

**TRABAJO FINAL DE GRADO**

**GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS**

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA  
ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE LOS  
MENORES EXTRANJEROS NO  
ACOMPAÑADOS**



**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE**

Autor: VÍCTOR RAMÓN PARDILLA FERNÁNDEZ

Tutora: LERDYS HEREDIA SÁNCHEZ

Resumen:

El trato de los menores extranjeros no acompañados por parte de las instituciones, y el respeto de sus derechos como menores por encima de su condición de extranjeros, se ha puesto en tela de juicio por diversos sectores de la sociedad, tanto por medios de comunicación, como por autoridades académicas, así como por entidades sin ánimo de lucro y las instituciones nacionales e internacionales vinculadas a este tema

En el presente trabajo se analizan las situaciones jurídicas más frecuentes de los menores extranjeros no acompañados cuando se enfrentan a las instituciones de nuestro país y de los países de nuestro entorno.

*Abstract:*

*The treatment of unaccompanied foreign minors by the institutions, and respect for their rights as children above their foreign status, has been by various sectors of the society in question, both by the media, as academic authorities, non-profit entities, such as their own national and international institutions.*

*This paper tries to explain the most common legal situations of unaccompanied children when faced with the institutions of our country and neighboring countries.*

Palabras clave: menores extranjeros, menores extranjeros no acompañados, migrantes no acompañados, inmigrantes no acompañados, niños extranjeros no acompañados, derechos del niño, ley de extranjería, reglamento de extranjería.

## INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la inmigración tiene un componente dramático menos difundido en los medios de comunicación como es el de los menores extranjeros que cruzan solos las fronteras en busca de oportunidades para un futuro propio y el de sus familias.

Pero existen cuestiones legales que separan la inmigración de los menores de sus homólogos adultos. Por un lado, los menores extranjeros no acompañados se ven amparados por lo dispuesto tanto en la legislación internacional, como nacional, en materia de protección jurídica del menor, pero por otro lado -debido a su condición de extranjeros- se ven sometidos al régimen regulatorio de extranjería. En cada país, con excesiva frecuencia, las autoridades recurren primero a las leyes de extranjería y después a las leyes de protección del menor, lo que tiene consecuencias directas y terribles para los menores.

El fenómeno de los menores extranjeros no acompañados como colectivo, ha suscitado un interés creciente dado que por su naturaleza presenta unas características concretas, que necesitan de un tratamiento jurídico específico dentro del fenómeno de la inmigración.

Se han empleado una pluralidad de términos, por parte de la doctrina y la literatura especializada, para referirse a esta cuestión. Así se han utilizado términos como Menores migrantes no acompañados, Menores inmigrantes no acompañados, Menores extranjeros indocumentados no acompañados o Menores separados. A veces, quienes emplean estos términos advierten al lector de que tratan ser lo más imparciales posibles, evitando comportar connotaciones negativas o excluyentes. Sin embargo, el autor de este trabajo, ha podido comprobar como cada autor elige el término con el que más cómodo se siente, pero no existe un consenso sobre qué término es menos peyorativo y más adecuado. En el presente trabajo, el autor ha seleccionado la expresión “menores extranjeros no acompañados” por ser la más utilizada en este ámbito.

En este trabajo se rechaza el extendido, pero gramaticalmente erróneo, uso del término MENAs para hacer el plural de MENA. Pues la propia Real Academia de la Lengua Española se ha pronunciado al respecto: *“Debe evitarse el uso, copiado del*

*inglés, de realizar el plural de las siglas añadiendo al final una s minúscula, con o sin apóstrofo: PC's, ONG's, PCs, ONGs. Por eso es recomendable utilizar siempre un determinante para introducir la sigla cuando esta ha de expresar pluralidad.”<sup>1</sup>*

El objetivo del presente trabajo es analizar de manera crítica las situaciones jurídicas más frecuentes que inciden sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados cuando se enfrentan a las instituciones de nuestro país y de los países de nuestro entorno.

Para cumplir con dicho objetivo se ha desarrollado una revisión e investigación bibliográfica sobre la situación jurídica en España de los menores extranjeros no acompañados (MENA de ahora en adelante), así como el estudio de la normativa vigente, en cada una de las fuentes jurídicas aplicables: institucional, internacional, autónoma y dentro de ésta última, la que -en el marco de su competencias- se generan a nivel autonómico.

El trabajo terminará con un breve estudio de Derecho comparado entre países de nuestro entorno sobre el trato a los MENA en Europa.

---

<sup>1</sup> Incorrección gramatical señalada por la Real Academia de la Lengua Española en: <http://www.rae.es/consultas/plural-de-las-siglas-las-ong-unos-dvd>

# ÍNDICE

CAPÍTULO 1. ESTUDIO DE LAS FUENTES INTERNACIONALES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS .....	7
A) DERECHO CONVENCIONAL: CONVENIOS INTERNACIONALES .....	8
1. LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO .....	8
2. LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS MENA .....	10
3. LA OBSERVACION GENERAL N°6 (DEFINICION DE MENA).....	12
4. LA OBSERVACION GENERAL N°14 (INTERES SUPERIOR DEL MENOR).....	13
5. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES.....	14
B) DERECHO COMUNITARIO: DERECHO DE LA UE .....	15
1. DEFINICIONES DE MENA EN LA UE .....	15
2. LA NORMATIVA NO VINCULANTE DE LA UE ENTRE 1997 Y 2014 .....	16
a) Resolucion del Consejo de la UE 97/C 221/03, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros .....	17
b) 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 regionales .....	18
c) Plan de Acción de la UE en relación con los MENA, de 6 mayo de 2010.....	19
3. LA NORMATIVA VINCULANTE DE LA UE .....	22
a) Directiva 2001/55/CE, referida a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.....	22
b) Reglamento 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos 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 .	23
c) Directiva 2003/9/CE, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.....	24
d) Directiva 2005/85/CE del Consejo, sobre normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado en los Estados miembros.....	25
e) Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes .....	26
f) Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular .....	27
CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PARTICULARES SOBRE PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL .....	30
A) DERECHO INTERNO: CONSTITUCION ESPAÑOLA Y LEYES DE PROTECCION DE MENORES .....	30
1. EVOLUCION DEL DERECHO AUTÓNOMO APLICABLE A LOS MENA ENTRE 1985 Y 2015 .....	30

a) Real Decreto 557/2011, 20 abril, por el que se aprobaba un nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería .....	33
b) Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA .....	34
2. DETECCIÓN DE UN MENA POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS .....	37
a) Reagrupación del MENA con su familia residente en España .....	44
b) Repatriación del MENA .....	45
c) Imposibilidad de repatriación del MENA .....	46
d) Ejecución de la repatriación del MENA .....	48
3. DOCUMENTACIÓN Y RESIDENCIA DEL MENA .....	50
4. LOS MENA VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS .....	54
5. REQUISITOS DE ACCESO A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA .....	55
6. SITUACIÓN DEL MENA QUE ALCANZA LA MAYORÍA DE EDAD .....	56
7. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES .....	60
8. REGISTRO DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS .....	66
CAPÍTULO 3. BREVE COMPARATIVA CON LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO .....	68
A) EL FENÓMENO DE LOS MENA EN EUROPA .....	68
B) COMPARATIVA ENTRE ALEMANIA, BÉLGICA, ESPAÑA, FRANCIA, ITALIA Y REINO UNIDO (Y GRECIA) .....	74
1. PERFIL PREDOMINANTE .....	75
2. PRINCIPALES ORÍGENES .....	76
3. DETENCIÓN/RETENCIÓN EN FRONTERA .....	77
4. ACCESO AL SISTEMA DE PROTECCIÓN .....	79
5. REPRESENTACIÓN LEGAL .....	81
6. REPATRIACIÓN .....	82
7. REGULARIZACIÓN .....	83
8. ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO .....	84
9. PASO A LA EDAD ADULTA .....	86
10. UN ÚLTIMO CASO: GRECIA .....	87
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS .....	89
BIBLIOGRAFÍA .....	91

## CAPÍTULO 1. ESTUDIO DE LAS FUENTES INTERNACIONALES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

En este primer capítulo se va a analizar la legislación internacional y comunitaria relativa a la protección jurídica del MENA. En un primer bloque de este capítulo, se trata la legislación a nivel internacional al respecto. Esto es, la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño<sup>2</sup> y las Observaciones Generales N°6<sup>3</sup> y N°14<sup>4</sup> del Comité de los Derechos Niño. Se termina el bloque con la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

En el siguiente bloque, se estudia la protección del menor a nivel europeo, donde destaca la Carta Europea de Derechos del Niño<sup>5</sup>, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la UE<sup>6</sup> y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 – 2014)<sup>7</sup>.

Por último, se hace una valoración de la evolución de las normas de los MENA en la UE entre 1997 y 2010.

<sup>2</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 20 noviembre 1989 y ratificada por el Estado Español mediante el Instrumento de ratificación 30 noviembre 1990. *BOE* nº. 313, 31 diciembre 1990, pp. 38897-38904.

<sup>3</sup> *U.N. Doc. CRC/GC/2005/6*, de 1 de septiembre de 2005, 39º período de sesiones. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) (consultado 01/04/2016).

<sup>4</sup> *U.N. Doc. CRC/C/GC/14*, de 29 de mayo de 2013, 62º período de sesiones. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) (consultado 01/04/2016).

<sup>5</sup> *DOUE* C 241, 21 septiembre 1992, pp. 67-73.

<sup>6</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263(INI)). Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0387+0+DOC+XML+V0//ES> (consultado 02/04/2016).

<sup>7</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014) SEC(2010)534. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0213:FIN:ES:PDF> (consultado 02/04/2016).

## A) DERECHO CONVENCIONAL: CONVENIOS INTERNACIONALES

### 1. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN de ahora en adelante) es un tratado internacional que recoge los derechos de la infancia y es el primer instrumento jurídicamente vinculante que reconoce a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos. Fue probado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990<sup>8</sup>.

Sus 54 artículos recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Su aplicación es obligación de los gobiernos, pero también define las obligaciones y responsabilidades de otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas.

Con 195 Estados que tienen que rendir cuentas sobre su cumplimiento al Comité de los Derechos del Niño, es el tratado internacional más ratificado de la historia. Los Estados Unidos de América, no han firmado este tratado.

Los sistemas que impiden a los menores extranjeros no acompañados disfrutar de sus derechos en los Estados firmantes no derivan de complejos regímenes jurídicos. Los vacíos jurídicos se convierten la mayor amenaza para los menores extranjeros no acompañados. Todos los gobiernos europeos han firmado la CDN. Sin embargo, algunos han excluido a los menores migrantes de los derechos que corresponden normalmente a los niños mediante reservas y declaraciones sobre la CDN que sirven para considerar a los menores primero extranjeros y después niños.

La aplicación restringida de la CDN se explica por la falta de contundencia de que adolece este instrumento de derecho internacional, en contraste con otras normas que sí prevén sistemas coactivos que implican una presión mayor para los Estados partes a la hora de plantearse respetar sus enunciados, por ejemplo el Convenio Europeo de

---

<sup>8</sup> UNICEF, “¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño?” Disponible en: <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino> (consultado 10/05/2016).

Derechos Humanos, que permite que cualquier persona particular denuncie la violación de los derechos contemplados en su articulado ante el Tribunal de Estrasburgo<sup>9</sup>.

Los Estados ratificadores deben presentar periódicamente informes relativos a las acciones y medidas que han adoptado para garantizar la aplicación del contenido de la Convención al Comité de los Derechos del Niño. En virtud del examen de esos informes y su contraste con otros aportados por organizaciones no gubernamentales, organismos intergubernamentales, instituciones académicas, prensa, etc., tal Comité elabora un documento de “Observaciones finales” que evalúa el grado de cumplimiento de las disposiciones de la Convención por parte del Estado en cuestión. Tales Observaciones no constituyen sino un instrumento de denuncia pública (como el Defensor del Pueblo en España) de posibles situaciones generales o prácticas que atenten contra los derechos del niño, pero no son vinculantes para los Estados ni prevén un protocolo a partir del cual puedan denunciarse determinados casos concretos en que se haya producido violación flagrante de los derechos de un individuo menor de edad por parte de un determinado Estado.

La CDN “entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”<sup>10</sup> y los Estados darán el mismo trato “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”<sup>11</sup>.

El niño tiene derecho a ser atendido y cuidado, independientemente de que si es o no protegido en su país de origen. Además, resulta irrelevante la nacionalidad del menor o su situación legal.

---

<sup>9</sup> Se trata del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. El Título segundo (artículos 19 a 51) del Convenio regula la creación y el funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio, se instituyen: [...] b) un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denominado en adelante el Tribunal*” (artículo 19). Publicado en España en: BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570 (consultado 03/04/2016).

<sup>10</sup> Artículo 1 de la CDN. Cit.

<sup>11</sup> Artículo 2 de la CDN. Cit.

El derecho del niño a “ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”<sup>12</sup> ha sido controvertido porque las legislaciones nacionales no facilitaban la participación del MENA en los procesos judiciales, especialmente para evitar su repatriación.

El Derecho Convencional no prevé que los Estados adopten medidas sancionadoras para los menores en situación de irregularidad administrativa. Por el contrario, la CDN<sup>13</sup>, en su artículo 20, garantiza 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”.

Sin embargo, como ya se verá más adelante, los Estados no han legislado respetando el principio del interés superior del menor, ensalzado en la propia CDN<sup>14</sup>.

## 2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS MENA

En cuanto a los menores que solicitan protección de asilo, “*los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los derechos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria.*”<sup>15</sup>

De acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951<sup>16</sup>, un refugiado es una persona que “*debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a*

<sup>12</sup> Artículo 12.2 de la CDN. Cit.

<sup>13</sup> Cit.

<sup>14</sup> Artículos 3, 9, 18, 21, 37 y 40 de la CDN. Cit.

<sup>15</sup> Artículo 22.1 de la CDN. Cit.

<sup>16</sup> Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. BOE nº 252, de 21 de octubre de 1978, pp. 24310-24328 (consultado 05/04/2016).

*causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.”<sup>17</sup>*

En los supuestos de menores solicitantes de protección internacional, es importante saber que:

*“1. Si se trata de un refugiado no debe ser devuelto a su país de origen, ni a cualquier otro donde pudiera ponerse en peligro su vida o su integridad. Por ello, habrá que actuar con suma cautela, antes de realizar cualquier contacto con las autoridades de su país para la búsqueda de familiares u otras gestiones, con el fin de no poner en peligro al menor o a sus familiares.*

*2. Muchos refugiados, más aún en el caso de los menores, tienen serias dificultades para salir de sus países con la documentación necesaria (pasaporte, visado) y, a menudo, no tienen más remedio que viajar sin documentos o con documentación falsa y/o que recurrir a las redes de tráfico de personas.*

*3. Es de vital importancia detectar de inmediato la presencia de posibles menores no acompañados entre los extranjeros que llegan al país –especialmente cuando vienen en grupos con adultos–. Es igualmente necesario registrar sus datos, poniendo sus casos de inmediato en conocimiento de las autoridades competentes en protección de menores.*

*4. Una valoración errónea sobre la relación de parentesco o vinculación de un menor no acompañado con el adulto que se declara como responsable del mismo, podría poner al menor en situación de vulnerabilidad o dejarle en manos de los traficantes de personas o de las mafias que le trajeron al país. Por tanto, la relación entre un niño y el adulto que le acompaña deberá ser valorada con sumo cuidado.”<sup>18</sup>*

---

<sup>17</sup> Artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Cit.

<sup>18</sup> ACNUR, “Los Menores No Acompañados y la Protección del Asilo”. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/ninos/los-menores-no-acompanados-y-la-proteccion-del-asilo/> (consultado 06/04/2016).

### 3. LA OBSERVACIÓN GENERAL N°6 (DEFINICIÓN DE MENA)

En el Derecho Internacional, la definición más representativa de los MENA se encuentra en la Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen<sup>19</sup>, en la que en su apartado tercero, punto 7 se afirma que:

*“Se entiende por ‘niños no acompañados’ (llamados también ‘menores no acompañados’) de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.”*

En su punto 8 lo distingue de los niños separados:

*“Se entiende por niños separados, en el sentido del artículo 1 de la Convención, los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia”.*

La diferencia entre “menores no acompañados” y “menores separados” se aprecia en las legislaciones nacionales de los Estados miembros y su concepto de desamparo. El menor separado puede considerarse en situación de desamparo/abandono y por lo tanto ser tutelado por la administración pública competente, o bien no considerarse en situación de desamparo sino en situación de “guarda de hecho” (bajo cuidado de un adulto que no es el responsable legal del menor). Sin embargo, en el supuesto de los MENA, no existe duda sobre la situación legal de desamparo o abandono en que se encuentran.

La cuestión fundamental no es quién está al cuidado del menor, sino si éste tiene cubiertas sus necesidades físicas y emocionales por adultos que sean responsables de su situación. El criterio de la falta de asistencia material o moral es el que se usa habitualmente para considerar que un menor se encuentra en situación de abandono o desamparo y, por lo tanto, debe quedar bajo la tutela de la Administración, sustrayéndose la patria potestad o la tutela a sus padres o tutores.

---

<sup>19</sup> Cit.

Pero que la tutela del menor recaiga sobre la Administración no significa que deba desentenderse de sus padres. Pues el artículo 9.3 de la CDN<sup>20</sup> garantiza que se respete el “el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

En esta Observación General N°6<sup>21</sup> se exige que en los supuestos de repatriación de los MENA a su país de origen, se tenga en cuenta los siguientes aspectos:

- 1º) La seguridad personal y pública, las condiciones socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país.
- 2º) La existencia de mecanismos para la atención individual del menor.
- 3º) Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho, así como las opiniones de las personas que le atienden.
- 4º) El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen.
- 5º) El derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.
- 6º) La conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y se preste atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

#### **4. LA OBSERVACIÓN GENERAL N°14 (INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR)**

La Observación General N° 14<sup>22</sup>, de 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aporta que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: 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

---

<sup>20</sup> Cit.

<sup>21</sup> Cit.

<sup>22</sup> U.N. Doc. CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, 62º período de sesiones. [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) (consultado 07/04/2016).

intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

## **5. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES**

Otros principios internacionales rectores de la legislación nacional española que luego se verá, son los contenidos en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares<sup>23</sup>. En su artículo 17 dice que cuando se prive de libertad a un inmigrante, “si fueren menores de edad, estarán separados de los adultos y la vista de su causa tendrá lugar con la mayor celeridad”. Añade en su artículo 18 que para el proceso penal “aplicable a los menores, se tendrá en cuenta su edad y la importancia de promover su readaptación social”.

---

<sup>23</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. *BOE* nº 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648-20659 (consultado 07/04/2016).

## B) DERECHO COMUNITARIO: DERECHO DE LA UE

En este bloque se dará una especial importancia a la evolución de la normativa entre 1997 y 2014. Tanto la normativa de la UE no vinculante (Resoluciones, Dictámenes, Comunicados y Cartas) como la vinculante (Directivas y Reglamentos) son muy abundantes.

### 1. DEFINICIONES DE MENA EN LA UE

Pero se va a empezar por definir el término que nos ocupa. En el Derecho Comunitario, se encuentra una pluralidad de referencias para definir el término MENA. Se destacan los siguientes:

Primero, la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros<sup>24</sup>, en su artículo 1, relativo al ámbito y propósito, indica que se denominarán como menores no acompañados a *“los nacionales de terceros países de menos de dieciocho años de edad que entran en el territorio de los Estados miembros sin ir acompañados por un adulto responsable, por mandato legal o según la costumbre, y mientras ningún adulto se haga cargo de ellos. [...] y también a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos.”*

Segundo, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, 22 septiembre 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar<sup>25</sup>, en su artículo 2 apartado f) establece que se entiende por menor no acompañado, *“el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros.”*

Por último, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 13 diciembre 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el

---

<sup>24</sup> DOUE C 221, 19 julio 1997, pp. 23-27 (consultado 08/04/2016).

<sup>25</sup> DOUE L 251, 30 octubre 2003, pp.12-18 (consultado 08/04/2016).

reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida<sup>26</sup>, en su artículo 2 apartado 1) define al menor no acompañado como *“el menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él, se incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros.”*

## 2. LA NORMATIVA NO VINCULANTE DE LA UE ENTRE 1997 Y 2014

En relación con la legislación específica aplicable a los MENA, se está aún lejos de que la Unión Europea establezca una normatividad común y homogénea relativa a su trato. La primera norma europea sobre los MENA, fue la Resolución del Consejo de la UE 97/C 221/03<sup>27</sup>, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, durante mucho tiempo la única norma sectorial existente en esta materia a nivel comunitario, que carece de carácter vinculante para los Estados Miembros porque se consideran meras recomendaciones o consejos.

En la actualidad se han vislumbrado avances en este sentido, sobre todo tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea firmado en Lisboa y su Tratado de Funcionamiento, que han significado un reconocimiento más claro de las competencias para el establecimiento de una política migratoria y de asilo común que hasta el momento no había sido posible<sup>28</sup> y que podría suponer el avance definitivo hacia una regulación comunitaria uniforme, de lo que da fe el Plan de Acción sobre los Menores no Acompañados 2010-2014 aprobado por la Comisión el 6 de mayo de 2010<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> DOUE L 337, de 20 diciembre 2011, pp. 9-27 (consultado 09/04/2016).

<sup>27</sup> DOUE C 221, de 19 de julio de 1997, pp. 23-27 (consultado 09/04/2016).

