores extranjeros no acompañados en Madrid.
<https://www.savethechildren.es/notasprensa/fundacion-raices-y-save-children-denuncian-el-abandono-la-desproteccion-y-la>
- Save the Children. (2019). *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*.
https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/proteccion_juridica_menores_extranjeros_no_acompanados_andalucia.pdf

- Senovilla Hernández, D. (2011). El plan de acción (2010–2014) de la Comisión Europea ¿Un verdadero avance de las políticas comunitarias relativas a los menores no acompañados? *Revista Mugak*, 56. <http://mugak.eu/revista-mugak/no-56/el-plan-de-accion-2010-2014-de-la-comision-europea>
- Trinidad Núñez, P. (2003). ¿Qué es un niño?: una visión desde el Derecho Internacional Público. *Revista Española De Educación Comparada*, 9, 13-47. <http://revistas.uned.es/index.php/REEC/article/view/7950>
- Trinidad Núñez, P. (2010). Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los menores extranjeros separados o no acompañados. En J. Joan Forner I Delaygua (Ed.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (pp. 239-274). Marcial Pons.
- UNICEF. (2022). ¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño? UNICEF para cada infancia. <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/la-convencion>
- UNICEF. (2019). *Los derechos de niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*. <https://www.unicef.es/noticia/ninos-migrantes-no-acompanados-espana-debe-tomar-medidas-para-garantizar-los-derechos-de-estos-ninos-en-la>
- Urcelay Lecue, M. C. (2016). *Acuerdo de dudosa legalidad entre el Consejo Europeo y Turquía sobre la crisis de los refugiados*. Legal Today. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/derecho-union-europea/acuerdo-de-dudosa-legalidad-entre-el-consejo-europeo-y-turquia-sobre-la-crisis-de-los-refugiados-2016-03-15/>
- Vinaixa Miquel, M. (2019). La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 571-602. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4633>