



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Grado

# **LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPañADOS EN ESPAÑA- ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN**

Autor:

Celia Aparicio Lafuente

Director:

Ana Gascón Marcén

Facultad de Derecho

Universidad de Zaragoza

Curso académico 2017-2018

# ÍNDICE

## ABREVIATURAS

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL JURÍDICA: MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS .....	5
III. PRINCIPIOS .....	8
1. SUPREMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR .....	9
2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN .....	10
3. PARTICIPACIÓN DEL MENOR .....	11
4. RESPONSABILIDAD E INTERVENCIÓN ACTIVA DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS DEL MENOR .....	12
IV. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN ANTE LA PRESENCIA DE UN MENA .....	13
1. ACCESO AL TERRITORIO ESPAÑOL .....	14
2. LOCALIZACIÓN, IDENTIFICACIÓN Y REGISTRO .....	15
2.1. Localización .....	15
2.2. Identificación .....	16
2.3. Determinación de la edad .....	17
2.4. Registro de Menores No Acompañados .....	27
3. ESTUDIO DEL CASO Y EVALUACIÓN .....	28
3.1. Repatriación .....	29
3.2. Permanencia en el territorio español e integración .....	32
3.3. Otras modalidades de medidas de protección .....	37
V. CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA.....	45

## ABREVIATURAS

<b>ACNUR:</b>	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
<b>CE:</b>	Constitución Española 1978.
<b>CC:</b>	Código Civil de 1889.
<b>CDN:</b>	Convención sobre los Derechos del Niño.
<b>CNP:</b>	Cuerpo Nacional de Policía
<b>DGAIA:</b>	Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia.
<b>DOUE:</b>	Diario Oficial de la Unión Europea.
<b>LOEx:</b>	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
<b>LOPJM:</b>	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
<b>MENA:</b>	Menores extranjeros no acompañados.
<b>MdM:</b>	Médicos del Mundo.
<b>NIE:</b>	Número de Identidad de Extranjero.
<b>NIP:</b>	Número de Identificación Patronal.
<b>OIM:</b>	Organización Internacional para las Migraciones.
<b>REx:</b>	Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
<b>RMENA:</b>	Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.
<b>STC:</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional.
<b>STS:</b>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<b>UE:</b>	Unión Europea.
<b>UNICEF:</b>	<i>United Nations Children's Fund.</i>

## I. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado aborda el contexto de los menores extranjeros que llegan a España no acompañados. El objeto de estudio se centra en la regulación jurídica relativa a la situación de esos menores, los derechos y garantías que tienen reconocidos y la actuación de los poderes públicos desde que son localizados en nuestro país hasta que adoptan la decisión que se considera más conveniente relativa a su status jurídico en España.

El motivo principal que fundamenta este trabajo es el interés personal en el estudio de la normativa internacional en materia de derechos humanos, protección jurídica del menor e inmigración en el marco internacional.

El método utilizado durante el desarrollo del trabajo ha sido fundamentalmente documental, basado en el estudio y análisis de los textos legales y jurisprudencia pertinentes y de los documentos enumerados en la bibliografía, consistentes en libros, artículos de revista especializados sobre la materia y diferentes informes y documentos elaborados por organizaciones internacionales y nacionales que están trabajando activamente para cambiar la grave situación que padecen muchos menores, tales como ACNUR, *Save the Children* o Fundación Raíces.

Los menores, de por sí, constituyen un colectivo vulnerable, necesitados de especial protección. Esa vulnerabilidad y protección requerida aumenta si son inmigrantes y, además, no están acompañados. La llegada de menores no acompañados es un fenómeno que, aunque no es nuevo, en los últimos años ha aumentado exponencialmente con la crisis de refugiados. El flujo continuo y en aumento de inmigrantes a los países y las fronteras de la UE ha conllevado, consecuentemente, un aumento de los menores no acompañados que entran a Europa. España se sitúa como la tercera puerta de entrada (tras Italia y Grecia), y se estima que de las 28.349 personas que entraron en 2017 al territorio español, el 14% eran menores de edad, aunque se desconoce la cifra de los que lo hicieron sin acompañamiento de un adulto. Es muy difícil conocer el número exacto de menores extranjeros no acompañados que llegan a España, pues solo se contabiliza a aquellos cuya minoría de edad ha sido reconocida por la Administración y han entrado en contacto con las autoridades públicas. En 2017 había en España 6.414 migrantes tutelados por los

servicios de protección de las Comunidades Autónomas, lo que representa un 60% más que en 2016.<sup>1</sup>

Considerando que la humanidad debe al menor lo mejor que puede darle, sirva la declaración que a continuación transcribo literalmente para reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona, y la determinación de promover el bienestar de todos los niños sin excepción alguna:

*Si hay algo que tienen en común todos los niños del mundo, sin excepción, son sus derechos. Hayan nacido donde hayan nacido, tengan el color de piel que tengan y sea cual sea su condición económica o sexual, todos los niños del mundo tienen los mismos derechos.*<sup>2</sup>

## **II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL JURÍDICA: MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS**

El principal instrumento jurídico internacional de protección de los menores es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Esta Convención se ha utilizado en todo el mundo para promover y proteger los derechos de la infancia, y ha aportado la protección especial a la infancia complementando lo establecido por la Carta de Derechos Humanos. Ha sido ratificada por 196<sup>3</sup> Estados, lo que la convierte en el tratado internacional más ratificado de la historia. Muchas de las leyes nacionales de protección de la infancia existen porque los países que ratifican la Convención se comprometen a incluirlas en su legislación y a poner los medios necesarios para su cumplimiento.