<sup>28</sup> Véase el artículo 78.1 TFUE: *“La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal (...)”*; y el artículo 79: *“La Unión desarrollará una política común de inmigración (...)”*. DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012, pp. 1-390 (consultado 10/04/2016).

<sup>29</sup> Cit.

*a) Resolución del Consejo de la UE 97/C 221/03<sup>30</sup>, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros*

Volviendo a la Resolución del Consejo de la UE de 1997, las disposiciones de la resolución en cuestión están lejos de garantizar un estatuto suficientemente protector de los MENA. En primer lugar, la norma contempla la posibilidad de que los Estados nieguen en la frontera el acceso a su territorio a menores no acompañados cuando éstos no estén en posesión de los documentos y autorizaciones exigidas, salvo en el caso de que sean solicitantes de asilo. En tal caso, prevé la aplicación de la normativa sobre garantías mínimas en los procedimientos de asilo, entre las cuales se incluye el principio de “no devolución”.

Esta normativa incluye ciertas garantías coherentes con la CDN<sup>31</sup> para aquellos menores no acompañados que, en virtud de leyes nacionales, deban permanecer en la frontera hasta que se decida si se les admite en el territorio o si se ordena su retorno. Así, incluye la posibilidad de que disfruten de todos los medios materiales y cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades esenciales. En cualquier caso, se debe criticar que se permita a los a menores en una situación tan precaria como la de los MENA.

Otra de las garantías contenidas en la resolución es 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 de 1997 prevé que cuando un menor no esté autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, el Estado en cuestión sólo podrá devolver el menor a su país de origen, o a un tercer país dispuesto a admitirlo, si se dan determinadas condiciones. Un menor sólo 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

---

<sup>30</sup> Cit.

<sup>31</sup> Cit.

solución duradera adecuada, o bien de organizaciones internacionales u organizaciones no gubernamentales que ofrezcan suficiente garantía.

Los supuestos en que se admite la repatriación de los menores no acompañados son más amplios de lo que sería deseable, y las escasas garantías que la resolución ofrece han sido superadas en la mayor parte de las legislaciones internas de los Estados miembros, como sucede en el caso español.

*b) 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 regionales<sup>32</sup>*

En el ámbito legislativo comunitario, pocas disposiciones han existido tras dicha resolución. Se debe hacer referencia, por su indudable interés pese a tratarse de una norma no vinculante, al Dictamen del Comité de las Regiones de 2007 sobre la situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio<sup>33</sup>. La aportación de este dictamen reside en que aborda la cuestión desde una perspectiva global, enlazando la necesidad de adoptar actos legislativos comunes a nivel de la UE. En esta perspectiva es esencial que se recuerde que *“la carga de la asistencia (de los MENA) 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 capacidad legal para adoptar decisiones en el ámbito del reagrupamiento o repatriación asistida.”*<sup>34</sup>

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 no acompañados nacionales de terceros países y a los solicitantes de asilo, y solicita, por tanto, que se adopten medidas destinadas a subsanar:*

<sup>32</sup> DOUE C 51, 6 de marzo de 2007, pp. 35-40 (consultado 15/04/2016).

<sup>33</sup> Cit.

<sup>34</sup> Considerando 9 del 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 regionales. Cit.

- *la ausencia de procedimientos específicos de solicitud de asilo que ofrezcan una protección adecuada,*
- *la ausencia de servicios específicos dotados de las competencias necesarias, de recursos suficientes y adecuados, tanto económicos como materiales,*
- *la ausencia de referencia a estas cuestiones en las recientes directivas sobre el derecho de asilo (Convenio de Dublín II),*
- *la ausencia de procedimientos para la designación de un tutor plenamente informado de las cuestiones relativas al asilo y que pueda beneficiarse de una ayuda hasta que finalice el procedimiento de reconocimiento del estatuto de refugiado del menor o de otro estatuto similar,*
- *la ausencia de intervenciones destinadas a prevenir la discriminación y la exclusión social, y, en particular, la detención de menores por jurisdicciones competentes.”<sup>35</sup>*

Posteriormente, todas estas cuestiones han tenido cabida en el mencionado Plan de Acción de la Unión Europea en relación con los MENA aprobado en mayo de 2010, que forma parte de la denominada “Estrategia de Estocolmo”.

#### *c) Plan de Acción de la UE en relación con los MENA<sup>36</sup>, de 6 mayo de 2010*

El denominado “Programa de Estocolmo” del Consejo Europeo marca las líneas generales de la política de la UE entre 2010 y 2014, instando a la comisión a adoptar medidas en favor de los derechos de los niños particularmente de los no acompañados o víctimas de trata, explotación sexual o maltrato en materia de inmigración.

Este Plan fue una de las prioridades de España en la Presidencia española de la UE. Comprende la asociación con los países de origen para evitar la emigración de los menores en condiciones de riesgo e inseguridad y la trata de personas. Asimismo, integra garantías de carácter específicamente procesal, como el nombramiento de un representante del menor desde el primer momento de su detención, y otras como un mayor compromiso en la búsqueda de la familia en el país de origen, y opciones de

---

<sup>35</sup> Apartado 2.1.1 del 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 regionales. Cit.

<sup>36</sup> Cit.

integración más allá del retorno como única alternativa posible, que venía siendo la opción dominante.

La Unión Europea comienza a tomar conciencia del fenómeno de los MENA y sus características y situaciones específicas, que sólo había contemplado en cuanto a solicitantes de asilo o en las garantías frente al retorno. Sin embargo, el Plan de Acción no incorpora compromisos reales y concretos para los Estados miembros, ni tiene carácter vinculante como norma, y no va más allá de “animar” o “promover” desde la Unión Europea acciones de los Estados a favor de estos menores.

El Plan de Acción se basa en los siguientes diez principios:

- “1. Todos los menores deben ser tratados primordialmente como tales. El interés superior del menor ha de ser la consideración primordial en todas las actuaciones en materia de menores no acompañados.*
- 2. Todos los menores han de recibir un trato acorde con las normas y principios de la Unión Europea y sus Estados miembros, en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.*
- 3. Ha de hacerse todo lo posible para crear un entorno que permita a los menores crecer en sus países de origen con buenas perspectivas de desarrollo personal y un nivel de vida digno.*
- 4. Ha de protegerse a los menores de los traficantes y los grupos de delincuentes y otras formas de violencia o explotación.*
- 5. Han de tomarse todas las medidas posibles para localizar a la familia del menor y reunirlo con ella, siempre que eso sea lo mejor para el niño.*
- 6. Deben ser de aplicación medidas de recepción y el acceso a las garantías procesales a partir del momento en que se detecte un menor no acompañado en las fronteras exteriores o en un Estado miembro hasta que se encuentre una solución duradera. La tutela y la representación legal del menor son de importancia crucial.*
- 7. Ha de tomarse una decisión sobre el futuro de cada menor en el plazo más breve posible, preferentemente en seis meses, período en el cual los Estados miembros han de localizar a sus familias, haciendo un seguimiento pormenorizado de su reintegración en su sociedad de origen. Si es la mejor opción para los intereses del niño, los Estados*

*miembros deberán hallar soluciones alternativas, incluida la concesión del estatuto de protección internacional o el reasentamiento en la UE.*

*8. Los menores no acompañados han de ser acomodados siempre en alojamientos adecuados y ser tratados de forma plenamente conforme con sus intereses. Cuando la detención esté justificada excepcionalmente, solo se utilizará como último recurso, durante el periodo de tiempo más breve posible, y teniendo en cuenta principalmente el interés superior del menor.*

*9. Las soluciones duraderas han de basarse en la evaluación individual del interés superior del menor. Consistirán en el retorno al país de origen, en el cual ha de garantizarse la reintegración del menor, la concesión del estatuto de protección internacional o de otro estatuto jurídico que le permita integrarse adecuadamente en el Estado miembro de residencia o el reasentamiento en la Unión Europea.*

*10. Todas las partes interesadas (Instituciones de la UE, Estados miembros, países de origen y tránsito, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil) han de aunar e intensificar sus esfuerzos a la hora de abordar el tema de los menores no acompañados y velar por la protección del interés superior del menor.”<sup>37</sup>*

Lo esencial, como apunta en algunos lugares el plan, es la máxima rapidez en la averiguación de la situación sociofamiliar de los menores que permita adoptar soluciones duraderas acordes con el principio del interés superior del menor. Entre estas soluciones, el apoyo al menor y a la familia, cuando la mejor opción sea el retorno, resulta interesante, y especialmente la necesidad de otorgar un estatus protegido al menor cuando el retorno con su familia o la reintegración a su país de origen no sean posibles o aconsejables.

Lamentablemente, apenas se menciona en el plan un aspecto esencial, la necesidad de que se garantice una transición adecuada a la mayoría de edad, para que al cumplir los 18 años los menores no corran el riesgo de perder toda la protección y apoyos recibidos. Debe subrayarse no obstante, la mención realizada, dentro de las “soluciones duraderas” que el plan aconseja adoptar para la protección de los MENA, a “la concesión del estatuto de protección internacional o de otro estatuto jurídico que permita a los menores integrarse adecuadamente en el Estado miembro de residencia”.

---

<sup>37</sup> Nota de prensa de la Comisión Europea, en Bruselas, 6 de mayo de 2010, IP/10/534. Disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-534\\_es.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-534_es.pdf) (consultado 15/04/2016).

Otra de las soluciones duraderas propuestas es “el reasentamiento en la UE de los menores no acompañados que son refugiados en terceros países”.

### 3. LA NORMATIVA VINCULANTE DE LA UE

Se pueden encontrar diversas referencias parciales a la situación particular de los MENA que en otras normativas de la UE sí son vinculantes. Normalmente se dirigen a otorgarles un mejor trato que a los mayores de edad, aunque no son suficientes en términos de garantías.

#### *a) Directiva 2001/55/CE<sup>38</sup>, referida a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas*

La protección temporal o subsidiaria es un escalón de protección inferior al estatuto de refugiado desarrollado en la UE para no dejar totalmente desprotegidas a personas extracomunitarias que no cumplen los requisitos para obtener el estatuto de refugiado, pero que necesitan protección por un periodo determinado.

La Directiva 2001/55/CE<sup>39</sup>, referida a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, obliga a los Estados miembros a proporcionar a los MENA la asistencia que necesiten “asistencia necesaria, médica o de otro tipo”<sup>40</sup> y darles acceso “al sistema de educación en las mismas condiciones que los nacionales”<sup>41</sup>, incluyéndolos además dentro del grupo de colectivos especialmente vulnerables, junto con las personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia moral, física o sexual.

---

<sup>38</sup> Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, 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. *DOUE* L 212, 7 de agosto de 2001 pp. 12-23 (consultado 16/04/2016). En España se transpone por RD 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. *BOE* nº 256, de 25 de octubre de 2003, pp. 38160-38167 (consultado 16/04/2016).

<sup>39</sup> Cit.

<sup>40</sup> Artículo 13.4 de la Directiva 2001/55/CE. Cit.

<sup>41</sup> Artículo 14.1 de la Directiva 2001/55/CE. Cit.

También resulta esencial la previsión de esta directiva de 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”<sup>42</sup>. En un país extranjero cuya organización política y legal es totalmente desconocida para el menor, la existencia de un representante resulta absolutamente imprescindible para que aquellos que no cuentan con la ayuda y protección de un adulto puedan disfrutar de forma real y efectiva los derechos que se les reconocen. En los países de destino la falta de un abogado u otro tipo de defensa o asistencia jurídica es uno de los problemas principales que afrontan los MENA.

Por último, la Directiva 2001/55/CE<sup>43</sup>, en su artículo 16.2, contiene previsiones en cuanto al alojamiento de estos menores objeto de protección temporal, primando el acogimiento familiar y escuchando la opinión del menor. No obstante, lo habitual, cuando no existen familiares que puedan hacerse cargo de los menores, es el acogimiento residencial, resultando muy difícil encontrar familias de acogida para menores que en su mayoría son adolescentes.

*b) Reglamento 343/2003/CE<sup>44</sup> del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos 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*

En el Reglamento 343/2003/CE<sup>45</sup> se determina el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo. Si existieran familiares del MENA en otro Estado miembro que puedan ocuparse de él, el Estado responsable de la solicitud de asilo del menor y aquel en el que se encuentran sus familiares, “harán lo posible” por reunir al menor con su familia. Es decir, no existe obligación jurídica sino mera posibilidad de

<sup>42</sup> Artículo 16.1 de la Directiva 2001/55/CE. Cit.

<sup>43</sup> Cit.

<sup>44</sup> Reglamento 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos 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. *DOUE* L 50, 25 de febrero de 2003, pp. 1-10 (consultado 17/04/2016).

<sup>45</sup> Cit.

reagruparlo con sus familiares, transfiriéndose en tal caso la responsabilidad de examinar su solicitud de asilo al Estado de residencia de tales familiares.

Estas previsiones son garantías escasas para los derechos del menor. Pues en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>46</sup> se declara en su artículo 24.3 que “todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”. Se debe recordar también, que anteriormente se vio el artículo 9.3 de la CDN<sup>47</sup>, que demanda que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Estas normas deberían haberse tenido en consideración por la Unión Europea para apostar de forma más decidida por la reagrupación familiar de los menores cuando ésta es posible y querida por el menor y por su familia.

Por otra parte, según el Reglamento 343/2003/CE<sup>48</sup>, se considerará MENA a “la persona menor de 18 años que no está casada”. Esta mención viene reafirma la regla general de que el matrimonio conlleva la emancipación y por lo tanto la consideración como mayor de edad de los contrayentes, excluyendo de esta población a los menores casados aunque se encuentren solos en el territorio de un Estado miembro.

### *c) Directiva 2003/9/CE<sup>49</sup>, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional*

Las condiciones mínimas que deben asegurar los Estados miembros de la Unión Europea a los solicitantes de asilo cuando estos son menores extranjeros no acompañados se establecen en la Directiva 2003/9/CE<sup>50</sup>, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Se trata de

<sup>46</sup> DOUE C 326, 26 de octubre de 2012, pp. 391-407 (consultado 18/04/2016).

<sup>47</sup> Cit.

<sup>48</sup> Cit.

<sup>49</sup> Refundida por la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. DOUE L 031, 6 de febrero de 2013 pp. 18-25 (consultado 19/04/2016).

<sup>50</sup> Refundida por la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. DOUE L 031, 6 de febrero de 2013 pp. 18-25 (consultado 20/04/2016).

garantizarles una representación y alojamiento adecuados con la máxima celeridad, y encontrar cuanto antes a los miembros de su familia por parte de los Estados miembros responsables de examinar la solicitud de asilo.

*d) Directiva 2005/85/CE del Consejo<sup>51</sup>, sobre normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado en los Estados miembros*

La Directiva 2005/85/CE del Consejo<sup>52</sup>, sobre normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado en los Estados miembros, también ha establecido normas particulares en relación con los MENA, haciendo referencia a la necesidad de establecer garantías procesales para ellos, debido a su vulnerabilidad. Esta norma dispone lo necesario para que cualquier persona tenga garantizado el acceso al procedimiento dirigido a la concesión del derecho de asilo. En el caso de los MENA 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 (artículo 17.1.a), y en cuáles podrá presentarla por sí mismo (artículo 6.4), estableciendo ciertas garantías en relación con las personas que pueden representar al menor y la labor que deben realizar.

Lamentablemente, dicha directiva en su artículo 17.2 establece que en ciertas circunstancias los Estados miembros no nombrarán representante al MENA 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 u 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”.

También se refiere la Directiva 2005/85/CE<sup>53</sup> a la posibilidad de que los Estados miembros utilicen reconocimientos médicos para determinar la edad de los supuestos menores no acompañados con carácter previo al examen de su solicitud de asilo

---

<sup>51</sup> Cit.

<sup>52</sup> DOUE L 326, 13 de diciembre de 2005, pp. 13-34 (consultado 21/04/2016).

<sup>53</sup> Cit.

(artículo 17.5). En tal caso debe informarse a los menores, en una lengua “*que sea razonable suponer que comprenden*”, del método de reconocimiento, de las consecuencias del resultado del mismo en relación con el examen de la solicitud de asilo y de las consecuencias en caso de negarse a someterse al reconocimiento. No se hace referencia en la directiva a la posibilidad de requerir el auxilio judicial para compeler al menor a someterse a las pruebas de determinación de la edad. Si el menor rechaza someterse a ellas, la directiva establece que la negativa no puede ser causa de justificación para que no se dicte una resolución sobre su solicitud de asilo, ni el fundamento único de una denegación de la solicitud de asilo.

En el artículo 35 de la Directiva 2005/85/CE<sup>54</sup> permite a aquellos países que tuviesen una normativa distinta a la establecida en la directiva respecto a las solicitudes de asilo presentadas en la frontera antes de que ésta se aprobase (antes del 1 de diciembre de 2005), mantener dicha normativa interna preexistente, incluso si no respeta las garantías en cuanto al procedimiento de examen, concesión y retirada de la solicitud de asilo. Al menos, la directiva deja a salvo algunas garantías inexcusables, entre ellas la obligación de nombrar un representante a los extranjeros menores de 16 años.

*e) Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes*

La UE en la Directiva 2004/81/CE<sup>55</sup>, define las condiciones para que los Estados miembros concedan permisos de residencia de duración limitada a nacionales de terceros países que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o la ayuda a la inmigración ilegal. Además, permite decidir en la legislación interna de transposición de la directiva, si quieren extender esta posibilidad a los menores de edad y en su caso a los no acompañados.

---

<sup>54</sup> Cit.

<sup>55</sup> Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. *DOUE* L 261, 6 de agosto de 2004, pp. 19-23 (consultado 22/04/2016).

En tal caso, se deberá garantizar tras la expedición del permiso la asistencia médica o de otro tipo que requieran conforme a sus necesidades particulares cuando no posean suficientes recursos. Se hace especial hincapié en el acceso al sistema público de enseñanza de estos menores en las mismas condiciones que los nacionales, y se prevé que se adecue el proceso para la expedición del permiso a la edad y madurez del menor, permitiendo expresamente que se amplíe el plazo de reflexión que se otorga a los mayores para tomar una decisión relativa a la cooperación con la policía. De esta forma los inmigrantes pueden superar el miedo a las mafias responsables de su llegada a la Unión Europea.

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

Como se vio en el apartado anterior, en principio, el Derecho Convencional no prevé que los Estados adopten medidas sancionadoras para los menores en situación de irregularidad administrativa. La CDN, en su artículo 20, establece 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”*. Parece obvio que los MENA están comprendidos en tal categoría y merecen protección especial.

Sin embargo, la Unión Europea parece haberse decantado por considerar a los MENA como extranjeros “ilegales”, alineándose con los Estados Unidos en una evolución de la política migratoria que sitúa como eje primordial el control de flujos por encima de los derechos humanos reconocidos a los migrantes en los distintos convenios internacionales de alcance universal y que se extiende incluso a los menores migrantes.<sup>56</sup>

La conclusión anterior no es meramente argumentativa, sino que se extrae y deduce de una norma esencial en la ejecución de la política migratoria de la Unión Europea,

---

<sup>56</sup> DURÁN RUIZ, F., *“Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros”*, Revista Trace, nº60, 1/12/2011. Disponible en: <http://trace.revues.org/1723>

como es la Directiva 2008/115/CE<sup>57</sup>. Esta directiva, no en vano denominada “de la vergüenza”, abre la puerta en su articulado a aplicar sanciones como el retorno y la expulsión, e incluso a su internamiento previo a la ejecución de estas decisiones, pese a definir a los menores no acompañados como “personas vulnerables”. Esto es gravísimo y no compensa que posteriormente se intenten acotar los supuestos en que podrán llevarse a cabo estas acciones de expulsión o internamiento. Se trata a niños como “inmigrantes irregulares”, equiparando además la inmigración irregular en la práctica con la categoría de delito y desvirtuando totalmente el principio universal de que el interés del menor debe primar frente a cualquier otro interés, incluso el del Estado, o el de entes supraestatales como la Unión Europea, en la aplicación de sus normas y políticas migratorias.

En este sentido, el artículo 10 de la Directiva 2008/115/CE<sup>58</sup>, lleva el expreso título de “Retorno y expulsión de menores no acompañados”, que establece las siguientes garantías previas cuando la decisión de retorno recaiga sobre un menor:

*“1. Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño.*

*2. Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.”*

Desafortunadamente, esta directiva deja pendiente establecer un régimen jurídico aplicable a los MENA cuya repatriación no sea posible y que permanezcan por lo tanto en territorio comunitario.

La segunda referencia a los menores no acompañados que resulta altamente criticable en la “Directiva de retorno” es la referencia que se hace en el artículo 17 al

---

<sup>57</sup> Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. *DOUE* L 348, 24 de diciembre de 2008, pp. 98-107 (consultado 23/04/2016).

<sup>58</sup> Cit.

“internamiento de menores y familias”. Como en el caso anterior, la gravedad de aceptar la privación de libertad de un menor sin la existencia de un delito previo y sin límite mínimo de edad es inexcusable, aunque acto seguido se manifieste que sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible.

Todo esto convierte en fútil la afirmación del artículo 17.5:

*“El interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión.”*



## **CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PARTICULARES SOBRE PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL**

En este capítulo, se estudia por un lado el régimen de la protección del menor en España aplicable a los MENA, cuyo mayor exponente es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor<sup>59</sup>. Y también sus reformas como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>60</sup>.

Por otro lado, en cuanto al segundo régimen aplicable, el de extranjería, es conveniente mencionar las transformaciones que la regulación de los menores extranjeros no acompañados ha experimentado en las Leyes y Reglamentos de Extranjería en España en las últimas dos décadas.

### **A) DERECHO INTERNO: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LEYES DE PROTECCIÓN DE MENORES**

#### **1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO AUTÓNOMO APLICABLE A LOS MENA ENTRE 1985 Y 2015**

En primer lugar, hay que señalar que el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>61</sup>, “considera extranjero, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.”

Dentro del Derecho Autónomo, donde mejor definidos están los MENA, sería en el artículo 189 del Real Decreto 557/2011<sup>62</sup>, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería actualmente en vigor. Este artículo define al MENA como el “*extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir*

<sup>59</sup> BOE nº 15, 17 de enero de 1996, pp. 1225-1238 (consultado 23/04/2016).

<sup>60</sup> BOE nº 180, 29 de julio de 2015, pp. 64544-64613 (consultado 23/04/2016).

<sup>61</sup> BOE nº 10, 12 de enero de 2000, pp. 1139-1150 (consultado 23/04/2016).

<sup>62</sup> Real Decreto 557/2011, 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE nº 103, 30 de abril de 2011, pp. 43821-44006 (consultado 24/04/2016).

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

Existen otras definiciones del término menores extranjeros no acompañados que se pueden encontrar en distintos informes y documentos de trabajo elaborados por organizaciones no gubernamentales o asociaciones que trabajan en este ámbito.

Resulta sorprendente que no es hasta la última reforma de la legislación en materia de Extranjería, llevada a cabo mediante la aprobación de un nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería en 2011, cuando se introduce en el ordenamiento jurídico español el término de menores extranjeros no acompañados.

En la primera Ley de Extranjería de carácter global que se aprobó en España, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>63</sup>, no se contenía ninguna mención a los menores extranjeros no acompañados. En el Reglamento de desarrollo de esta primera norma, contenido en el Real Decreto 155/1996<sup>64</sup>, de 2 febrero, en su sección 4ª, titulada “menores extranjeros”, dedicaba sus artículos 12 y 13 a definir qué se entiende por menores extranjeros en general y en el segundo de estos artículos, a regular el tratamiento y el régimen aplicable a los menores en situación de desamparo.

Esta ley fue reformada posteriormente mediante la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>65</sup>, que en su artículo 32 bajo el título “Residencia de menores” contiene una sucinta regulación en únicamente dos apartados en términos muy similares a los recogidos en el Reglamento antes citado.

---

<sup>63</sup> BOE nº 158, 3 de julio de 1985, pp. 20824-20829 (consultado 25/04/2016).

<sup>64</sup> BOE nº 47, 23 de febrero de 1996, pp. 6949-6977 (consultado 25/04/2016).

<sup>65</sup> Cit.

Ese mismo año, se volvió a reformar la legislación incluso antes de que se llegase a aprobar un nuevo Reglamento. En el artículo 35 de la Ley Orgánica 8/2000<sup>66</sup>, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000<sup>67</sup>, de 11 de enero, manteniendo el título de “Residencia de menores” de la anterior ley, se desarrollan algunos aspectos como el de la determinación de la edad, la regulación del procedimiento de retorno o la permanencia en España si procede<sup>68</sup>.

Una regulación que fue desarrollada mediante el Real Decreto 864/2001, 20 julio, por el que se aprobaba un nuevo Reglamento<sup>69</sup>. En su artículo 62, manteniendo la misma denominación de “Menores extranjeros en situación de desamparo” como en el anterior Reglamento, se desarrolla y amplía la regulación para estos supuestos, aunque la regulación reglamentaria se contiene en un único artículo, éste ve ampliado su contenido al incluir más de 10 apartados en los que se especifican nuevos asuntos antes no regulados como el proceso a seguir desde la localización del menor, la determinación de la edad o el procedimiento de reagrupación familiar o repatriación.

En el año 2003, la Ley de Extranjería fue reformada de nuevo dos veces<sup>70</sup>, sin afectar dichas modificaciones a la materia de los menores extranjeros no acompañados. Al año siguiente, se aprobó un nuevo Reglamento, mediante el Real Decreto 2393/2004, 30 diciembre<sup>71</sup>, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final 3ª de la LO 14/2003<sup>72</sup>, en el que en su artículo 92 se introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico de España la denominación de menores extranjeros no acompañados. Aunque este artículo mantiene a grandes rasgos la misma extensión y contenido respecto a la posibilidad de repatriar al menor incluso si se ha autorizado su residencia y la concesión

<sup>66</sup> BOE nº 307, 23 de diciembre de 2000, pp. 45508-45522 (consultado 26/04/2016).

<sup>67</sup> BOE nº 10, de 12 de enero de 2000, pp. 1139-1150 (consultado 26/04/2016).

<sup>68</sup> En relación a este procedimiento se destaca que el mismo se desarrollará conforme al principio de reagrupación familiar del menor. Una afirmación que en algunos supuestos como luego se verá que podría suponer una colisión con el principio del interés superior del menor.

<sup>69</sup> BOE nº 174, 21 de julio de 2001, pp. 26552-26603 (consultado 27/04/2016).

<sup>70</sup> Reformada por:

- Ley Orgánica 11/2003, 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE nº 234, 30 septiembre 2003, pp. 35398-35404 (consultado 27/04/2016).

- Ley Orgánica 14/2003, 20 noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000. BOE nº 279, 21 noviembre 2003, pp. 41193-41204 (consultado 27/04/2016).

<sup>71</sup> Real Decreto 2393/2004, 30 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE nº 6, 7 enero de 2005, pp. 485-539 (consultado 27/04/2016).

<sup>72</sup> Cit.

de la misma con carácter temporal una vez alcanzada la mayoría de edad por circunstancias excepcionales.

La reforma de la Ley de Extranjería que se produjo mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 diciembre<sup>73</sup>, estaba justificada según el propio legislador por tres motivos, la necesidad de incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que había declarado la inconstitucionalidad de varios artículos, transponer varias Directivas comunitarias y adaptar la legislación española a los cambios producidos en la inmigración en España durante los últimos años. En el artículo 35, el legislador español cambia la denominación del artículo para recoger por primera vez en una Ley de Extranjería el término menores no acompañados y duplica la extensión del mismo, pasando de cinco a doce apartados.

Algunas de las novedades que se contienen en esta nueva regulación se refieren al establecimiento de acuerdos de colaboración con los países de origen para prevenir este tipo de inmigración<sup>74</sup> y el retorno de estos menores tanto por parte del Estado Español como por las Comunidades Autónomas, la solicitud de informes sobre las circunstancias familiares del menor a las representaciones diplomáticas de los países de origen y la audiencia al menor si tiene suficiente juicio en los procedimientos de repatriación o la anterior previsión reglamentaria en la que se establecía que la concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para una ulterior repatriación añadiendo como novedad cuando esto favorezca el interés superior del menor.

*a) Real Decreto 557/2011, 20 abril<sup>75</sup>, por el que se aprobaba un nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería*

Esta nueva regulación fue desarrollada de nuevo reglamentariamente mediante el Real Decreto 557/2011, 20 abril<sup>76</sup>, por el que se aprobaba un nuevo Reglamento de la ley de Extranjería. Mediante este Reglamento la regulación de los menores extranjeros

---

<sup>73</sup> Ley Orgánica 2/2009, 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *BOE* nº 299, 12 de diciembre de 2009, pp. 104986-105031 (consultado 28/04/2016).

<sup>74</sup> Algunos de los acuerdos ya suscritos por el Estado Español a este respecto serán mencionados más adelante.

<sup>75</sup> Cit.

<sup>76</sup> Cit.

no acompañados se comprende ahora en diez artículos, del 189 al 198, ubicados en el capítulo III que se titula Menores extranjeros no acompañados. En esta decena de artículos se detallan pormenorizadamente cuestiones como su definición (art. 189), la determinación de su edad (art. 190), la competencia sobre el procedimiento de repatriación y actuaciones previas (art. 191), el inicio del procedimiento de repatriación (art. 192), las alegaciones y determinación del periodo de prueba (art. 193), el trámite de audiencia y la resolución del procedimiento (art. 194), la ejecución de la repatriación (art. 195), la residencia del menor (art. 196), el acceso a la mayoría de edad cuando es titular de una autorización de residencia (art. 197), y el acceso a la mayoría de edad cuando no sea titular de una autorización de residencia (art. 198). A pesar de que esta nueva reglamentación intenta detallar pormenorizadamente los trámites a seguir en dicho procedimiento y los órganos competentes en cada caso se detecta el olvido de algunos aspectos relevantes que sí que se contenían en anteriores regulaciones.

#### *b) Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA*

El último instrumento normativo adoptado por el Gobierno de España, siguiendo precisamente la previsión contenida en el artículo 190 de este nuevo reglamento<sup>77</sup>, ha sido el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados en 2014<sup>78</sup>. Un documento que tiene por objetivo, tal y como se señala en el primer apartado de su exposición de motivos, 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.

Un Protocolo en el que a través de VIII capítulos, que contienen a su vez 35 apartados, se detallan todas las actuaciones a realizar y los órganos competentes para llevarlas a cabo en los supuestos de localización de un menor extranjero no acompañado en España.

---

<sup>77</sup> Cit.

<sup>78</sup> Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. *BOE* nº 251, de 16 de octubre de 2014, pp. 83894-83919 (consultado 02/05/2016).

En relación a este Protocolo se pueden destacar dos aspectos, en primer lugar uno de carácter formal y que se refiere a los casi tres meses que transcurrieron desde el acuerdo del Ministerio de Justicia, del Ministerio del Interior, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de la Fiscalía General del Estado y del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para la aprobación de dicho protocolo, el 22 julio 2014, tal y como se especifica en el propio texto y su publicación en el Boletín Oficial del Estado el 16 octubre 2014. Una dilación en su publicación que no es habitual en la publicación de otras normas en España y que puede obedecer a las Sentencias que en esta materia, en concreto en relación con las pruebas para determinar la edad de los menores cuando estén provistos de documentos que contienen datos respecto a su edad, adoptó el Tribunal Supremo y que se comentarán en el siguiente apartado y que podían afectar y de hecho afectan al contenido del mismo, poniendo en cuestión su posible legalidad.

El segundo aspecto, este ya relativo a su contenido, que ha sido objeto ya de algunas críticas, 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 se le hicieron con anterioridad en España. En estos casos según el Protocolo, en su capítulo II apartado sexto, al menor se le considerará indocumentado lo que podría contradecir la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto que se expondrá en el siguiente apartado.

El Protocolo Marco sobre actuaciones con los MENA, aprobado el 13 de octubre de 2014<sup>79</sup>, ¿respeto las últimas sentencias del Tribunal Supremo<sup>80</sup> y la Ley, en relación a

---

<sup>79</sup> Cit.

<sup>80</sup> STS de 24 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 452) y STS de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 453). Disponibles en:

<http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Documentacion-Judicial/Jurisprudencia-/Sentencias-de-actualidad/Tribunal-Supremo/TS-Civil--Pleno--Desestima-recursos-interpuestos-por-el-Ministerio-Fiscal-y-Consejo-del-Menor-de-Alava-y-confirma-sentencia-de-lal-AP-Menores-extranjeros-no-acompanados--Ya-se-trate-de-personas-documentadas-o-indocumentadas--las-pruebas-medicas-para-la-determinacion-de-la-edad--especialmente-si-son-invasivas--no-podran-aplicarse-indiscriminadamente-para-la-determinacion-de-la-edad--con-la-precision-de-que-cualquier-duda-sobre-la-minoria-de-edad-basada-en-la-simple-apariencia-fisica-de-la-persona-debera-resolverse-a-favor-del-menor->

los trámites y pruebas para la determinación de la edad de los menores inmigrantes no acompañados? Actualmente, se siguen haciendo pruebas para la determinación de la edad a menores con pasaportes expedidos válidamente en su país de origen, cuando el Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias en las que prohíbe someter a las pruebas para determinar la edad a los inmigrantes menores con pasaporte válido que se encuentran de forma irregular en España.

Sin embargo, el Protocolo<sup>81</sup> en el apartado 6º.2, del capítulo II, parece contradecir lo señalado por el Tribunal Supremo, porque señala:

*“No obstante, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras a los efectos del artículo 25.1 LO 4/2000<sup>82</sup> serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

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

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

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

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

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

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

*G) Incorporen datos inverosímiles.*

*3. Concurriendo cualquiera de las circunstancias anteriores se considerará, a los efectos de este Protocolo, que el extranjero se halla indocumentado.”*

---

[http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STS\\_23\\_09\\_2014](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STS_23_09_2014)

<sup>81</sup> Cit.

<sup>82</sup> Cit.

Lo anterior, nos lleva a reflexionar sobre el valor normativo que tiene ese protocolo, hasta qué punto su aplicación es vinculante y/o preceptiva.

## 2. DETECCIÓN DE UN MENA POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS

Los menores visibles que son detectados, al carecer de la protección de padres o tutores en nuestro país, se encuentran en situación de desamparo. En consecuencia, tienen el derecho de recibir protección pública<sup>83</sup> y nuestra Administración, tanto estatal como autonómica, tiene la obligación de protegerles. El artículo 39.4 de nuestra Constitución Española<sup>84</sup> proclama que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Este artículo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1996<sup>85</sup>, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, así como por el Código Civil<sup>86</sup>. El Código Civil en su artículo 172.1 establece que:

*“Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. La resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección*

<sup>83</sup> Artículo 20 de la CDN establece el derecho a la protección pública para menores que no puedan recibir la de su familia. Cit.

<sup>84</sup> Constitución Española de 1978. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424 (consultado 03/05/2016).

<sup>85</sup> Cit.

<sup>86</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE nº 206, de 25 de julio de 1889, pp. 249-259 (consultado 04/05/2016).

*establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.”*

Por tanto, no se les debe tratar como extranjeros, sino como menores<sup>87</sup>. Y ello implica que su residencia será regular desde su puesta a disposición de los servicios de protección de menores. Esta residencia regular va a tener dos consecuencias jurídicas:

1º) Un MENA no podrá ser objeto de un procedimiento sancionador de expulsión<sup>88</sup>. Por tanto, un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de su representante o representantes legales<sup>89</sup>.

2º) Cuando, finalmente, se documente al menor extranjero mediante la correspondiente autorización de residencia la legalidad de la situación del menor, “cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”<sup>90</sup>. Esto es, se ha de tener en cuenta este tiempo a la hora de otorgarle la autorización de residencia, ya que le computa como residencia legal efectiva.

El artículo 35 de la LO 4/2000<sup>91</sup> explica cómo deben actuar las Administraciones cuando se encuentran con un MENA. A este respecto, se deben señalar los siguientes apartados:

*“3. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de*

---

<sup>87</sup> Artículo 2 de la CDN explicita que en el reconocimiento de los derechos del niño no se pueden hacer distinciones por el origen nacional. Cit.

<sup>88</sup> Circular 3/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería: “Durante todo el tiempo que un menor extranjero sea tutelado por una entidad pública, su estancia en España se considerará regular a todos los efectos. Por ello, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión”. Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/CI03-2001.pdf?idFile=22fb6802-d3f0-4b2d-968f-99ab904983d3](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CI03-2001.pdf?idFile=22fb6802-d3f0-4b2d-968f-99ab904983d3) (consultado 04/05/2016).

<sup>89</sup> Circular 10/2009 de la Comisaría de Extranjería y Fronteras, sobre el “Acceso de menores extranjeros acompañados a los puestos fronterizos”. Disponible en: [https://www.icam.es/docs/ficheros/201003060001\\_6\\_0.pdf](https://www.icam.es/docs/ficheros/201003060001_6_0.pdf) (consultado 09/05/2016).

<sup>90</sup> Artículo 35.7 de la LO 4/2000. Cit.

<sup>91</sup> Cit.

*protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*

*4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.”*

El Ministerio Fiscal mediante decreto motivado de carácter cautelar<sup>92</sup>, pondrá al menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores del territorio, siendo trasladado, por 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 desamparo<sup>93</sup> y correlativa constitución de tutela legal.

La tutela del menor, se ha de 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. Así es, como se trata de ser coherente con la LO 1/1996<sup>94</sup> cuando marca en su artículo 14.1 que “las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor”. A su vez, continúa en su artículo 14.2 diciendo que:

*“La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil<sup>95</sup>, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.”*

---

<sup>92</sup> Así lo prevén las Conclusiones de la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/cir02-2006.pdf?idFile=4abf06dc-da77-42f2-af15-3b204556f19e](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2006.pdf?idFile=4abf06dc-da77-42f2-af15-3b204556f19e) (consultado 10/05/2016).

<sup>93</sup> Determinado por el artículo 172.1 del Código Civil citado anteriormente.

<sup>94</sup> Cit.

<sup>95</sup> Artículo 172.4 del Código Civil: “En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo”. Cit.

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

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, ya que son generadoras de un claro conflicto de intereses entre el menor tutelado y los servicios de protección de menores. Así, se deberá pedir el consentimiento del menor para la realización de pruebas médicas, debiéndosele explicar su finalidad y consecuencias, dada la trascendencia jurídica que entrañan para su esfera personal etc., se iniciarán, en su caso, los trámites para la repatriación, se iniciarán o no los trámites de documentación del menor, se le pondrá en un recurso adecuado educativo y de formación, etc...

De ahí la necesidad de que el menor cuente con asesoramiento jurídico que vele con carácter especializado e independiente por el interés superior del menor. Dicho interés superior del menor, está garantizado frente a los poderes públicos por el artículo 11.2 apartado a) de la LO 1/1996<sup>96</sup> que dice:

*“Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del interés del menor.”*

El artículo 12.1 de la LO 1/1996<sup>97</sup> dice que:

*“La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley.”*

En la práctica, cada Servicio de Protección del Menor instruye, con sus particularidades, la determinación de la situación de desamparo ya que es una competencia transferida a las Comunidades Autónomas<sup>98</sup> y corresponde a la entidad

---

<sup>96</sup> Cit.

<sup>97</sup> Cit.

<sup>98</sup> En el marco establecido por el artículo 148.1.20ª y artículo 149 de la Constitución Española de 1978. Cit.

pública que tenga encomendada la protección de menores en el territorio de cada Comunidad Autónoma, la determinación de la existencia del desamparo.

Es una situación de hecho que en la que quien tiene la guarda del menor (de existir) incumple los deberes de protección, viéndose privado el menor de la necesaria asistencia moral o material. La situación en la que se encuentra el menor extranjero no acompañado exige, en la mayoría de los casos, la constitución de una tutela por ministerio legal, previa tramitación de un procedimiento administrativo en el que se vele por los derechos y garantías que la Constitución y Tratados internacionales reconocen al menor extranjero no acompañado, en especial, en el ámbito del derecho fundamental de audiencia y defensa, a tenor del interés superior del menor<sup>99</sup>.

Los Servicios de Protección de Menores, suelen iniciar el procedimiento de desamparo siempre de oficio, cuando de forma directa, por comunicación de otro órgano administrativo o mediante denuncia, tuviera conocimiento de la situación de desasistencia en que pudiera hallarse un menor. Suelen dictar, en general, una primera Resolución declarando el desamparo provisional, asumiéndose la tutela y guarda residencial del menor con tal carácter, hasta el momento en que, previa confirmación del mantenimiento de las circunstancias de desamparo, se constituya aquella tutela con carácter definitivo. Tutela definitiva que habrá de ser inscrita en el Registro Civil.

La normativa autonómica no es uniforme a la hora de establecer plazos de tramitación para resolver la situación de desamparo<sup>100</sup> ni a la hora de contemplar los efectos derivados de la falta de resolución expresa de dichos acuerdos<sup>101</sup>. Cuando las

---

<sup>99</sup> Artículo 39.4 de la Constitución Española citado anteriormente.

<sup>100</sup> No establecen plazo alguno para resolver las legislaciones de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Principado de Asturias, Islas Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, Murcia y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Sí establecen plazo las Comunidades Autónomas de Aragón (un mes para el estudio del menor, ampliable a otro mes más), Cantabria (6 meses), Castilla y León (3 meses prorrogables a otros 3 más), Comunidad de Madrid (3 meses prorrogables a otros 2 meses más), País Vasco (3 meses prorrogables a otros 3 más), La Rioja (3 meses) y la Comunidad Valenciana (3 meses). MORENO-TORRES SANCHEZ, JULIETA, "La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español", Ed. Aranzadi, 2009, pp. 246-248.

<sup>101</sup> Respecto de los efectos de la falta de resolución, la mayoría de las legislaciones de las Comunidades Autónomas no establecen efectos de la falta de resolución salvo Cantabria, La Rioja y la Comunidad Valenciana, que establecen que la falta de resolución conlleva la caducidad del procedimiento y la Comunidad de Madrid que establece que cuando se promueva el procedimiento de desamparo a instancia de parte, la falta de resolución tendrá efectos negativos. MORENO-TORRES SANCHEZ, JULIETA,

legislaciones autonómicas no establezcan plazos de resolución habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC<sup>102</sup>, de 26 de noviembre: el plazo máximo de resolución expresa será de 3 meses<sup>103</sup> y el plazo máximo para notificar esta resolución expresa será de 6 meses<sup>104</sup>, transcurridos los cuales se ha de entender que se ha producido la caducidad del procedimiento administrativo incoado<sup>105</sup> al colisionar la intervención de la Administración Pública en un procedimiento de desamparo con derechos e intereses protegidos constitucionalmente<sup>106</sup>.