Dicha Convención tiene presente la consideración de niño que hace la Declaración de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, como necesitado de protección y cuidado especial, incluso de protección legal, tanto antes como después del nacimiento, debido a su falta de madurez física y mental. Por su incapacidad para defender y ejercitar sus derechos y por su debilidad ante cualquier abuso, los menores se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y por ello necesitan de toda fuerza protectora de la legislación, de la administración y de la sociedad como garantes de su desarrollo personal. La necesidad de

---

<sup>1</sup> Save the Children, Informe *Los más solos*. Mayo 2018.

<sup>2</sup> <https://www.unicef.es/causas/derechos-infancia>

<sup>3</sup> [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en). - Día de consulta: 8/03/2018

proporcionar al niño una protección especial ha sido ya enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en su art. 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones que se interesan en el bienestar del niño, tales como UNICEF o ACNUR.

En España, la aprobación de la Constitución de 1978 determinó un nuevo marco jurídico-político de protección de la infancia, delimitado fundamentalmente por el reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad de los menores (art. 14 y art. 39.2 CE), el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos (art. 39.3 CE), la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia en general y la protección integral de los hijos en particular (art. 39.1 y art. 39.2 CE), y el deber de protección a la infancia de acuerdo con los Tratados Internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 CE). Este último artículo actúa como cláusula de integración o aceptación del Derecho internacional referido a las personas menores en el derecho interno español. El Tribunal Constitucional ha señalado que los poderes públicos podrán adoptar medidas que introduzcan tratamientos desiguales para proteger la infancia sin atentar contra el art. 14 de la CE (STC 55/94) y que la protección a la infancia se constituye como un límite a la libertad de expresión prevista en el art. 20.4 de la CE (SSTC 49/84 y 62/82)<sup>4</sup>.

Dentro del grupo de individuos que se pueden clasificar como personas especialmente vulnerables, que requieren de atención específica, se encuentran los menores no acompañados. El punto 9 de la Observación General nº6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, entiende por “niños no acompañados”, de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, *los niños, niñas y adolescentes 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*.

---

<sup>4</sup> Sinopsis artículo 39 CE.

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>

En el marco de la Unión Europea, la definición de menores extranjeros no acompañados se establece en el artículo 1 de la Resolución 97/C 221/03 del Consejo de 26 de junio de 1997<sup>5</sup>, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, que dispone que son: *los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos.*

Junto con el derecho europeo, hay Organizaciones Internacionales que también han ofrecido una definición. El ACNUR, junto con la colaboración con la Organización *Save the Children*, elaboraron una “Declaración de buenas prácticas” dentro del programa Europeo de Niños Separados de la Organización *Save the Children*, en la que se introdujo una definición más sencilla: *menores de dieciocho años que están fuera de su país de origen y separados de sus padres o de su cuidador habitual.*<sup>6</sup>

A partir de ahora, para referirme a los menores extranjeros no acompañados utilizaré la nomenclatura de MENA, al ser la más consensuada por todos los entes públicos que intervienen con el menor extranjero en España (Ministerio de Empleo y Seguridad Social; Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; Ministerio de Interior; Ministerio de Exteriores y Cooperación; Fiscalía General del Estado y Delegaciones / Subdelegaciones de Gobierno, etc.)<sup>7</sup>.

El legislador español ha definido al MENA, en el art. 189 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (REx), como *el extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir 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 (el) menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.*

Además, la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco

---

<sup>5</sup> Resolución 97/C 221/03, del Consejo, de 16 junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros. DOCE, nº C 221, 19 de julio de 1997.

<sup>6</sup> Declaración de Buenas Prácticas 2004, [http://www.acnur.es/PDF/7390\\_20120417162043.pdf](http://www.acnur.es/PDF/7390_20120417162043.pdf)

<sup>7</sup> FUENTES SÁNCHEZ, R. “Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)”. *Revista internacional de trabajo social y bienestar* nº3,2014. Recuperado de <http://revistas.um.es/azarbe/article/view/198431>

sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, en su apartado segundo.<sup>1</sup>, define, a los efectos del presente, al MENA como el *extranjero menor de dieciocho años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación, de acuerdo con el artículo 189 REX.*

De acuerdo con la legislación nacional e internacional, un MENA tiene derecho a la protección del Estado español en las mismas condiciones que los menores españoles, con independencia del lugar de su nacimiento, y, por tanto, las Administraciones Públicas tienen obligación de velar por su bienestar.

Como menores de edad en situación de desamparo estarían afectados por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y por su condición de extranjeros estarían sujetos a la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería, LOEx), así como su reglamento de ejecución, REx.