Existen dudas acerca de ante qué jurisdicción acudir ante la inactividad de la Administración, quien deja transcurrir los meses y los años sin emitir resolución alguna en la que acuerde la tutela del menor, impidiendo así el acceso a un derecho muy importante como el derecho a obtener documentación, una autorización de residencia<sup>107</sup>.

Asumida la tutela por la Administración correspondiente, ésta podrá acudir al juez, para que éste atribuya la tutela del menor a una ONG o a una entidad, dedicada a la protección de menores, con las que previamente ha firmado convenios de colaboración<sup>108</sup>.

---

“La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español”, 2009, Ed. Aranzadi, pp. 246-248.

<sup>102</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *BOE* nº 285, de 27 de noviembre de 1992, pp. 40300-40319 (consultado 11/05/2016).

<sup>103</sup> Artículo 42.3 la Ley 30/1992. Cit.

<sup>104</sup> Artículo 42.2 de la Ley 30/1992. Cit.

<sup>105</sup> Artículo 44.2 de la Ley 30/1992. Cit.

<sup>106</sup> Artículo 39.4 de Constitución Española citado anteriormente.

<sup>107</sup> La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado al respecto en el Auto nº 135/2010 de 13 de mayo de 2008. Se revisa un Auto de un Juzgado de Primera Instancia que se declaró incompetente para conocer una demanda presentada en la que se solicitaba que la DGAIA declarara que es un menor en situación de desamparo, que asumiera su tutela y realizara los trámites para obtener la residencia en este país. Entiende la Audiencia Provincial de Barcelona en su Fundamento de Derecho Segundo que la potestad jurisdiccional de los Juzgados de Familia es exclusiva y excluyente en las localidades donde funcionen, abarca únicamente las actuaciones previstas en los Títulos IV y VII del Libro Primero del Código Civil, y correlativas del Código de Familia de Cataluña, y aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de la Familia le son atribuidas por las leyes, sin que pueda extenderse la competencia de los Juzgados de Familia a enjuiciamientos que impliquen el ejercicio de acciones que no quedan exactamente incluidas entre las materias atribuidas a la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Familia (procedimientos en los que se plantee oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por el cauce procesal del art. 779 y siguientes de la LEC), como es la minoría de edad.

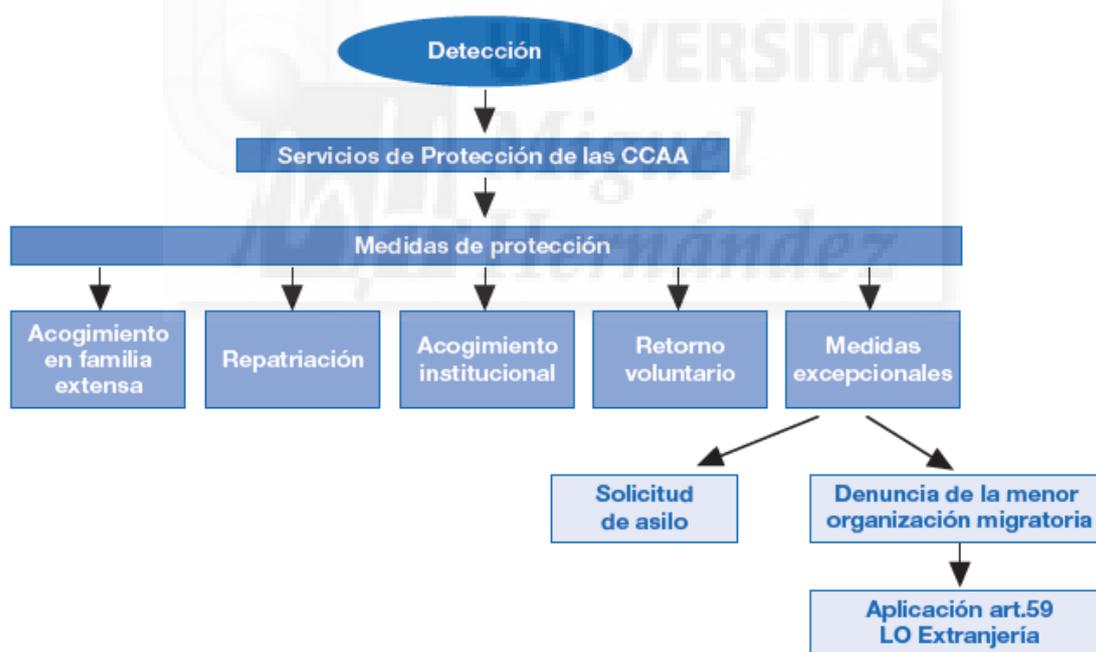
<sup>108</sup> Artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000 (Cit.): *La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria*

El artículo 35.12 de la LO 4/2000<sup>109</sup> prevé que:

*“Las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración.”*

Esta previsión legislativa trata de responder a las situaciones que se dan por el movimiento intraautonómico de los menores no acompañados, que teniendo la tutela de una Comunidad Autónoma, se encuentran acogidos de hecho por otras Comunidades Autónomas.

En el siguiente gráfico se ve un esquema de la forma de actuación ante un MENA en España.



CUADRO 1. ESQUEMA DE ACTUACIÓN ANTE UN MENA EN ESPAÑA. Fuente: VIOLETA QUIROGA, ARIADNA ALONSO, MONTSERRAT SÒRIA, “Menores migrantes no acompañados/as: Sueños de bolsillo”, UNICEF y Fundación Banesto, diciembre de 2010, p. 123. Disponible en: [https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Suenos\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Suenos_de_bolsillo.pdf) (consultado 12/05/2016).

de los menores extranjeros no acompañados. También en relación con el artículo 172.1 del Código Civil citado anteriormente.

<sup>109</sup> Cit.

### *a) Reagrupación del MENA con su familia residente en España*

También se puede encontrar con MENA, en un principio, que tienen en España a algún miembro de su familia extensa, familiar que se presenta ante el servicio autonómico bajo cuya protección se encuentra el menor, manifestando su voluntad de hacerse cargo de él. Se estaría ante un supuesto de delegación de la guarda en familia.

Las CCAA han regulado un procedimiento especial para la valoración de idoneidad de las familias acogedoras. Requiere una tramitación burocrática y entrevistas al familiar, que de un lado suponen una garantía para el menor de que se trata de un núcleo familiar adecuado a sus necesidades, pero, por otro, puede ser un motivo de dilación en el tiempo para que el menor se vaya con la familia, permaneciendo en tanto se dicta resolución de idoneidad, en ocasiones, ingresado en el centro de protección. Esta demora en dictar la resolución de idoneidad puede ocasionar inseguridad jurídica para el menor<sup>110</sup>. El familiar del menor, también, puede acudir al Juez solicitando le sea atribuida la guarda judicial o la tutela del menor<sup>111</sup>.

Cuando el familiar tenga atribuida la guarda administrativa por el servicio de protección autonómico o cuando tenga atribuida la guarda o tutela judicial o tenga atribuida la guarda o figura similar por la autoridad competente del país de origen, le podrá ser de aplicación el artículo 17.1 apartado c) de la LO 4/2000<sup>112</sup>, 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.”*

<sup>110</sup> MORENO-TORRES SANCHEZ, JULIETA, “La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español”, Ed. Aranzadi, 2009, pp. 229 y ss (consultado 12/05/2016).

<sup>111</sup> 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. Cit.

<sup>112</sup> Cit.

## *b) Repatriación del MENA*

El procedimiento de repatriación de menores extranjeros no acompañados de adulto responsable legal es un procedimiento administrativo especial cuya finalidad consiste en determinar, en interés superior del menor, si procede acordar la repatriación del menor a su país de origen, o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España<sup>113</sup>.

Se iniciará de oficio por la Administración General del Estado (Delegación o Subdelegación del Gobierno) o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela del menor<sup>114</sup>. Con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación la Administración del Estado solicitará 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 del procedimiento, se oirá al menor si tiene suficiente juicio. La audiencia al menor, recogida en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico<sup>115</sup>, es obligatoria y su omisión supondría una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española<sup>116</sup>.

En este sentido, el artículo 10.1 de la LO 1/1996<sup>117</sup> reafirma que *“los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas, o a través de sus entidades colaboradoras, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto”*. En su artículo siguiente, el 11.1 de la LO 1/1996<sup>118</sup>, remarca que *“las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos”*. Deberá realizarse en atención a las condiciones de madurez del menor, con

<sup>113</sup> Artículo 35.5 de la LO 4/2000. Cit.

<sup>114</sup> Artículo 192 del RD 557/2011. Cit.

<sup>115</sup> Como el artículo 12 de la CDN, y el artículo 9 de la LO 1/1996 sobre Protección Jurídica del Menor (precepto que tiene carácter orgánico según la 23ª Disposición Final de dicho texto), entre otros. Cit.

<sup>116</sup> Artículo 24.1 de la Constitución Española: *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*. Cit.

<sup>117</sup> Cit.

<sup>118</sup> Cit.

las garantías debidas entre las que se encuentra 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 designación de un abogado particular, un abogado del turno de oficio colegial.

Esta asistencia jurídica es necesaria en el seno de cualquier procedimiento que conduzca a tomar una decisión que afecte de manera directa al interés superior del menor debiendo garantizarse dicha efectividad por parte de las Administraciones públicas y removerse cuantos obstáculos impidan o dificulten la misma.

### *c) Imposibilidad de repatriación del MENA*

El artículo 196.1 del RD 557/2011<sup>119</sup> dice:

*Una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.*

Como las normas reguladoras del procedimiento de repatriación no establecen plazo alguno<sup>120</sup>, ése será de tres meses, contándose, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, desde el acuerdo de iniciación<sup>121</sup>.

Previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado (Delegación o Subdelegación del Gobierno) resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a

---

<sup>119</sup> Cit.

<sup>120</sup> Disposición Final Segunda del RD 557/2011. Cit.

<sup>121</sup> Artículo 44.3 de la Ley 30/1992, de RJAP y del PAC. Cit.

disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos<sup>122</sup>.

Al menor se le han de notificar cuantas resoluciones y actuaciones administrativas afecten a sus derechos e intereses legítimos<sup>123</sup>. En este sentido, la Resolución que ponga fin al procedimiento de repatriación, habrá 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<sup>124</sup> frente a una decisión que afecta, de manera directa, a la esfera de sus intereses personales. Sólo conociendo el contenido de la resolución podrá cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal<sup>125</sup>.

Este derecho a la tutela judicial efectiva forma parte del contenido esencial del art. 24.1 Constitución Española<sup>126</sup> citado anteriormente. Al menor<sup>127</sup> se le reconoce su capacidad para revisar judicialmente una decisión que afecta a su esfera personal<sup>128</sup>, bien directamente<sup>129</sup>, cuando sea mayor de 16 años, o, cuando fuere menor de 16 años, acudiendo al nombramiento de un defensor judicial<sup>130</sup> cuando exista un conflicto de intereses entre el menor y las Administraciones públicas, especialmente su tutor legal, a tenor de dicho procedimiento de repatriación.

<sup>122</sup> Artículo 35.5 de la LO 4/2000. Cit.

<sup>123</sup> Artículo 192.2 del RD 557/2011. Cit.

<sup>124</sup> Artículos 10. 1 y 11.1 de la LO 1/1996 citados anteriormente.

<sup>125</sup> Sentencia del TC 183/2008, de 22 de diciembre de 2008. *BOE* nº 21, de 24 de enero de 2009, pp. 91-96.

<sup>126</sup> Cit.

<sup>127</sup> Artículo 35.6 de la LO 4/2000: *“A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la que quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente”*. Cit.

<sup>128</sup> ATC 372/2007, de 17 de septiembre de 2007. *BOE* nº 21, de 24 de enero de 2009, pp. 83-90.

<sup>129</sup> Primer párrafo del artículo 18 de la LJCA 29/1998: *“Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”*.

<sup>130</sup> Artículos 299 a 302 del Código Civil. Cit.

Artículo 8 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil. *BOE* nº 7, de 8 de enero de 2000, pp. 575-728 (consultado 20/05/2016).

#### *d) Ejecución de la repatriación del MENA*

En el supuesto de acordarse la repatriación del menor, ésta será ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que harán entrega del menor a las autoridades de frontera correspondiente de su país de origen. En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la pertinente autorización judicial.

En la nueva redacción del artículo 35.1 de la LO 4/2000<sup>131</sup>:

*“El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos.”*

España solo ha firmado dos convenios bilaterales:

1º) Con el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007<sup>132</sup>, cuya finalidad es favorecer el retorno asistido de los menores al seno de sus familias o a la institución de tutela del país de origen, así como su reinserción social. Gracias a este Convenio, Marruecos contará dentro de poco con dos centros de menores en su propio país (en Nador y en Tánger), que se construirán con dinero del Gobierno Central, con el fin de que sirvan para repatriar a estas personas a su lugar de origen, donde podrán recibir ayuda social e incluso permitir una búsqueda más certera de sus familiares.

2º) Con la República de Senegal sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, hecho en Dakar el 5 de diciembre de 2006<sup>133</sup>, siendo su finalidad favorecer la repatriación del menor a su familia o al organismo de tutela en Senegal así como su reintegración social. Los dos Gobiernos acordaron en abril de este

---

<sup>131</sup> Cit.

<sup>132</sup> BOE nº 70, 22 marzo 2013, pp. 22750-22753 (consultado 20/05/2016).

<sup>133</sup> BOE nº 173, 18 julio 2008, pp. 31413-31415 (consultado 20/05/2016).

año favorecer la repatriación del menor a su familia o al organismo de tutela de Senegal, así como su futura reintegración social tras volver a su país de origen. La parte española prestará asistencia y protección a aquellos menores que lleguen a territorio español y entregarán en un plazo de diez días toda la información referida a cada caso. Por su parte, las autoridades senegalesas procederán en el plazo de 20 días a la identificación del menor y de su familia. Los dos Gobiernos se comprometieron a colaborar conjuntamente para garantizar que la repatriación del menor se realice “en las debidas condiciones”.<sup>134</sup>

3º) Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, hecho en Madrid, 15 diciembre 2005<sup>135</sup>.

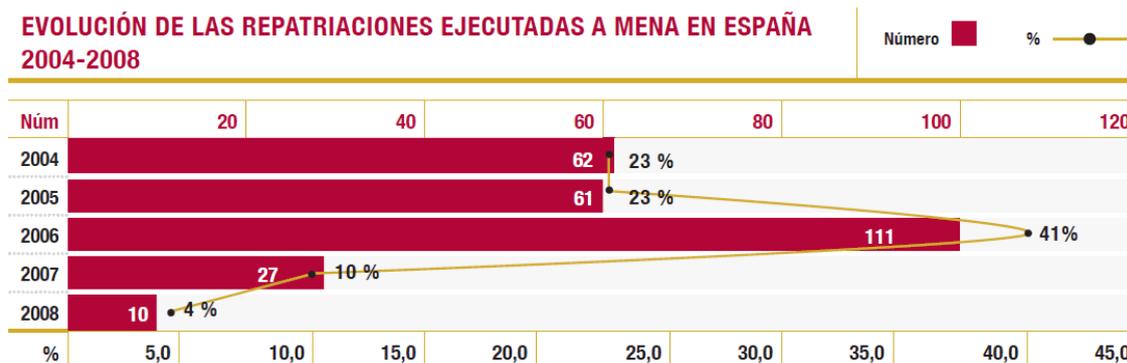
A continuación se muestra la evolución de las repatriaciones que se han ejecutado en España. Si se suma el total de los MENA acogidos en España, se observa que las 261 repatriaciones efectuadas desde las distintas comunidades autónomas en el período comprendido entre el 2004 y el 2007 representan el 1,4%.

---

<sup>134</sup> URÍA PELAYO, A., “Menores no acompañados en España. La Administración, con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores”, Revista Educación Social, nº45, 2010, pp. 36-64, ISSN 1135-8629.

<sup>135</sup> BOE nº 195, 16 agosto 2006, pp. 30512-30514 (consultado 21/05/2016).

**EVOLUCIÓN DE LAS REPATRIACIONES EJECUTADAS A MENA EN ESPAÑA 2004-2008**



**FUENTE:** Grupo IFAM Fundación Pere Tarrés- Universidad Ramon Llull. Del Informe “ Los y las Menores Migrantes No Acompañados/das en España. Estado actual y nuevas tendencias”, 2009. Elaboración propia. GESI, Ministerio del Interior.

CUADRO 2. EVOLUCIÓN DE LAS REPATRIACIONES EJECUTADAS A MENA EN ESPAÑA 2004-2008. Fuente: SÁNCHEZ BENÍTEZ DE SOTO, M. y otros, “Ni ilegales ni invisibles: Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España INFORME 2009”, Ed. Etnia Comunicación, 2009, p. 45. Disponible en: [http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/informe\\_infancia\\_inmigrante\\_UNICEF\\_CGAE\\_2009.pdf](http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/informe_infancia_inmigrante_UNICEF_CGAE_2009.pdf) (consultado 03/06/2016).

### 3. DOCUMENTACIÓN Y RESIDENCIA DEL MENA

El artículo 35.7 de la LO 4/2000 señala que:

*“Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.”*

Se procederá a otorgarle la autorización de residencia “transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores”<sup>136</sup> retrotrayéndose los efectos de la misma al momento en que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores para su atención inmediata en el centro de primera acogida<sup>137</sup>. Esto es, se ha de tener en cuenta

<sup>136</sup> Artículo 196.1 del RD 557/2011. Cit.

<sup>137</sup> Artículo 35.7 de la LO 4/2000. Cit.

este tiempo a la hora de otorgarle la autorización de residencia, ya que le computa como residencia legal efectiva.

Esta autorización inicial de residencia temporal seguirá el régimen general establecido en la normativa de extranjería (concesión y renovaciones) extendiéndose, la validez y vigencia de las mismas, hasta después de adquirir el menor la mayoría de edad. Cuando el menor haya cumplido los 16 años, no será necesaria la obtención de permiso de trabajo para “Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social<sup>138</sup>. Documentado el MENA, se ha de comunicar al Registro de Menores Extranjeros no acompañados<sup>139</sup>.

Aunque la LO 4/2000 prevea que la residencia de un menor extranjero se “considerará regular a todos los efectos” desde el momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección, esta previsión legal no le garantiza que le sea tramitada y concedida una autorización inicial de residencia temporal. Con frecuencia ocurre que la documentación necesaria para realizar la solicitud de la autorización de residencia del menor en nuestro país debe tramitarla el organismo autónomo responsable del menor, y éste solicita la autorización de residencia poco antes de que el menor adquiriera la mayoría de edad o, en su caso, si se comprueba que es mayor de edad, se provoca el archivo o desistimiento posterior de la solicitud.

Una de las justificaciones para esta situación que formulan las entidades de protección autonómicas es que los menores carecen de pasaporte. Sin embargo, la carencia de pasaporte no supone un verdadero obstáculo para la tramitación de las autorizaciones de residencia, dado que dicho documento puede suplirse con la cédula de inscripción que cabe solicitar de forma simultánea a la documentación, si la consecución del pasaporte resulta inviable<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Artículo 41.1 apartado j) de la LO 4/2000. Cit.

También el artículo 40.1 apartado i) de la misma LO 4/2000, señala la excepción en la que “No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido” para estos menores. Cit.

<sup>139</sup> Artículo 215 del RD 557/2011. Cit.

<sup>140</sup> Artículo 34.2 de la LO 4/2000 en relación con el artículo 211 del RD 557/2011. Cit.

También se está constatando como desde los servicios de protección de menores de algunas Comunidades Autónomas, o no se inicia la tramitación de la documentación o se realiza un bloqueo sistemático de la misma, por ejemplo, reiterándose las pruebas de determinación de la edad, no dando validez al pasaporte, exigiendo a los menores la Comunidad Autónoma la aportación de un certificado médico para que acrediten que no tienen ninguna enfermedad infecto-contagiosa (certificado no exigido por la Delegación del Gobierno competente para conceder la autorización de residencia), requisito no establecido ni en la LO 4/2000 ni en el RD 557/2011, o no emitiendo las Comunidades Autónomas los certificados que acrediten la formación e integración de los menores en los centros<sup>141</sup>.

Los retrasos en la presentación de las solicitudes de la documentación por parte de determinados servicios autónomos de protección de menores, unido a la tardanza de la resolución de los expedientes sobre la concesión de la autorización de residencia, son circunstancias que perjudican gravemente los intereses de este colectivo de menores de inmigrantes, en gran parte comprendidos en edades de 14 a 17 años, y que se hallan en nuestro país al no poder ser repatriados a sus países de origen.

Estos menores extranjeros sin autorización de residencia pueden permanecer en España al encontrarse en situación de desamparo y bajo la tutela de una entidad pública. Pero una vez cumplidos los 18 años y alcanzada la mayoría de edad, pierden ese derecho y se encuentran en una situación de irregularidad con el agravante de que en la mayoría de los casos tampoco pueden regresar a su país de origen, encontrándose en la calle, sin papeles y sin derechos. Se entorpece el acceso a la documentación del menor extranjero, con el fin de proteger, una vez más, un pretendido orden público de extranjería, que se impone al interés superior del menor. Se incumplen así las prescripciones legalmente establecidas a ese respecto en materia documental por parte de las Administraciones públicas<sup>142</sup>, incumplimiento que viene provocando, entre otras cuestiones, una movilidad geográfica interautonómica entre los menores por falta de la correcta seguridad jurídica dispensada por las Administraciones y entidades de guarda.

<sup>141</sup> NICOLÁS CASTELLANO y JAVIER BAÑUELOS, "Menores inmigrantes sanos y sin papeles en la Comunidad de Madrid", [http://cadenaser.com/ser/2010/03/13/sociedad/1268450004\\_850215.html](http://cadenaser.com/ser/2010/03/13/sociedad/1268450004_850215.html), 13-03-2010 (consultado 23/05/2016).

<sup>142</sup> Artículo 35.7 de la LO 4/2000 y artículo 186 del RD 557/2011. Cit.

Olvida la Administración que la concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor<sup>143</sup>, debiéndose, eso sí, iniciar un nuevo procedimiento de repatriación con todas las garantías señaladas en el artículo 35.5 de la LO 4/2000.

Si el servicio de protección autonómico correspondiente no procediera a solicitar de la autoridad gubernativa competente la autorización inicial de residencia temporal mencionada, en el plazo máximo legalmente establecido de los nueve meses-, tendrá que admitirse que el MENA pueda hacerlo, bien por sí mismo, si tuviera condiciones de madurez, o, en su defecto, a través de un órgano adecuado que le permita la consecución de dicha autorización de residencia, debiéndose facilitar en estos casos que el menor pueda servirse<sup>144</sup> de una asistencia letrada independiente que le permita, en atención a una contraposición de intereses, la salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos en aras de una futura integración y participación social.

Pero suele suceder, tal como ha constatado el Ararteko (Defensor del Pueblo del País Vasco), que algunos de los menores que han solicitado la autorización de residencia por su cuenta en Álava, han visto que se les ha tenido por desistidos, por no haber podido aportar la certificación de tutela, al no haber asumido la Diputación Foral de Álava su tutela<sup>145</sup>.

El hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competentes, redunde en su beneficio, y que todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la

<sup>143</sup> Artículo 35.8 de la LO 4/2000: *“La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo”*. Cit.

<sup>144</sup> Artículo 10.1 y 11.1 de la LO 1/1996 citados anteriormente.

<sup>145</sup> Página 9 de la Resolución del Ararteko, de 25 de mayo de 2010, por la que se recomienda al Departamento de Política Social y Servicios Sociales de la Diputación Foral de Álava que cumpla la obligación legal de asumir la tutela de los menores en situación de desamparo que se encuentran en el territorio histórico de Álava, lleve a cabo las medidas de protección que le corresponden como tutora de aquellos, cumpla los derechos y garantías previstas en los casos en los que haya que realizar las pruebas de determinación de la edad, y recomiende la concesión de la autorización de residencia si alcanzan la mayoría de edad sin disponer de ella. Disponible en: [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1\\_1935\\_3.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_1935_3.pdf) (consultado 25/05/2016).

educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

#### 4. LOS MENA VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

No perdiendo nunca la perspectiva de que son menores, y que se debe velar por su interés superior, se les ha de aplicar también en todo lo que les beneficie lo dispuesto en el artículo 59 bis de la LO 4/2000<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Artículo 59 bis de la LO 4/2000:

1. Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005.

2. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.

Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, noventa días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período.

Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

3. El período de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida. La denegación o revocación deberán estar motivadas y podrán ser recurridas según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le

También cabe recordar que serían de aplicación el Convenio nº 197 del Consejo de Europa<sup>147</sup>, sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, y la Directiva 2004/81/CE, del Consejo de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes<sup>148</sup>.

## 5. REQUISITOS DE ACCESO A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Relacionado con la residencia legal de un MENA, está el derecho que le confiere a un menor extranjero el artículo 22.2 del Código Civil<sup>149</sup> a adquirir la nacionalidad española condicionado a la:

*“Residencia de un año para: [...] c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.”*

Los documentos que han de acompañar a la solicitud en todo caso: tarjeta de residencia, pasaporte o certificado de inscripción, certificado de empadronamiento, en su caso, certificado de nacimiento del interesado debidamente legalizado o apostillado y traducido, en su caso, copia de la resolución judicial que determine la tutela o documento de la autoridad competente de la Comunidad Autónoma en esta materia, y documentos acreditativos de los medios de vida para residir en España.

---

*podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente.*

*En la tramitación de las autorizaciones referidas en el párrafo anterior se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima.*

Cit.

5. Las previsiones del presente artículo serán igualmente de aplicación a personas extranjeras menores de edad, debiendo tenerse en cuenta la edad y madurez de éstas y, en todo caso, la prevalencia del interés superior del menor.

6. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de la trata de seres humanos.

<sup>147</sup> Instrumento de Ratificación del Reino de España publicado en *BOE* nº 219, de 10 de septiembre de 2009, pp. 76453-76471 (consultado 26/05/2016).

<sup>148</sup> Cit.

<sup>149</sup> Cit.

## 6. SITUACIÓN DEL MENA QUE ALCANZA LA MAYORÍA DE EDAD

El artículo 35.9 de la LO 4/2000 prevé esta situación:

*“Reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad.”*

Se deberá perseguir, por parte de las Administraciones públicas, que el menor acceda a dicho estado de mayoría de edad en situación de regularidad, y en condiciones adecuadas para su plena integración social y laboral, habiéndose dispuesto con carácter previo hacia el menor, esto es, durante la fase de protección, de cuantos medios educativos y de formación sean necesarios para la consecución de dicho objetivo. Se suelen dar situaciones, como por ejemplo en Melilla, en las que las autorizaciones de residencia venían siendo dadas de baja sistemáticamente al cumplir la mayoría de edad, independientemente de su fecha de caducidad, dejando al titular “en la más absoluta irregularidad, indefensión y abandono”. Además, era frecuente que independientemente de sus circunstancias, los menores que lograran renovar sus autorizaciones de residencia recibían una autorización inicial, cuando solía corresponderles una permanente<sup>150</sup>.

Al llegar a la mayoría de edad, el menor que ha sido beneficiario de una autorización de residencia, se le conserva la antigüedad de residencia, pudiéndonos encontrar los siguientes supuestos:

1º) Si reside en España desde hace más de cinco años, su antigua autorización se le modificará por una autorización de residencia de larga duración<sup>151</sup>.

<sup>150</sup> PABLO SUÁREZ, “La Delegación del gobierno modificara los permisos de residencia a menores”, 24 de mayo de 2010. Disponible en: <http://elfarodigital.es/index.php/melilla/politica/7573-la-delegacion-del-gobierno-modificara-los-permisos-de-residencia-a-menores.html> (consultado 27/05/2016).

<sup>151</sup> Artículo 148.3 apartado e) del RD 557/2011 (Cit.), en relación al artículo 32 de la LO 4/2000 (Cit.).

2º) Si reside en España desde hace menos de cinco años, se estará a los supuestos de “Residencia temporal” del TÍTULO IV del RD 557/2011<sup>152</sup>. No obstante, el artículo 197 del mismo Real Decreto, abre otra posibilidad. Una renovación de 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 (previstos en el artículo 35.9 de la LO 4/2000). A su vez, “en cualquier momento posterior, podrá ser solicitada la modificación de la autorización de residencia vigente de cara a la obtención de una autorización de residencia y trabajo, en los términos establecidos en el artículo 200 de este Reglamento”<sup>153</sup>.

Uno de los principales problemas con el que se encuentran los menores extranjeros no acompañados es que adquirida la mayoría de edad, han de modificar o renovar la autorización de residencia que disfrutaban cuando eran aún menores, que la Administración suele denegarles dichas modificaciones o renovaciones porque el informe policial reseña antecedentes policiales. Existe ya una línea jurisprudencial de nuestros juzgados de lo contencioso administrativo y de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de nuestros TSJ que entiende que la presunción de inocencia también es aplicable al régimen de concesión de autorización en materia de extranjería, debiendo constar en el informe policial los antecedentes penales no cancelados, no sólo la reseña de los policiales, y que un menor extranjero no acompañado, también es un menor de edad penal y las detenciones o medidas penales que se le impusieron no pueden computarse cuando alcance la mayoría de edad “en honor a la función tutelar y no punitiva que tiene la jurisdicción de menores”<sup>154</sup>.

Otros menores han alcanzado la mayoría de edad sin disponer de autorización de residencia. La falta de una autorización de residencia impide solicitar la autorización de trabajo necesaria para continuar el proceso de inserción social y laboral iniciado y que tantos esfuerzos ha implicado tanto a las instituciones competentes, como al propio

---

<sup>152</sup> Cit.

<sup>153</sup> Artículo 197.6 del RD 557/2011. Cit.

<sup>154</sup> Sentencia 197/2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco, 17/02/2010 (recurso de Apelación 367/2008), Fundamentos de Derecho 2º y 3º. Disponible en: [http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STSJPais\\_Vasco\\_17\\_02\\_2010](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STSJPais_Vasco_17_02_2010) (consultado 28/05/2016).

menor. La normativa prevé que la Institución de Protección, en los casos en los que los menores alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales<sup>155</sup>.

Los retrasos en la presentación de las solicitudes de la documentación ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno, por parte del correspondiente servicio autonómico de protección de menores, unido a la tardanza de la resolución de los expedientes sobre la concesión de la autorización de residencia, son circunstancias que perjudican gravemente los intereses de este colectivo de menores de inmigrantes, en gran parte comprendidos en edades de 14 a 17 años, y que se hallan en nuestro país al no poder ser repatriados a sus países de origen.

¿Ante que órgano judicial se puede reclamar esta perjudicial tardanza de la administración? Parece ser pacífico que se ha de plantear demanda ante los juzgados de lo contencioso-administrativo. En este sentido, es interesante la Sentencia 94/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Barcelona, de 23 de febrero de 2010<sup>156</sup>. La parte recurrente alega e impugna la inactividad administrativa en tanto que incumple el artículo 35 de la LO 4/2000<sup>157</sup>, al no haber realizado la DGAIÁ trámite alguno a pesar de que un menor no acompañado haya residido durante 5 meses en un centro de acogimiento de menores y, a pesar de conocer que en unos meses cumpliría la edad de 18 años y llegaría a su mayoría de edad.

El Juzgado desestima el recurso interpuesto, ya que el menor no acompañado adquirió la mayoría de edad durante la situación de desamparo preventivo, y la concesión de la autorización de residencia no era preceptiva por expresa aplicación del artículo 35.7 de la LO 4/2000<sup>158</sup>, en relación con el artículo 196.1 del RD 557/2011<sup>159</sup>,

<sup>155</sup> Artículo 198 del RD 557/2011. Cit.

<sup>156</sup> Disponible en:

[http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/Sentencia\\_23\\_02\\_2010](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/Sentencia_23_02_2010)  
(consultado 29/05/2016).

<sup>157</sup> Cit.

<sup>158</sup> Cit.

<sup>159</sup> Cit.

alcanzándose la mayoría de edad el menor dentro de los 9 meses que la norma reglamentaria concede a la Administración para intentar la repatriación del menor y su documentación, cuando ésta no sea posible. Se debe entender, en sentido contrario, que la Administración sí incurrirá en responsabilidad por su inactividad, cuando, transcurridos los 9 meses, el menor continúe indocumentado.

Estas situaciones de menores extranjeros no acompañados que alcanzan la mayoría de edad indocumentados, han sido denunciadas por el Defensor del Pueblo y los Defensores del Pueblo o del Menor de las diferentes Comunidades Autónomas.

Hay que dejar bien claro que la respuesta que ofrece el reglamento para aquellos menores extranjeros no acompañados que adquieren la mayor edad, quedando, con infracción del interés superior, en una situación automática de irregularidad, está previsto por el legislador para supuestos y situaciones de carácter excepcional. Por tanto, no es admisible jurídicamente derivar al menor extranjero no acompañado tutelado por la Administración, que está en condiciones de disfrutar de una autorización de residencia o renovación ordinaria al supuesto establecido en el artículo 198 del RD 557/2011<sup>160</sup>.

Con la entrada en vigor del reformado artículo 35 de la LO 4/2000, se confiaba en que se superarían prácticas administrativas en las que se conculcaban derechos básicos del menor como el derecho del menor a ser oído, a un procedimiento de repatriación con garantías, entre las que destacaba el derecho a ser asistido de un abogado independiente y a que en el expediente administrativo de repatriación se constatará que con la repatriación se aseguraba el interés superior del menor.

Pero se tiene que afirmar con tristeza que la realidad actual nos muestra que se continúa quebrantando el principio del interés superior del menor, prevaleciendo el mantenimiento del orden público de extranjería sobre el estatuto del menor.

A modo de conclusión, se puede señalar como la evolución cuantitativa del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados en España ha transcurrido de

---

<sup>160</sup> Cit.

forma paralela a su regulación y desarrollo normativo en las dos últimas décadas. Así, tal y como se ha puesto de relieve en las anteriores líneas, se aprecia cómo se ha pasado de no mencionarse en la primera Ley de Extranjería de carácter global aprobada en España en 1985, a regularse detallada y extensamente en la normativa actualmente en vigor. Aunque, tal y como se verá en el siguiente apartado, dicha normativa en algunos aspectos sigue todavía suscitando polémica y ha sido objeto de importantes decisiones jurisprudenciales y de recomendaciones formuladas por organismos y entidades encargadas de la defensa y protección de los derechos humanos.

## 7. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

En este apartado se analizarán las últimas decisiones jurisprudenciales adoptadas, tanto por el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo Español, y las repercusiones que han tenido en la modificación de la regulación de los menores extranjeros no acompañados en nuestro país.

El Tribunal Supremo en dos reciente sentencias dictadas en 2014<sup>161</sup> en relación con el valor de la documentación que portan los menores extranjeros no acompañados cuando dicha documentación contiene datos que no pueden conciliarse con la realidad física del individuo ha establecido la siguiente doctrina jurisprudencial: “el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> STS de 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 452) y STS de 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 453). Cit.

<sup>162</sup> Fallo 4º de la STS 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 453). Cit.

Estas sentencias se dictan tras los conflictos que se dieron en relación con la validez y veracidad de la documentación que portaban en algunos casos los menores extranjeros no acompañados y que incluso derivó en la interposición de denuncias penales por falsedad documental por parte de alguna Comunidad Autónoma<sup>163</sup>.

En el mejor de los casos, los menores se veían sometidos a la realización de pruebas para la determinación de su edad, con los problemas que ello plantea por la falta de concreción de sus resultados, y en el peor de los casos, llevaba a la pérdida de la protección por parte de las autoridades autonómicas correspondientes debido a que se establecía su mayoría de edad.

De esta forma, la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo responde a algunas de las preguntas que habían surgido en estos supuestos en los que los menores extranjeros no acompañados portaban documentación y cuya resolución en la práctica era con carácter general considerar que la misma no poseía validez y era necesario someterlos a pruebas para la determinación de la edad, lo que contravenía flagrantemente la obligación de carácter internacional de respeto del interés superior del menor, cuando la realización de las diversas pruebas para la determinación de la edad de los menores comporta efectos negativos que pueden repercutir incluso en su salud.

A pesar de la claridad de estas sentencias, el problema se plantea en la actualidad, tal y como se ha señalado en el apartado anterior, a raíz de lo establecido en los casos en los que los menores extranjeros no acompañados que portan documentación ya se hayan visto sometidos con anterioridad a este tipo de pruebas y los resultados sean contradictorios, con la información respecto a la edad contenida en su documentación identificativa.

Por su parte, también el Tribunal Constitucional, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores extranjeros no acompañados en los

---

<sup>163</sup> Estas denuncias se interpusieron por la Comunidad de Madrid pero no prosperaron. En el caso de las STS analizadas estas se interponen contra la Generalitat de Cataluña y la Diputación Foral de Álava. Fundación Raíces y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española. "Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados", Fundación Raíces y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, Madrid, 2014, pp. 55-60. Disponible en: <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2014/05/SOLO-POR-ESTAR-SOLO.pdf>

procedimientos de reagrupación con el paso de los años ha ido estableciendo la siguiente doctrina. En estos supuestos de hecho los problemas se planteaban en dos aspectos, la audiencia al menor cuando tuviera bastante capacidad para ello y la posibilidad de elegir un abogado que lo representase en dichos procedimiento cuando la institución de protección de menores autonómica que tenía asumida su tutela y representación mantenía una posición que era contradictoria con la manifestada por el menor.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 183/2008<sup>164</sup>, la primera tal y como reconoce el propio Tribunal en la que se pronuncia sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal, estima el recurso de amparo interpuesto y recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar a los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal<sup>165</sup>.

En esta STC, también aprovecha para recordar su anterior jurisprudencia<sup>166</sup> en la que había estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos de procesos judiciales en los que los menores no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal y reitera el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, de acuerdo con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño y el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996<sup>167</sup>, 15 enero, de protección jurídica del menor, además de otros instrumentos normativos de ámbito europeo.

En cuanto a los procedimientos de repatriación de menores el Tribunal señala que se trata de uno de los supuestos en los que queda afectada la esfera personal y familiar

<sup>164</sup> STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 184) y STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 183).

<sup>165</sup> Fundamento Jurídico 5º.

<sup>166</sup> STC 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 221), FJ 5, ó STC 30 enero 2006 (RJ 2006,17) FJ 5.

<sup>167</sup> Cit.

de un menor<sup>168</sup> y por lo tanto debía reconocerse el derecho a ser oído del menor si este tenía suficiente juicio y establecer un trámite específico en el procedimiento para la audiencia al menor.

Así el Tribunal Constitucional concluye que en estos casos se detecta una aplicación del ordenamiento procesal desproporcionada que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores al impedirles la impugnación de una decisión administrativa que les afecta personalmente y poder así posteriormente instar también su control judicial. En estos supuestos indica el Tribunal la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio *in dubio pro actione*<sup>169</sup>, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia.

Una jurisprudencia que tuvo como consecuencia, además de la paralización de algunas repatriaciones de menores extranjeros cuando ya se encontraban embarcados en el avión que los llevaba de vuelta a sus países de origen<sup>170</sup>, la modificación de la Ley y el Reglamento de Extranjería para contemplar estos derechos. Así en la reforma del artículo 35.5 de la LO 2/2009<sup>171</sup>, se reconoce la audiencia al menor si tiene suficiente juicio antes de la iniciación del procedimiento de repatriación y en su apartado 6 se reconoce la capacidad de actuar de estos menores en dicho procedimiento de repatriación cuando sean mayores de dieciséis años y menores de dieciocho pudiendo hacerlo personalmente o a través del representante que designen. Además se establece la previsión de que cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que

---

<sup>168</sup> STC 17 septiembre 2007 (RJ 2007, 372) en la que argumentaba que se encuentra ante un supuesto que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído. Por esta razón, el Juzgado debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión deducida por la Dirección General de la Policía, STC 25 noviembre 2002, (RJ 2002, 221), FJ 5, STC 2 junio 2005 (RJ 2005,152), FJ 3.

<sup>169</sup> El principio *in dubio pro actione* postula en favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho a la acción del recurrente, para superar las dificultades del proceso formalista.

<sup>170</sup> RAFAEL J. ÁLVAREZ, "Los menores podrán defenderse incluso contra la voluntad de sus tutores", 14/01/2009. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/01/14/espana/1231916789.html> (consultado 30/05/2016).

<sup>171</sup> Cit.

hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

Unos preceptos que posteriormente se desarrollan en el RD 557/2011<sup>172</sup>, así en el artículo 192.2 relativo al inicio del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado, se establece que “el acuerdo de incoación del procedimiento será notificado inmediatamente al menor”. En el artículo 193 se regula la posibilidad por parte del menor de “formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados”, bien de forma personal cuando haya alcanzado la edad de dieciséis años o a través del representante que designe. Cuando sea un menor de dieciséis años lo representará la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, salvo que el menor “con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria” a la de esta, en este caso, “se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente.”

En el artículo 194 se dice que “se garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación”. A dicho trámite también se convocará al representante designado por el menor y se prevé la notificación de la resolución del procedimiento al menor o en su caso a su representante, y en la misma se contendrá “el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa.”

En último lugar, en relación con los métodos empleados para la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, hay que señalar las recomendaciones efectuadas por la Defensora del Pueblo y los Institutos de Medicina Legal de España en 2010<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> Cit.

<sup>173</sup> GARAMENDI GONZÁLEZ, P. y otros, “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados”, 2010, pp. 22-29. Disponible en: [http://apps.elsevier.es/watermark/ctl\\_servlet? f=10&pident\\_articulo=90002493&pident\\_usuario=0&pc](http://apps.elsevier.es/watermark/ctl_servlet? f=10&pident_articulo=90002493&pident_usuario=0&pc)

Son pruebas médicas cuya realización parece haberse generalizado de forma rutinaria y que plantea numerosos interrogantes de tipo tanto jurídico, como técnico o ético. En estas recomendaciones se abordan algunas de las cuestiones que en relación con la realización de este tipo de pruebas habían planteado una mayor controversia como el carácter invasivo de las pruebas radiológicas y los efectos negativos derivados de la radiación que puede tener sobre los menores. Por lo que se aconseja evitar su reiteración, su sustitución por otro tipo de pruebas en aquellos casos en los que un simple reconocimiento médico permita certificar la minoría de edad del sujeto, el carácter impreciso de sus resultados que siempre se fijan en un intervalo de edad, los parámetros de comparación para la determinación de los resultados que pueden variar en función de la población que se utilice como muestra, la autoridad que tiene la competencia para encargar la realización de este tipo de pruebas o los requisitos que deben cumplir los centros y los profesionales que las llevan a cabo.

Algunas de las recomendaciones recogidas en este documento han sido incorporadas al Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados<sup>174</sup>, en su Capítulo V titulado “Extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad”, en su apartado 5º en el que se regula la realización de las pruebas médicas. En concreto la conveniencia de evitar la duplicación de este tipo de pruebas, la necesidad de consentimiento informado para su realización, el personal sanitario que debe realizar estas pruebas, las pruebas a practicar, así como la posibilidad de revisión del Decreto del Ministerio Fiscal de determinación de la edad y el contenido preceptivo del mismo. A este respecto hay que señalar que el propio Protocolo realiza una mención expresa a las recomendaciones antes citadas.

A pesar de este desarrollo normativo y de las recomendaciones efectuadas por los expertos en la materia, se constata que todavía en la actualidad se sigue abusando en la realización de este tipo de pruebas cuando no resultan necesarias, tal y como ha puesto

---

[ontactid=&pident\\_revista=285&ty=63&accion=L&origen=zonadelectura&web=www.elsevier.es&lan=es&fichero=285v37n01a90002493pdf001.pdf](http://www.elsevier.es/lan=es&ontactid=&pident_revista=285&ty=63&accion=L&origen=zonadelectura&web=www.elsevier.es&lan=es&fichero=285v37n01a90002493pdf001.pdf) (consultado 31/05/2016).

<sup>174</sup> Cit.

de manifiesto recientemente la propia Defensora del Pueblo<sup>175</sup> y también como algunos aspectos de esta regulación, cómo las consecuencias a nivel jurídico que puede conllevar la negativa del menor a someterse a estas pruebas podrían suponer una vulneración de los derechos reconocidos, tanto a nivel internacional como nacional, a estos menores y seguramente en un futuro no muy lejano serán objeto de ulteriores pronunciamientos judiciales que con mucha probabilidad conllevarán a su vez modificaciones legislativas.

## 8. REGISTRO DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

El Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (RMENA de ahora en adelante) fue creado por el RD 864/2001<sup>176</sup> que desarrollaba el Reglamento de Extranjería. Siempre ha estado gestionado por la Dirección General de la Policía en coordinación con la Fiscalía General del Estado, con efectos exclusivos de identificación.

Tanto los Servicios de Protección de Menores, como el resto de Fuerzas de Seguridad (Guardia Civil, Policías Autonómicas y Locales), Instituciones Sanitarias o cualquier otra entidad pública o privada deberán de poner en conocimiento del Cuerpo Nacional de Policía la identificación y localización de un MENA con el fin de auxiliar y colaborar en la actualización de los datos y funcionamiento del RMENA (Art. 215 del RD 551/2011<sup>177</sup> e Instrucción 1/2012 de Fiscalía General del Estado sobre la coordinación del RMENA<sup>178</sup>). Si bien, desde 2007 el Cuerpo Nacional de Policía está trabajando con los Servicios de Protección de Menores, Fiscalía General del Estado y Ministerio de Empleo para que el funcionamiento del RMENA contenga la totalidad de

<sup>175</sup> EUROPA PRESS, “Las fiscalías de menores encargan aún una cifra ‘excesiva’ de pruebas de determinación de la edad para niños migrantes”, 20/12/2014. Disponible en: <http://www.europapress.es/epsocial/menores-00645/noticia-fiscalias-menores-encargan-aun-cifra-excesiva-pruebas-determinacion-edad-ninos-migrantes-20141220125936.html> (consultado 01/06/2016).

<sup>176</sup> Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. *BOE* nº 174, de 21 de julio de 2001, pp. 26552-26603 (consultado 01/06/2016).

<sup>177</sup> Cit.

<sup>178</sup> Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Instruccion1\\_2012.pdf?idFile=0b6a2f4b-c5e1-4214-8ba9-4d9b75698cde](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Instruccion1_2012.pdf?idFile=0b6a2f4b-c5e1-4214-8ba9-4d9b75698cde) (consultado 02/06/2016).

MENA tutelados y/o acogidos en España, dado que no todos estos menores entran en el sistema de protección con conocimiento del Cuerpo Nacional de Policía.

El RMENA contendrá los siguientes datos de identificación<sup>179</sup>:

- a) Nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia.
- b) Tipo y numeración de la documentación identificativa del menor.
- c) Su impresión decadactilar, datos fisonómicos y otros datos biométricos.
- d) Fotografía.
- e) Datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal. En su caso, datos modificados por posterior Decreto.
- f) Centro de acogida o lugar de residencia.
- g) Organismo público u organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle.
- h) Traslados del menor entre Comunidades Autónomas.
- i) Reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata.
- j) Fecha de solicitud de la autorización de residencia.
- k) Fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia.
- l) Cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

---

<sup>179</sup> Instrucción 1/2012 de Fiscalía General del Estado sobre la coordinación del RMENA, p. 4-5. Cit.

## **CAPÍTULO 3. BREVE COMPARATIVA CON LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO**

### **A) EL FENÓMENO DE LOS MENA EN EUROPA**

Los menores no son un colectivo homogéneo en cuanto a sus motivaciones o situación, aunque la mayoría llega a Europa con marcadas expectativas laborales. Este es el origen de su problemática social y jurídica. Mientras que en su país de origen viven, se comportan y son tratados como adultos, en Europa se encuentran con un sistema que los trata como niños, protegiéndolos desde una perspectiva que no es la suya y que de hecho les impide la realización de su proyecto migratorio, consistente en mejorar su situación económica y la de su familia.

La mayoría de los menores huyen de una situación socioeconómica de pobreza y miseria, de conflictos y guerras o de rivalidad política y social, y muchos de ellos son potenciales solicitantes de asilo. En gran medida estos menores entran de manera irregular en algún país de la Unión Europea, arriesgando su vida e integridad física.

Generalmente, un menor desconoce que su experiencia y las circunstancias vividas en su país de origen podrían ser motivo de la protección especial que garantiza el asilo o la protección internacional en el país de acogida<sup>180</sup>.

Las legislaciones y prácticas protectoras de menores fueron creadas para una infancia en situación de vulnerabilidad a menudo por causas sustancialmente distintas que las de los menores que migran. Muchas veces, el menor que migra, sobre todo cuando su familia ha llevado a cabo una inversión para financiar su viaje, tiene prisa. Está presionado por un entorno familiar que se encuentra en una situación difícil y espera su ayuda. El inmovilismo y la incertidumbre de la situación en que se encuentra pueden generarle una progresiva frustración.

La principal consecuencia conocida de este desajuste es que un porcentaje significativo de estos menores no acompañados que se encuentran en Europa no llegan a

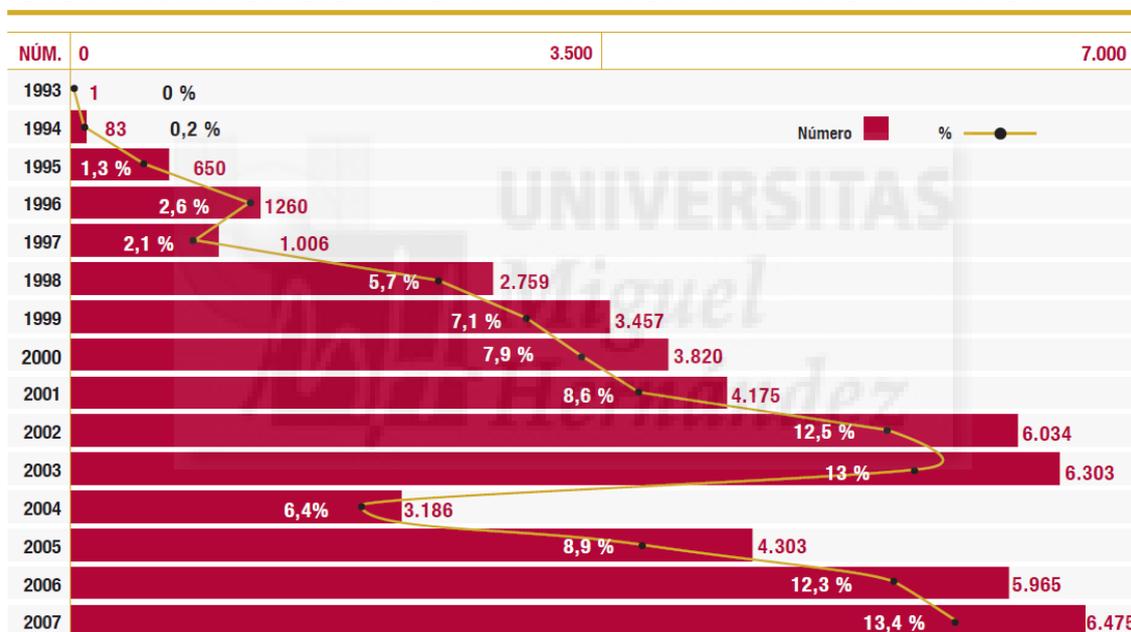
---

<sup>180</sup> “Menores no acompañados y la protección de asilo”, ACNUR, 2010, p. 8. Disponible en: [http://www.acnur.es/PDF/acnur\\_menores\\_no\\_acompanados2012\\_20120705171911.pdf](http://www.acnur.es/PDF/acnur_menores_no_acompanados2012_20120705171911.pdf)

entrar en los sistemas y dispositivos de protección o bien salen voluntariamente (o se fugan) de los mismos. De hecho, según los datos obtenidos por el propio Ministerio de Empleo y Seguridad Social a fecha 31 diciembre 2013 había registrados 2.841 menores extranjeros no acompañados en España<sup>181</sup>. De los cuales, 1.138 se habían fugado de los centro de acogida, lo que representa un 40%<sup>182</sup>.

Respecto a la importancia de este fenómeno en España, se puede decir que los Servicios Sociales de las distintas Comunidades Autónomas destacan el año 1996 como la fecha en la que la presencia de estos menores comienza a ser relevante. El número de MENA acogidos en España no ha parado de subir excepto en dos años.

### EVOLUCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS ACOGIDOS EN ESPAÑA 1993 - 2007



**FUENTE:** Grupo IFAM Fundación Pere Tarrés- Universidad Ramon Llull. Del Informe " Los y las Menores Migrantes No Acompañados/das en España. Estado actual y nuevas tendencias", 2009. Elaboración propia. A partir de datos de: Del 1993 al 1999: Diputación Foral de Araba, Diputación Foral de Bizkaia, Informes sobre "la Situación de los Menores Extranjeros No Acompañados" remitidos por las CC.AA al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para el Grupo de Trabajo reunido el 29 de febrero del 2000, Junta de Castilla y León, Generalidad Valenciana y Gobierno de Aragón. Del 2000 al 2007: Ciudad Autónoma de Melilla, Diputación Foral de Araba, Diputación Foral de Bizkaia, Diputación Foral de Gipuzkoa, Generalidad de Cataluña, Generalidad Valenciana, Gobierno de Aragón, Junta de Castilla y León, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Junta de Andalucía, Ministerio de Interior, Ministerio de Trabajo y Inmigración, Región de Murcia, Xunta de Galicia y Vaciado de Expedientes de los Centros de Primera Acogida de la Comunidad Valenciana por el Equipo investigador del proyecto en esta CC.AA, 2000 | 2007-08.(1)

CUADRO 3. EVOLUCIÓN DE LOS MENA ACOGIDOS EN ESPAÑA 1993-2007. Fuente: SÁNCHEZ BENÍTEZ DE SOTO, M. y otros, "Ni ilegales ni invisibles: Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España INFORME 2009", Ed. Etnia Comunicación, 2009, p. 40. Disponible en: [http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/informe\\_infancia\\_inmigrante\\_UNICEF\\_CGAE\\_2009.pdf](http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/informe_infancia_inmigrante_UNICEF_CGAE_2009.pdf) (consultado 03/06/2016).

<sup>181</sup> Nota de prensa del Ministerio de Empleo y Seguridad, el 22 julio 2014, con motivo de la Firma del Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados (MENAS). Disponible en: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2269> (consultado 04/06/2016).

<sup>182</sup> FUENTES SÁNCHEZ, R., "Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)", Revista Azarbe, nº3, 2014, ISSN electrónico: 2254-9641 - ISSN impreso: 2255-4955, p. 108. Disponible en: <http://revistas.um.es/azarbe/article/view/198431/161701> (consultado 04/06/2016).

El país de entrada a España para los MENA, es mayoritariamente Marruecos tal y como se puede ver en el siguiente gráfico.

**INGRESOS EN ESPAÑA DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS  
SEGÚN PAÍS PROCEDENCIA. AÑO 2007**

PAÍS	1000	2000	3000	4000	5000	6000
MARRUECOS	3665 (67,8 %)					
RUMANIA	371	(6,9 %)				
SENEGAL	300	(5,5 %)				
ARGELIA	158	(2,9 %)				
MALI	154	(2,8 %)				
GAMBIA	111	(2,1 %)				
GHANA	100	(1,8 %)				
GUINEA CONAKRY	84	(0,4%)				
MAURITANIA	42	(0,8%)				
COSTA DE MARFIL	34	(0,6%)				
BOLIVIA	27	(0,5%)				
NIGERIA	25	(0,5%)				
GUINEA ECUATORIAL	21	(0,4%)				
GUINEA BISSAU	20	(0,4%)				
BULGARIA	19	(0,4%)				
CROACIA	19	(0,4%)				
COLOMBIA	16	(0,3%)				
FRANCIA	16	(0,3%)				
REINO UNIDO	14	(0,3%)				
ECUADOR	12	(0,2%)				
OTROS	171	(3,2%)				
<b>TOTAL</b>	<b>5408 (100%)</b>					

**FUENTE:** Grupo IFAM Fundación Pere Tarrés- Universidad Ramon Llull. Del Informe " Los y las Menores Migrantes No Acompañados/das en España. Estado actual y nuevas tendencias", 2009. Elaboración propia.

CUADRO 4. INGRESOS EN ESPAÑA DE MENA SEGÚN PAÍS DE PROCEDENCIA 2007. Fuente: SÁNCHEZ BENÍTEZ DE SOTO, M. y otros, "Ni ilegales ni invisibles: Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España INFORME 2009", Ed. Etnia Comunicación, 2009, p. 42. Disponible en: [http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/informe\\_infancia\\_inmigrante\\_UNICEF\\_CGAE\\_2009.pdf](http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/informe_infancia_inmigrante_UNICEF_CGAE_2009.pdf) (consultado 03/06/2016).

En otros países europeos, el fenómeno era ya significativo en la década de los años 70 y 80. Respecto a la evolución del número de menores extranjeros no acompañados en España en la última década, hay que resaltar la carencia de fuentes oficiales públicas y fiables, que nos orienten a la cantidad exacta de este fenómeno a nivel nacional. En este sentido, tal vez el dato más aproximado de esta evolución, aunque no sea actual, se puede encontrar en un informe realizado en el año 2009 por UNICEF junto con el

Consejo General de la Abogacía Española<sup>183</sup>. Así se ve en dicho informe como el número de menores extranjeros no acompañados acogidos en España se multiplicó por cinco en el periodo comprendido entre 1996 y 2007. Mientras en el 1996 llegaron 1.260 menores extranjeros no acompañados en el año 2007 lo hicieron 6.475 menores.

Esta dificultad se debe a la falta de coordinación entre las distintas fuentes que recaban esta información. Así se encuentran algunas veces con los datos proporcionados por la Secretaría de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, otras con los del Ministerio del Interior, otras con los de la Dirección General de Policía que depende jerárquicamente de este último Ministerio y luego también con los datos que proporciona cada Comunidad Autónoma, que tienen atribuido competencialmente el acogimiento de estos menores. Esta situación que derivó en que el 24 septiembre 2014 la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados aprobara una iniciativa por la que se instaba al Gobierno a poner en marcha en esta materia una base de datos nacional, de acuerdo con la previsión contenida en la propia Ley de Extranjería.

A nivel europeo, España es el segundo país de la Unión Europea, tras Italia que recibió en 2013 a 8.461 menores extranjeros no acompañados, que acogió a un mayor número de estos menores. Unos datos que varían si se considera en este cómputo también a los menores extranjeros no acompañados que han solicitado asilo ya que en este caso Suecia con 3.850 menores solicitantes de asilo ocuparía la segunda posición y Alemania con 2.485 menores la tercera, relegando a España a un cuarto lugar según el número de menores extranjeros no acompañados acogidos en 2013<sup>184</sup>.

Cualitativamente, el colectivo de los menores extranjeros no acompañados también presenta unas características bastante definidas. La mayoría de estos menores son

---

<sup>183</sup> SÁNCHEZ BENÍTEZ DE SOTO, M. y otros, “Ni ilegales ni invisibles: Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España INFORME 2009”, Ed. Etnia Comunicación, 2009, p. 40. Disponible en: [https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/informe\\_infancia\\_inmigrante\\_UNICEF\\_CGAE\\_2009.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/informe_infancia_inmigrante_UNICEF_CGAE_2009.pdf) (consultado 05/06/2016).

<sup>184</sup> “Unaccompanied Minors in the EU”, cit, pp. 2-4. Disponible en: [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/uam/uam\\_infographic\\_a4\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/uam/uam_infographic_a4_en.pdf) (consultado 05/06/2016).

varones<sup>185</sup>, nacionales de países de África principalmente de las zonas del Magreb y del Sahel<sup>186</sup>, destacan cuantitativamente los marroquíes, su edad media se sitúa alrededor de los 16 años<sup>187</sup>, en cuanto a su procedencia familiar la mayoría viene de familias numerosas con escasos recursos económicos, que están al corriente de su inmigración y para ellas constituye una esperanza para abandonar esta situación económica familiar, en el porcentaje restante de casos, aproximadamente un 30%, una parte proviene de familias con una buena situación económica o se trata de los denominados “niños de la calle”, que proceden normalmente de familias desestructuradas o padecen algún tipo de adicción<sup>188</sup>. Por último, otra constante común es la carencia de estudios, de formación o de conocimientos del idioma.

En definitiva, aunque en la última década se hay reducido las cifras, en casi más de un tercio, del número de menores extranjeros en España, se puede predecir que la tendencia en un futuro, lejos de su desaparición será su incremento, ya que los menores extranjeros no acompañados se han convertido en nuevos actores del proceso migratorio a escala internacional.

En el caso de España y los países mediterráneos de la Unión Europea (UE), las formas de migración de los MENA se han ido transformando. Hasta finales de 2002, emigraban principalmente en los grandes barcos que cruzan el estrecho de Gibraltar o escondidos bajo los ejes de un camión de transporte de mercancías o maquinaria. Pero desde enero de 2003, aumentó el número de menores que llegan a las costas españolas en “pateras”.<sup>189</sup>

<sup>185</sup> MORANTE DEL PERAL, L. y TRILLO VEGA, M., “Las niñas y adolescentes que emigran solas a España ¿un nuevo fenómeno social?”, Revista MUGAK, nº40, 2007, pp. 25-27.

<sup>186</sup> DURÁN RUIZ, F., “Las Administraciones Públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (1/7/2007), pp. 1-41. Disponible en: <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/4.pdf>

<sup>187</sup> “La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados”, Madrid, 2009, Observatorio Permanente de la Inmigración del Gobierno de España, p. 25. Disponible en: [http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios\\_monograficos/EMN-ES-2008-II-La\\_politica\\_de\\_Acogida-ES.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios_monograficos/EMN-ES-2008-II-La_politica_de_Acogida-ES.pdf) (consultado 06/06/2016).

<sup>188</sup> APARICIO CHOFRÉ, L., “La nueva política de los menores no acompañados y el codesarrollo”, Valencia, 2011, p. 313.

<sup>189</sup> DURÁN RUIZ, F., “Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros”, Revista Trace, nº60, 1/12/2011. Disponible en: <http://trace.revues.org/1723> (consultado 07/06/2016).

Además, tras la puesta en marcha del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior, financiado por la UE en el marco del control de fronteras como pilar de la política migratoria comunitaria, los itinerarios de los cayucos se han modificado, puesto que este sistema permite identificar a larga distancia a las embarcaciones que se aproximan a las costas españolas. Para evitar los controles fronterizos las travesías son ahora mucho más largas, arriesgadas, peligrosas y costosas económicamente para los inmigrantes, especialmente para los menores.<sup>190</sup>

Las prácticas y políticas de recepción de los Estados miembros es la inserción de los MENA en estructuras o centros comunes para todos los menores en situación de riesgo o desamparo. Países como Francia, Alemania e Italia dan prioridad (aunque no exclusividad) a este sistema. En otros casos, como Reino Unido, la acogida en dispositivos especializados o generales depende de la fase de acogida o del perfil del menor. España es un caso excepcional debido a su descentralización política y ámbitos de competencia, que determina que cada comunidad autónoma pueda establecer un sistema diferente de recepción. Por último, el caso de Bélgica, donde se ha creado un sistema de protección completamente especializado en la recepción de menores extranjeros no acompañados y separados, diferente del previsto para otros menores belgas o extranjeros con familia protegidos.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> DURÁN RUIZ, F., “Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros”, Revista Trace, nº60, 1/12/2011. Disponible en: <http://trace.revues.org/1723> (consultado 08/06/2016).

<sup>191</sup> DURÁN RUIZ, F., “Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros”, Revista Trace, nº60, 1/12/2011. Disponible en: <http://trace.revues.org/1723> (consultado 08/06/2016).

## B) COMPARATIVA ENTRE ALEMANIA, BÉLGICA, ESPAÑA, FRANCIA, ITALIA Y REINO UNIDO (Y GRECIA)

Para esta comparativa se han extraído los países de la obra *“Los Menores Extranjeros No Acompañados en Europa”* de Daniel Senovilla Hernández, editado en 2008 por la Fundación Diagrama<sup>192</sup>. El autor, explica por qué elige cada país:

- Alemania y Reino Unido: representan a los países europeos entre los que también se incluirían los escandinavos, donde se gestiona este fenómeno según el Estatuto de los Refugiado<sup>193</sup>. Se tiende a denominar a los MENA como menores no acompañados solicitantes de asilo (unaccompanied asylum seeking minors) o menores no acompañados refugiados (unaccompanied refugee minors).
- España e Italia: representan a los países del sur de Europa que no tienen una tradición importante de acogida de refugiados<sup>194</sup>, son países de inmigración reciente, que consideran la migración por razones económicas y combinan sus leyes de extranjería con las normas generales de protección de la infancia en situación de riesgo, vulnerabilidad o desamparo. Ambos comparten la denominación menores extranjeros no acompañados.
- Francia y Bélgica: representan a los países de sistema mixto, que combinan a los dos sistemas vistos anteriormente. Bélgica también usa la denominación menores extranjeros no acompañados y ha creado un sistema mixto de tratamiento que diferencia entre los menores solicitantes de asilo y los menores

<sup>192</sup> SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Ed. Fundación Diagrama, Murcia, marzo de 2008.

<sup>193</sup> Se debe recordar, que según la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, un refugiado es una persona que *“debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”*. Cit.

<sup>194</sup> Por ejemplo, según el Informe de “Políticas, prácticas y datos sobre menores no acompañados en 2014 para España”, de la Red Europea de Migración, en el año 2013 se recibieron 12 solicitudes de asilo de MENA. De las cuales, solo una solicitud recibió una resolución positiva, el resto fueron denegadas. Disponible en:

[http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios\\_monograficos/Estudio\\_REM\\_menores\\_no\\_acompanados\\_2014\\_ES.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios_monograficos/Estudio_REM_menores_no_acompanados_2014_ES.pdf) (consultado 09/06/2016).

no acompañados en situación irregular dentro de su territorio. Sin embargo, Francia no prevé un tratamiento específico para los que denomina menores extranjeros aislados (*mineurs étrangers isolés*). Intenta su integración con los recursos de derecho común previstos para la infancia que se encuentra en situación de peligro.

A continuación se verán las principales conclusiones de la investigación comparada de dicha obra. Se estructura la presentación de los resultados analíticos de cada país en una misma tabla para facilitar su comparación.

	Alemania	Bélgica	España	Francia	Italia	Reino Unido
<b>Perfil predominante</b>	Solicitantes de asilo	Solicitantes de asilo e inmigrantes económicos	Inmigrantes económicos	Solicitantes de asilo e inmigrantes económicos	Inmigrantes económicos	Solicitantes de asilo
<b>Principales orígenes</b>	Vietnam, Turquía Etiopía (2004)	RD Congo, Rumania, Ex-Yugoslavia (2005)	Marruecos, Rumania (2004)	Rumania, Marruecos, Albania (2001)	Rumania, Marruecos, Albania (2005)	Afganistán, Irán, Somalia (2005)
<b>Detención /Retención en frontera</b>	Sí a partir del procedimiento del aeropuerto (poco aplicado)	Sí (nueva Ley de mayo de 2007 mejora la situación)	No (procedimiento de determinación de la edad se considera detención)	Sí (hasta 20 días en zona internacional de puertos y aeropuertos)	Posible según la normativa (poco aplicada)	No
<b>Acceso sistema protección</b>	Derivación a Servicios de infancia de solicitantes de asilo menores de 16 años	Por decisión administrativa verificada minoridad	Automático verificada minoridad	Por decisión judicial	Automático (con información del Juez de tutelas)	Derivación inmediata a Servicios Sociales
<b>Representación legal (tutela)</b>	Por decisión judicial (solamente menores de 16 años)	Por decisión administrativa del Servicio de Tutelas	Tutela pública automática (tras declaración de desamparo)	Por decisión judicial (Juez de tutelas)	Por decisión judicial (Juez de Tutelas)	No prevista
<b>Repatriación</b>	Voluntaria (posible expulsión)	Forzosa (por decisión administrativa)	Forzosa (por decisión administrativa)	Voluntaria (excepto Acuerdo franco-rumano)	Forzosa (por decisión administrativa)	Voluntaria
<b>Regularización</b>	Vinculada solicitud de asilo	Posible (aplicación discrecional)	Posible (aplicación discrecional)	Posible para acogidos antes de 16 años (aplicación discrecional)	Posible (aplicación discrecional)	Vinculada solicitud de asilo
<b>Acceso al trabajo</b>	Vinculado solicitud de asilo	Posible para regularizados	Posible para tutelados y regularizados(aplicación discrecional)	Posible para regularizados (aplicación discrecional)	Posible para regularizados (aplicación discrecional)	Vinculado solicitud de asilo
<b>Protección jóvenes adultos</b>	Inexistencia de prestaciones	Inexistencia de prestaciones	Inexistencia de prestaciones (excepciones regionales)	Contratos "jeune-majeur"	Inexistencia de prestaciones	"Leaving care services"
<b>Integración edad adulta</b>	Regularización vinculada solicitud de asilo	Posible para regularizados (aplicación discrecional)	Posible (aplicación discrecional)	Posible para acogidos antes de 16 años (aplicación discrecional)	Posible (aplicación discrecional)	Regularización vinculada solicitud de asilo

CUADRO 5. ESQUEMA COMPARATIVO DEL TRATAMIENTO DE LOS MENA EN EUROPA. Fuente: SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., "Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa", Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas, septiembre de 2007, p. 22. Disponible en: <http://www.carm.es/ctra/cendoc/haddock/14733.pdf> (consultado 10/06/2016).

## 1. PERFIL PREDOMINANTE

En Alemania y Reino Unido los menores muestran o adoptan un perfil de potenciales refugiados, ya que sus posibilidades de integración jurídica pasan por una primera fase de aceptación a trámite, instrucción y resolución de una solicitud de asilo que les permitan una permanencia en tales Estados.

Al contrario están Italia y España. España presenta unos apartados específicos para los MENA en sus leyes de extranjería. Italia combina instrumentos específicos de carácter reglamentario tipo Circulares, Instrucciones, etc. Los casos de asilo son escasos en ambos países y se recurre al clásico perfil migratorio por razones económicas. Ambos países reciben principalmente a dos tipos de menores: aquellos cuya emigración representa una inversión familiar que esperan les sea retornada, y aquellos en situación de cierto desarraigo familiar en origen y cuya migración se materializa como una forma de autoafirmación personal.

Francia y Bélgica son más heterogéneos y combinan casos de asilo con otros de menores que migran a partir de otras motivaciones y objetivos. Bélgica considera a los últimos como menores extranjeros no acompañados indocumentados y Francia como menores extranjeros aislados en situación de peligro. En cualquier caso, a diferencia de lo que ocurre en España, estos países diferencian claramente ambos recorridos y las legislaciones que en cada caso les son aplicables así como las autoridades a las que compete hacerse cargo de su situación.

## 2. PRINCIPALES ORÍGENES

España, Francia e Italia comparten la importancia como país de destino para los jóvenes magrebíes y rumanos. También se encuentran menores albaneses en Italia y Francia.

En Bélgica, encontramos los clásicos menores que buscan asilo provenientes de la República Democrática del Congo, junto con menores de países tradicionalmente emisores de trabajadores inmigrantes como Rumanía.

El Reino Unido y Alemania presentan una gran heterogeneidad de orígenes diferentes, acogiendo de forma predominante a flujos de menores que provienen de zonas inestables castigadas por conflictos armados o por la represión política, caso de Afganistán e Irán en el Reino Unido, o bien a personas menores de edad víctimas de explotación sexual o laboral, caso de los vietnamitas en Alemania).

### 3. DETENCIÓN/RETENCIÓN EN FRONTERA

En Francia las únicas referencias a los menores extranjeros aislados que se llevan a cabo en la normativa de extranjería tratan precisamente de su acceso al territorio y de su retención en zona internacional de los puestos fronterizos de los principales puertos y aeropuertos. El MENA sin documentación para su entrada en Francia puede ser retenido en zona internacional durante 4 días por decisión administrativa mientras se intenta su repatriación. La autoridad judicial, podrá prorrogar el plazo hasta los 20 días bajo retención, transcurridos los cuales sin haber procedido a su devolución, deberá finalmente ser admitido en el territorio.

Las autoridades francesas expulsan alrededor del 30% de todos los menores extranjeros no acompañados que llegan, casi siempre son expulsados sin que se registre lo que había pasado con ellos<sup>195</sup>.

No hace mucho, Bélgica aplicaba detenciones de menores extranjeros en centros cerrados a partir de su localización en frontera, bien durante el tiempo en que se decide la admisión a trámite o no de su solicitud de asilo o bien mientras se procura proceder a su devolución. La detención en centros cerrados ha sido sustituida por su ingreso en unos centros específicos que se denominan de orientación y observación. No obstante, su presencia en los mismos sigue considerándose como extraterritorial: si en un plazo máximo de 15 días desde el ingreso en el centro (periodo prorrogable excepcionalmente 5 días más) no se ha procedido a su devolución, el menor no acompañado deberá ser autorizado a entrar en Bélgica. Gran parte de las evoluciones normativas en este sentido son debidas sin duda a la condena que recibió el Estado belga en 2006 por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a causa de la prolongada detención y posterior devolución de una niña congoleña<sup>196</sup>.

<sup>195</sup> Human Rights Watch, France, "Lost in Transit: Insufficient Protection for Unaccompanied Migrant Children at Roissy Charles de Gaulle Airport", 29 de octubre de 2009, pp. 49-54. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2009/10/29/lost-transit/insufficient-protection-unaccompanied-migrant-children-roissy-charles> (consultado 10/06/2016).

<sup>196</sup> La Sentencia del TEDH se dictó el 12 de octubre de 2006 en el caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica. Se trataba de una niña de cinco años, congoleña, que llegó sola y sin papeles al aeropuerto de Bruselas, donde la esperaba su tío. Tenían la idea de continuar viaje hasta Canadá, donde residía la madre, que allí había adquirido la condición de refugiada. La niña, sin embargo, fue detenida, quedando ingresada durante dos meses y medio en un centro de internamiento para extranjeros que en absoluto estaba acondicionado para acoger a menores. Al cabo de ese tiempo las autoridades belgas

En Alemania, a los menores que solicitan asilo en frontera se les aplica el criterio del “tercer país seguro”, lo que puede implicar su devolución inmediata sin que ni siquiera se proceda a nombrar a un representante legal cuando proceden de un Estado que es considerado como tal (como es el caso de todos los países con los que Alemania comparte frontera). En el resto de situaciones, representadas normalmente por las entradas por vía aérea, puede aplicárseles a los menores el llamado “procedimiento del aeropuerto” (un examen rápido de su solicitud de asilo) que puede implicar una retención en zona fronteriza de hasta 19 días.

En Italia, es también legalmente posible practicar el internamiento de un menor que ha sido interceptado cuando intentaba entrar ilegalmente en el territorio, sin embargo los supuestos en que se produce son más bien aislados.

España no contempla la detención de los menores no acompañados cuando tiene lugar su entrada clandestina en el territorio. Es más, tanto la Ley como el Reglamento de Extranjería establecen que su localización debe conllevar una puesta a disposición inmediata de los servicios de protección que correspondan. El aspecto controvertido viene por la inexistencia de un plazo límite durante el que se practican las pruebas de determinación de la edad cuando existan dudas al respecto.

Por último, en el Reino Unido basta en principio que el menor no acompañado exprese su voluntad de solicitar asilo para que las autoridades fronterizas procedan a autorizar su entrada en el territorio y su puesta a disposición de los Servicios sociales que correspondan y, subsiguientemente, del Home Office (Ministerio del Interior británico) para que proceda a registrar su demanda.

---

dictaron una orden de retorno, por lo que la niña tuvo que regresar al Congo. El TEDH, concluyó con una Sentencia en la que declaró la violación de los artículos 3 (tratos inhumanos), 5 (libertad) y 8 (vida familiar) del CEDH. La extrema vulnerabilidad de la niña tendría que haber prevalecido sobre su condición de extranjera en situación de ilegalidad. La niña fue retornada sola, sin compañía de otra persona adulta a quien las autoridades belgas le hubieren confiado el cuidado de la menor durante el viaje. Además, al llegar a Kinshasa no había ningún familiar que la estuviera esperando. Sentencia disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1047361&Site=COE&direct=true> (consultado 10/06/2016).

Cabe resaltar que a pesar, o como consecuencia, de estos procedimientos de detención en frontera que afectan a los menores no acompañados en muchos países de Europa, la mayoría se las arregla para penetrar clandestinamente en los diferentes territorios.

#### 4. ACCESO AL SISTEMA DE PROTECCIÓN

El estado alemán, en su ratificación de la CDN<sup>197</sup>, ha declarado reservarse la posibilidad de aplicar su legislación de extranjería y asilo a los menores de edad no nacionales que ya hayan cumplido 16 años<sup>198</sup>. Debido a esta declaración, los menores extranjeros que cumplen los 16 años, es posible que no cuenten con la asistencia de un tutor o abogado para superar el complejo proceso de asilo, y tengan que permanecer en centros de acogida junto con adultos<sup>199</sup>.

Se criticó durante años a Reino Unido por excluir a los niños extranjeros del pleno disfrute de los derechos recogidos en la CDN<sup>200</sup> debido a su condición de inmigrantes hasta que retiró sus reservas en 2008, días antes de la fecha prevista para que las Naciones Unidas examinara su respeto por los derechos del niño<sup>201</sup>. Actualmente, se otorga a los menores no acompañados solicitantes de asilo un grado de protección

<sup>197</sup> Cit.

<sup>198</sup> "On 15 July 2010, the Government of the Federal Republic of Germany notified its withdrawal of the following declarations [...] Nothing in the Convention may be interpreted as implying that unlawful entry by an alien into the territory of the Federal Republic of Germany or his unlawful stay there is permitted, nor may any provision be interpreted to mean that it restricts the right of the Federal Republic of Germany to pass laws and regulations concerning the entry of aliens and the conditions of their stay or to make a distinction between nationals and aliens". Disponible en:

[https://treaties.un.org/pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en) (acceso 10 de julio de 2016)

<sup>199</sup> Deutscher Bundestag (Parlamento Alemán), "Antwort der Bundesregierung auf die Grosse Anfrage der Abgeordneten Ekin Deligöz, Grietje Bettin, Volker Beck (Köln), weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 16/4205 – Rücknahme der Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention" ("Respuesta del Gobierno alemán a la solicitud presentada por los miembros del Parlamento Ekin Deligöz, Grietje Bettin, Volker Beck (Köln), otros miembros y el grupo parlamentario BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Número de referencia 16/4205 – Retirada de las reservas a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño"), 13 de julio de 2007, p. 9.

Disponible en: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/060/1606076.pdf>

<sup>200</sup> Cit.

<sup>201</sup> Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, "Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 44 de la Convención, Observaciones finales, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte", CRC/C/GBR/CO/4, 20 de octubre de 2008, párrafo 70. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.C.GBR.CO.4.pdf>

(consultado 11/06/2016).

elevado. El niño será inmediatamente derivado a los Servicios Sociales del municipio que corresponda, los cuales deben llevar a cabo una evaluación global de sus necesidades y, en consecuencia, elaborar un plan de protección personalizado.

En España, una vez confirmada la minoría de edad, se produce la puesta a disposición de los menores no acompañados de los servicios de protección regionalmente competentes y su ingreso inmediato en una estructura de acogida, considerándose que su situación corresponde a la definición de desamparo establecida en el Código Civil.

En Italia, el acceso de los menores no acompañados a un centro de primera acogida es prácticamente automático una vez identificada su situación de abandono, la cual es comunicada al Juez de Tutelas y a la Fiscalía de menores que autoriza su entrada en el centro. Acto seguido se procede a una identificación más exhaustiva del menor y se comunica su presencia al Comitato Minori Stranieri y a los Servicios Sociales del municipio que corresponda.

En Francia existen dos circuitos principales de acceso al sistema de protección, aunque hay que precisar que existen prácticas muy heterogéneas en función de las diferentes autoridades territorialmente competentes. Una primera vía de acceso se abriría normalmente tras una decisión de un Juez de menores procediendo a declarar que el menor extranjero se encuentra en la situación de peligro definida por el artículo 375 del Código Civil y decretando su consiguiente puesta a disposición de los Servicios departamentales de protección de la infancia. El Juez es normalmente informado de la situación existente por la Fiscalía de menores o bien directamente por alguna asociación especializada que esté actuando en favor del menor. Una segunda vía denominada de protección administrativa prevé que el menor pueda ser acogido en casos de urgencia por los servicios de protección de la infancia del Departamento que corresponda siempre que éstos informen posteriormente a la Fiscalía y al Juez de menores para que se valide tal protección “de hecho” establecida previamente.

Finalmente, Bélgica ha previsto la creación de un Servicio de Tutelas en el seno del Ministerio Federal de Justicia, organismo que se ocupa de la identificación del interesado, de la verificación de su edad y de su condición de “no acompañado” y de su

acogimiento provisional en un centro o familia de acogida, todo ello con carácter previo al nombramiento de un tutor.

## 5. REPRESENTACIÓN LEGAL

Alemania regula estas cuestiones en su Código Civil y en la normativa de protección de menores, siendo competentes dos autoridades judiciales a lo largo del procedimiento. Un Tribunal de familia decidirá primero si los padres del menor son parcialmente o totalmente incapaces para asumir sus tareas y deberes, y si procede, un Tribunal de tutelas nombrará a un tutor, prioritariamente a una persona individual, en su defecto a una asociación especializada y habilitada al respecto y, en última instancia, a los servicios de protección territorialmente competentes.

En Bélgica, una vez identificado el menor y verificado que se encuentra no acompañado, el Servicio de Tutelas del Ministerio de Justicia designa inmediatamente a un tutor a partir de una lista de personas físicas y jurídicas habilitadas al respecto. Tal tutoría se desarrolla de forma casi altruista (no existe una verdadera remuneración).

España ha arbitrado por su parte un sistema peculiar de tutela pública que se pone en marcha automáticamente a partir del momento en que los servicios regionales de protección de la infancia competentes decretan la declaración de desamparo del menor no acompañado concernido.

En Francia ha de ser un Juez de Tutelas quien recoja el testigo del Juez de Menores que decretó al menor en situación de peligro y acuerde una tutela en favor del menor no acompañado. En estos casos, el Juez establecerá lo que se denomina una tutela de Estado (cuando el menor no tiene referentes familiares en Francia) en favor de los servicios departamentales de protección de la infancia. El interesado queda confiado al mismo organismo en el que estaba inicialmente acogido.

En Italia, la normativa general da prioridad al acogimiento familiar de los menores (affidamento) que raramente se da en el caso de los menores no acompañados. Éstos

quedan en la mayoría de los casos bajo la tutela de los Servicios sociales municipales de la localidad que corresponda.

Finalmente, en el Reino Unido la competencia para la protección de menores no acompañados corresponde a los servicios sociales del municipio en que resida el interesado pero éstos no ostentan ni la patria potestad ni asumen su representación legal. El único referente adulto existente es un abogado que puede asistir al menor legalmente pero no puede tomar decisiones en su nombre. Estos abogados están además adscritos a un organismo público (el Refugee Council Children's Panel of Advisers) que carece de medios suficientes para representar adecuadamente a la totalidad de menores no acompañados solicitantes de asilo presentes en territorio británico.

## 6. REPATRIACIÓN

En España, ésta es la solución prioritaria que debe darse a la situación de aquellos que se encuentran en su territorio. Sin embargo, la ejecución de estas repatriaciones no parece tan sencilla. En el año 2004, tan sólo se ejecutaron 111 repatriaciones sobre un total de más de 9.000 acogimientos (según cifras de la Secretaría de Estado de Inmigración).

Italia también ha apostado durante años por una política de repatriaciones forzosas de los menores no acompañados inicialmente protegidos. En los últimos años, el ritmo de repatriaciones ha descendido sustancialmente y las autoridades procuran que las que se llevan a cabo se hagan con el consentimiento del propio menor interesado.

En Bélgica, la normativa permite la repatriación de los menores no acompañados cuando se estime que ésta es la solución que mejor corresponde a su interés superior. Las autoridades de extranjería (Oficinas de Extranjeros) son competentes para decidir qué “solución duradera” (reunificación familiar, repatriación al país de origen o permanencia en Bélgica) va a adoptarse respecto de cada menor no acompañado.

Francia procura evitar la entrada de menores no acompañados en su territorio. Sin embargo, una vez que éstos han penetrado, la repatriación forzosa no es considerada en

principio por los Jueces de menores como una solución válida para proteger la situación de peligro en que se encuentra el menor. En algún caso puede decretarse por el Juez que se proceda al retorno de un menor, pero ello se hará con el consentimiento expreso de todas las partes implicadas y una vez constatado que no existen otros riesgos.

Por último, ni el Reino Unido ni Alemania se plantean en principio políticas de retorno forzoso de menores no acompañados solicitantes de asilo. Ambos países cuentan no obstante con programas de retorno voluntario.

## 7. REGULARIZACIÓN

En Alemania, las posibilidades de regularización están estrechamente vinculadas a la resolución de la solicitud de asilo llevada a cabo por el menor no acompañado. Fuera de ahí solo queda la aplicación de alguna de las causas de suspensión de la expulsión que prevé la ley de Extranjería.

En Bélgica, independientemente de los menores que siguen una trayectoria vinculada a su solicitud de asilo, el resto de menores no acompañados es documentado en tres etapas diferentes: en la declaración de llegada, en la Inscripción en el Registro de Extranjeros, y en los méritos y esfuerzos del menor para integrarse en Bélgica. Tras tres años de residencia, los menores no acompañados pueden obtener una residencia permanente siempre que no se haya encontrado otra solución duradera más adecuada.

En España se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores tutelados por una entidad pública. Sin embargo, tal regularidad de facto no se materializa en un verdadero permiso de residencia hasta que no haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriar al menor a su país de origen que es la solución prioritaria.

Francia excluye a todos los menores de edad extranjeros de la obligación de contar con un permiso de residencia. Sin embargo, tal permiso le es exigido para acceder a determinados procesos formativos o para trabajar. Los menores extranjeros que deseen

trabajar pueden solicitar un permiso de residencia siempre que hayan sido confiados a los servicios de protección con anterioridad al cumplimiento de sus 16 años.

En Italia, la ley establece que los menores extranjeros no acompañados que se encuentren bajo el amparo de los dispositivos de protección tienen derecho a la obtención de un permiso de residencia por minoría de edad. Aunque la obtención de tal documentación debería ser automática una vez que el menor ha sido localizado e ingresa en el sistema de protección, solamente una pequeña parte de los menores consiguen tal permiso.

Finalmente, las posibilidades de regularización en el Reino Unido dependen del resultado de la solicitud de asilo del interesado. Aquellos menores no acompañados que no obtengan una resolución favorable a su solicitud u otro tipo de protección humanitaria, tendrán la posibilidad de obtener una autorización provisional de residencia (discretionary leave) siempre que se estime que no existen ni las circunstancias ni los medios adecuados para proceder al retorno a su país de origen.

## **8. ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO**

Es requisito primordial en todos los países tener 16 años para poder trabajar, sean menores nacionales o extranjeros.

En Alemania, independientemente de la aplicación del criterio de preferencia de la mano de obra nacional, los menores no acompañados que deseen trabajar han de contar con un estatuto personal consolidado. Ello implica que aquellos cuya resolución de asilo no haya sido resuelta o que cuenten con un estatuto de tolerancia (la mayoría), carecen prácticamente de posibilidades de acceder a un trabajo regularizado. Además, los no repatriados cautelarmente, al carecer de documentos acreditativos de identidad, están vetados para trabajar.

Los menores no acompañados que se encuentren en Bélgica documentados con un Certificado de Inscripción al Registro de Extranjeros pueden optar a la obtención de un permiso de trabajo cumpliendo los requisitos generales establecidos en la legislación de

extranjería (criterio de preferencia de la mano de obra nacional). Los menores documentados con una declaración de llegada no pueden acceder a un empleo.

En España, mientras los menores se encuentran tutelados se benefician de una excepción a la obligación general de obtener una autorización de trabajo. Una vez que obtienen un permiso de residencia pasan a tener un acceso preferencial (determinado por la no consideración de la situación nacional de empleo) a una autorización de trabajo. Sin embargo, ambos preceptos son raramente aplicados en la práctica (especialmente la excepción a la obligación de estar autorizado para poder trabajar) y los menores no acompañados presentes en España no suelen acceder al mercado laboral normalizado.

En Francia, los menores no acompañados que deseen trabajar podrán obtener un título de residencia que les autoriza a tal efecto, siempre que se aprecie por las autoridades competentes que cumplen un conjunto de requisitos de apreciación discrecional junto con el requerimiento objetivo de haber sido acogidos en Francia antes de haber cumplido la edad de 16 años.

A pesar de que existe jurisprudencia en Italia que contradice tal normativa, una Circular del Ministerio del Interior del año 2000 determinó que los menores no acompañados documentados con un permiso de minoría de edad no pueden ser autorizados a trabajar. Curiosamente, antes de esa fecha los menores extranjeros tenían un acceso relativamente fácil al empleo y sus resultados de integración eran positivos. Aquellos escasos niños que dispongan de un permiso por acogimiento, motivos familiares o protección social están autorizados a trabajar.

En Reino Unido, aquellos menores no acompañados cuya solicitud de asilo cuente con al menos un año de antigüedad, podrán solicitar una autorización especial de trabajo. Los que obtengan una autorización provisional de residencia, tienen derecho a trabajar sin necesidad de solicitar un permiso especial a tal efecto.

## 9. PASO A LA EDAD ADULTA

En Alemania, los menores que habían solicitado asilo con anterioridad a alcanzar tal edad se beneficiaban de las prestaciones de protección de la infancia. Cuando cumplían 18 años, a menudo esas prestaciones se suspendían y pasaban a ingresar en un centro de solicitantes adultos.

Respecto a Bélgica, no se han previsto por el momento medidas que puedan beneficiar a los jóvenes que cumplen 18 años. La tutela se interrumpe y el chico debe en principio abandonar la estructura en que se encontraba acogido hasta la fecha.

En España se han desarrollado algunos programas asistenciales para jóvenes ex-tutelados (se sabe que hay en Cataluña y el País Vasco), pero no es un sistema generalizado de prestaciones de salida del sistema de protección. Considerando que la circunstancia de minoridad que dio origen al permiso no se mantiene, estos menores tendrán que transformar tal documento en una autorización de residencia y trabajo (la diferencia estriba en que a partir de los 18 años el acceso preferencial al mercado laboral ya no es operativo). Por su parte, aquellos que cumplan 18 estando indocumentados pueden solicitar a iniciativa de la entidad tutelar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Existe también la posibilidad de acceder a la nacionalidad (dos años de tutela y uno de residencia legal) que es en principio inaplicada en la práctica.

Francia permite prolongar hasta los 21 años la protección de los jóvenes que han cumplido 18 y han venido beneficiándose de una asistencia por parte de los servicios de protección de la infancia. Los jóvenes que han sido protegidos antes de cumplir los 16 años pueden solicitar un permiso de residencia durante el año siguiente a su mayoría de edad. Por su parte, aquellos menores que hayan sido confiados a los servicios de protección antes de cumplir 15 años tienen la posibilidad de demandar una naturalización como ciudadanos franceses.

Los menores que hayan conseguido ser documentados en Italia con un permiso por minoría de edad tienen la posibilidad de renovarlo cuando cumplen 18 años si cumplen los requisitos impuestos por una Circular del año 2002: principalmente, encontrarse en

Italia desde hace más de 3 años y haber participado en un proyecto educativo o profesional durante al menos otros dos. Los menores documentados con un permiso por acogimiento, motivos familiares o protección social, pueden renovar los mismos a su mayoría de edad sin necesidad de cumplir ulteriores requisitos.

El Reino Unido ha desarrollado un conjunto de prestaciones de salida del sistema más avanzado (“leaving care services”). El contenido de estas prestaciones y su alcance puede prolongarse hasta los 21 años y va a depender de la combinación de una serie de factores, en función principalmente del tiempo previo que el interesado haya sido protegido durante su minoridad y del grado de protección que viniera prestándose.

## 10. UN ÚLTIMO CASO: GRECIA

Grecia, por su situación geográfica, se ha convertido en el muro de contención de miles de inmigrantes asiáticos. Al autor del presente trabajo le ha parecido relevante mencionar el trato de este país con los MENA.

Su régimen jurídico podría ser el más terrible para los menores extranjeros en situación irregular. Los menores pasan meses en centros de detención, a veces compartiendo celda con adultos, en unas condiciones que el organismo de derechos humanos europeo consideró “inaceptables”<sup>202</sup>.

Cuando salen en libertad, tienen una orden para que salgan del país. Si no lo hacen, pueden ser de nuevo recluidos, sin ninguna consideración sobre su vulnerabilidad. Fuera de los centros de detención tampoco están a salvo. Grecia solo dispone de 300 plazas en los centros de acogida, que están llenos, para el número estimado de un millar de niños que llegan todos los años. Al no contar con un sistema de protección social, ni siquiera para los niños víctimas de la trata de seres humanos o los que corren mayor riesgo, estos

---

<sup>202</sup> Comité europeo para la Prevención de la Tortura, “Report to the Government of Greece on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 23 to 29 September 2008”, párr. 53. Disponible en: <http://www.cpt.coe.int/documents/grc/2009-20-infeng.htm> (consultado 12/06/2016).

menores pueden acabar en una lucha diaria por la supervivencia o en un círculo vicioso de explotación<sup>203</sup>.



---

<sup>203</sup> Human Rights Watch, “Left to Survive: Systematic Failure to Protect Unaccompanied Migrant Children in Greece”, diciembre de 2008, pp. 53-93. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2008/12/22/left-survive/systematic-failure-protect-unaccompanied-migrant-children-greece> (consultado 12/06/2016).

## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Tras la realización del presente estudio, y desde una perspectiva crítica hacia el sistema legal vigente en nuestro país, pueden plantearse las siguientes conclusiones:

PRIMERA: La regulación de la protección de los menores extranjeros no acompañados, tal y como se ha puesto de relieve, reviste una especial complejidad. Se diferencia respecto a la que se aplica a otros sujetos extranjeros, debido a la tensión existente en los casos de los menores extranjeros entre la regulación aplicable con carácter general a los menores, que obedece a la salvaguarda del interés superior del menor y su protección y el régimen de extranjería, que obedece a principios más restrictivos y limitadores de la permanencia de dichas personas en nuestro país.

SEGUNDA: En este proceso evolutivo a nivel legal se ha ido perfilando su denominación, pasando de la utilización del término residencia de menores en las Leyes de Extranjería del año 2000, a la de menores no acompañados que se contiene en la Ley vigente en la actualidad y a la de menores extranjeros no acompañados que recoge su actual Reglamento el RD 557/2011<sup>204</sup>.

TERCERA: El legislador ha ido detallando y progresando su regulación, pasando de dos escuetos apartados recogidos en la LO 4/2000 a la docena que se contemplan en la actualidad. Un progreso que reviste una especial trascendencia ya que el tratamiento de los menores extranjeros presenta una singular complejidad debido en gran parte a la pluralidad de agentes que intervienen en el mismo: Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, Servicios competentes de protección de menores, Ministerio Fiscal, instituciones sanitarias, representaciones diplomáticas de distintos países, servicios de protección de menores en los países de origen, administración de justicia, ONG.

CUARTA: Por fin, se han especificado los trámites a seguir en este complejo procedimiento, las actuaciones a realizar por cada una de estas entidades y la necesaria coordinación entre las mismas, así como el reconocimiento de la capacidad y de los derechos que les corresponden a los menores extranjeros para intervenir en los

---

<sup>204</sup> Cit.

procedimientos de repatriación que les afecten y para la obtención de una autorización de residencia.

QUINTA: Teniendo en cuenta la situación de desprotección a la que se enfrentan los menores extranjeros, todas las partes interesadas (Instituciones de la UE, Estados miembros, países de origen y tránsito, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil) han de aunar e intensificar sus esfuerzos a la hora de abordar el tema de los menores extranjeros no acompañados y velar por la protección del interés superior del menor.

A pesar de reconocer el carácter limitado de la presente investigación que ha dado lugar a la realización de este TFG , y en aras de poder presentar el resultado del estudio en otros ámbitos, se proponen las siguientes medidas como resultado de trasladar estos principios a nuestro país, se puede recomendar que, principalmente, se mejore en<sup>205</sup>:

1º) Que se lleven a cabo las medidas de protección que le corresponda al servicio de protección autonómico como tutor de los mismos, y en concreto, que presente las solicitudes de autorización de residencia en la institución competente lo más pronto posible.

2º) Que las pruebas de determinación de la edad solamente se realicen en los casos en los que la minoría no pueda establecerse con seguridad, respetando la documentación auténtica del país de origen que porte el afectado, que la valoración se realice por expertos en la materia independiente, y que sea acordada por el Ministerio Fiscal.

3º) Que en el caso de menores que hayan alcanzado la mayoría de edad recomiende la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales y, en caso de que no recomiende, justifique los motivos por los que no ha participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social.

---

<sup>205</sup> RECOMENDACIÓN 14/2010, de 25 de mayo, del Ararteko al Departamento de Política Social y servicios Sociales de la Diputación Foral de Álava.

## BIBLIOGRAFÍA

### OBRAS CONSULTADAS EN SU EDICIÓN IMPRESA

MORENO-TORRES SANCHEZ, J., *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Madrid, Aranzadi, 2009.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., *Los menores extranjeros no acompañados en Europa, Murcia*, Ed. Fundación Diagrama, Marzo de 2008.

MORANTE DEL PERAL, L. y TRILLO VEGA, M., “Las niñas y adolescentes que emigran solas a España: ¿Un nuevo fenómeno social?”, *Revista MUGAK*, nº40, 2007, pp. 25-27, ISSN 1138-7963.

PÉREZ P. y otros, *Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España*, Madrid, La Merced Migraciones, 2009.

### RECURSOS Y ARTÍCULOS ONLINE

“Los Menores No Acompañados y la Protección del Asilo”, ACNUR. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/ninos/los-menores-no-acompanados-y-la-proteccion-del-asilo/>

URÍA PELAYO, A., “Menores no acompañados en España. La Administración, con sus malas prácticas, continúa vulnerando sus derechos como menores”, *Revista Educación Social*, nº45, 2010, pp. 36-64, ISSN 1135-8629. Disponible en: [www.raco.cat/index.php/EducacioSocial/article/download/208580/369364](http://www.raco.cat/index.php/EducacioSocial/article/download/208580/369364)

DURÁN RUIZ, F., “Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros”, *Revista Trace*, nº60, 1 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://trace.revues.org/1723>

VIOLETA QUIROGA, ARIADNA ALONSO, MONTSERRAT SÒRIA, “Menores migrantes no acompañados/as: Sueños de bolsillo”, UNICEF y Fundación Banesto, diciembre de 2010. Disponible en:

[https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Suenos\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Suenos_de_bolsillo.pdf)

SÁNCHEZ BENÍTEZ DE SOTO, M. y otros, “Ni ilegales ni invisibles: Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España INFORME 2009”, Ed. Etnia Comunicación, 2009. Disponible en:

[http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/informe\\_infancia\\_inmigrante\\_UNICEF\\_CGAE\\_2009.pdf](http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/informe_infancia_inmigrante_UNICEF_CGAE_2009.pdf)

FUENTES SÁNCHEZ, R., “Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)”, Revista Azarbe, nº3, 2014, ISSN electrónico: 2254-9641 - ISSN impreso: 2255-4955. Disponible en: <http://revistas.um.es/azarbe/article/view/198431/161701>

DURÁN RUIZ, F., “Las Administraciones Públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1 de julio de 2007, pp. 1-41. Disponible en: <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/4.pdf>

“La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados”, Observatorio Permanente de la Inmigración del Gobierno de España, Madrid, 2009. Disponible en:

[http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios\\_monograficos/EMN-ES-2008-II-La\\_politica\\_de\\_Acogida-ES.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios_monograficos/EMN-ES-2008-II-La_politica_de_Acogida-ES.pdf)

“Políticas, prácticas y datos sobre menores no acompañados en 2014 para España”, Red Europea de Migración, 2014. Disponible en:

[http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios\\_monograficos/Estudio\\_REM\\_menores\\_no\\_acompanados\\_2014\\_ES.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios_monograficos/Estudio_REM_menores_no_acompanados_2014_ES.pdf)

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., “Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa”, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas, septiembre de 2007. Disponible en:

<http://www.carm.es/ctra/cendoc/haddock/14733.pdf>

“Lost in Transit: Insufficient Protection for Unaccompanied Migrant Children at Roissy Charles de Gaulle Airport”, Human Rights Watch, 29 de octubre de 2009.

Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2009/10/29/lost-transit/insufficient-protection-unaccompanied-migrant-children-roissy-charles>

“Report to the Government of Greece on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 23 to 29 September 2008”, Comité europeo para la Prevención de la Tortura, Estrasburgo, 1 de diciembre de 2008. Disponible en:

<http://www.cpt.coe.int/documents/grc/2009-20-inf-eng.htm>

“Left to Survive: Systematic Failure to Protect Unaccompanied Migrant Children in Greece”, Human Rights Watch, 22 de diciembre de 2008. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2008/12/22/left-survive/systematic-failure-protect-unaccompanied-migrant-children-greece>

BOCCIO SERRANO, M<sup>a</sup>, “El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español”, Sevilla, 2015. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=45274>

“Emergencia eterna. La institucionalización de menores extranjeros no acompañados en centros de emergencia de las Islas Canarias no tiene fin”, Human Rights Watch, 22 de junio de 2010. Disponible en:

<https://www.hrw.org/es/report/2010/06/22/emergencia-eterna/la-institucionalizacion-de-menores-extranjeros-no-acompanados-en>

GIMENO MONTERDE, C., “Menores que migran solos y sistemas de protección a la infancia”, Ekaina, junio de 2013. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5569/1134-7147.53.08>

BELATTAR, A., "Menores migrantes no acompañados: víctimas o infractores", Revista sobre la infancia y la adolescencia, nº7, octubre de 2014, pp. 25-39, ISSN 21747210. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2014.3334>

MAZKIARAN, M., “Menores extranjeros no acompañados tras las últimas reformas legislativas”, Revista MUGAK, nº56, 2012, pp. 7-11, ISSN 1138-7963. Disponible en: <http://www.mugak.eu/revista-mugak/no-56/menores-extranjeros-no-acompanados-tras-las-ultimas-reformas-legislativas>

DÍAZ, N., “Informe 2015 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado”, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Madrid, 2015. Disponible en: <http://www.cear.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe-2015-de-CEAR2.pdf>

“III Jornada sobre Niños y Adolescentes Desaparecidos, dedicada este año a los Menores Inmigrantes No Acompañados”, Fundación Anar, Madrid, 30 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.anar.org/iii-jornada-sobre-ninos-y-adolescentes-desaparecidos-de-la-fundacion-anar-menores-inmigrantes-no-acompanados/>

TROLLER, S., “En la trampa de la migración: Menores extranjeros no acompañados en Europa”, Human Rights Watch, 2011. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2010/country-chapters/259141>

APARICIO CHOFRÉ, L., “Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España”, Revista Boliviana de Derecho, nº 20, julio de 2015, pp. 120-141, ISSN: 2070-8157. Disponible en: [http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n20/n20\\_a06.pdf](http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n20/n20_a06.pdf)

GUASCH, C., “Menores no acompañados ante la protección internacional del asilo”, Revista Educación Social, nº45, pp. 78-92, ISSN 1135-8629. Disponible en: [www.raco.cat/index.php/EducacioSocial/article/download/208582/369371](http://www.raco.cat/index.php/EducacioSocial/article/download/208582/369371)

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., “Menores no acompañados y no protegidos: resultados de una investigación en cuatro Estados europeos”, REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, vol.22, nº42, Brasília, junio de 2014, ISSN impresso: 1980-8585, ISSN eletrônico: 2237-9843. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1590/S1980-85852014000100006>

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D. y otros, “Menores extranjeros no acompañados y sin protección en Europa. Proyecto PUCAFREU, resumen del informe comparativo e informe de la investigación en España”, 2014. Disponible en: <http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/PUCAFREU/PUCAFREU%20informe%20comparado%20y%20nacional%20ES.pdf>

GARAMENDI GONZÁLEZ, P. y otros, “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados”, 2010, pp. 22-29. Disponible en:

[http://apps.elsevier.es/watermark/ctl\\_servlet?f=10&pidet\\_articulo=90002493&pidet\\_usuario=0&pcontactid=&pidet\\_revista=285&ty=63&accion=L&origen=zonadelectura&web=www.elsevier.es&lan=es&fichero=285v37n01a90002493pdf001.pdf](http://apps.elsevier.es/watermark/ctl_servlet?f=10&pidet_articulo=90002493&pidet_usuario=0&pcontactid=&pidet_revista=285&ty=63&accion=L&origen=zonadelectura&web=www.elsevier.es&lan=es&fichero=285v37n01a90002493pdf001.pdf)

“Sólo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados”, Fundación Raíces y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, Madrid, 2014, pp. 55-60. Disponible en: <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2014/05/SOLO-POR-ESTAR-SOLO.pdf>

#### PÁGINAS WEB

- Real Academia de la Lengua Española: <http://www.rae.es>
- UN Treaty Body Database: <http://tbinternet.ohchr.org>
- Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es>
- Parlamento Europeo: <http://www.europarl.europa.eu>
- Defensoría del Pueblo del País Vasco: <http://www.ararteko.net>

- Diario El Mundo: <http://www.elmundo.es>
- Asesoría y Tutela Jurídica a Migrantes: <http://www.migrarconderechos.es>
- Gabinete de comunicación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social:  
<http://prensa.empleo.gob.es>
- Secretaría General de Inmigración y Emigración:  
<http://extranjeros.empleo.gob.es>
- Council of Europe - Documents database: <https://wcd.coe.int>
- United Nations Treaty Collection: <https://treaties.un.org>
- DIP (Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge): <http://dip21.bundestag.de>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org>
- Diario Oficial de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/>
- Base de Datos de Legislación: <http://noticias.juridicas.com>
- Fundación Raíces: <http://www.fundacionraices.org>
- Fundación Migrar de la Cruz Roja Española: <http://www.migrar.org/>
- Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es>