### **III. PRINCIPIOS**

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 dispuso la creación del Comité de los Derechos del Niño, órgano cuya función es velar por el cumplimiento de los establecido en la Convención, y a quien los Estados parte deben rendir cuentas sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la misma. Además, este Comité elabora sus Observaciones Generales, que son textos sobre diversos aspectos de la Convención para su mejor comprensión y aplicación. En el año 2005, formuló la “Observación General nº6 sobre el Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”,<sup>8</sup> en la que se recogen una serie de principios y derechos que deben ser aplicables a todos los menores, igualmente recogidos en la Declaración de Buenas Prácticas 2004.

---

<sup>8</sup> Resumen Unicef 2009 “Ni legales ni invisibles”, realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España.  
[https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/informe\\_infancia\\_inmigrante\\_resumen\\_UNICEF\\_2009.pdf](https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/informe_infancia_inmigrante_resumen_UNICEF_2009.pdf)



En el ámbito interno español, la aprobación de la Constitución y el modelo social de Estado acogido por la misma determinó un nuevo marco jurídico-político de protección de los menores, que viene fundamentalmente delimitado por el reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), la obligación de los poderes públicos de brindar protección integral a la familia y a los hijos (art. 39.1 y 2 CE) y el reconocimiento a los niños de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, como los citados anteriormente (art. 39.4 CE).

En materia de inmigración, es necesario destacar de forma especial los siguientes:

## **1. SUPREMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR**

La supremacía del interés del menor es el principio central en materia de protección de los menores, y se ha positivizado tanto a nivel internacional, en la Convención<sup>9</sup> (y en la Observación General nº6 en su artículo 3), como a nivel de la Unión Europea, en la Carta de Derechos Fundamentales<sup>10</sup>, así como en el ordenamiento jurídico de la mayoría de los Estados occidentales, como el español. Aunque la Constitución Española no lo recoge de forma expresa, a lo largo de su articulado sí que se puede intuir este principio, sobre todo a raíz del art. 39.4 de la CE dispone que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. La LOPJM en su artículo 2, sí que regula de forma expresa el derecho que tiene todo menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, ya sean en aspectos de carácter público como privado. Además, establece que *“en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”* Algunos artículos del Código Civil, como el 92, 154 y 170, también se refieren de manera expresa al beneficio e interés superior de los menores.

El interés superior del niño deberá ser la principal consideración en todas las acciones que se adopten en relación con los niños. La determinación del interés superior

---

<sup>9</sup> Art.3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

<sup>10</sup> Art. 23.2: “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”.

del menor exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección.<sup>11</sup>

Según Díez Morras, el interés superior del menor en relación con los menores extranjeros no acompañados no es un concepto unívoco en Europa, pues se le da diferente contenido de acuerdo con el tiempo y las circunstancias políticas, sociales y jurídicas de cada Estado. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido perfilando el concepto jurídico indeterminado interés superior del menor, lo cual ayuda al establecimiento de una solución duradera para el menor extranjero no acompañado. Sin embargo, la legislación de la UE y la interna de los Estados miembros de la misma no han otorgado aún un contenido más o menos definitivo al concepto en el contexto de las migraciones internacionales contemporáneas, con lo que se favorece la desprotección del menor de edad extranjero no acompañado que llega a Europa.<sup>12</sup>

## **2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

El principio de igualdad se recoge en el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que *los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*

El principio de igualdad supone que tanto los niños nacionales del Estado parte de la Convención como los menores extranjeros han de ser tratados del mismo modo. Todo menor ha de disfrutar de todos los derechos que la Convención atribuye a los niños en general, con independencia de su nacionalidad. Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción. Los MENA tienen derecho a recibir el mismo tratamiento y a disfrutar de los mismos derechos que los menores nacionales o residentes en el territorio. Deberán ser tratados, en primer lugar,

---

<sup>11</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº6, 2005, párrafo 20.

<sup>12</sup> DÍEZ MORRÁS, F.J., «Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección», *REDUR* 10, diciembre 2012, págs. 95-104.

como niños. Cualquier consideración relativa a su condición de inmigrante deberá ser secundaria y estar basada en los principios de bienestar del menor.

En relación con este principio, la Observación General nº6 dispone que *en particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye, e incluso puede exigir, la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género.*

Este principio se recoge expresamente en el ordenamiento interno español en la Ley del Menor, en su art. 3.

En consecuencia, a la vista del ordenamiento vigente, en ningún caso estaría justificado que las administraciones brinden un trato diferente a los menores nacionales o los que tienen la residencia legal y a los MENA. Todos ellos son titulares de los derechos que forman parte del estatuto indisponible del menor y todos ellos tienen derecho a recibir de las administraciones competentes el mismo nivel de asistencia y protección

### **3. PARTICIPACIÓN DEL MENOR**

El derecho a la participación está positivizado en el art. 12 de la Convención de Derecho del Niño. El Principio 3 del Manual de Buenas Prácticas del ACNUR establece que *las opiniones y deseos de los niños no acompañados deberán ser tomados en cuenta cuando se trata de decisiones que les afecten. Las medidas adoptadas se encaminarán a facilitar su participación, teniendo en cuenta su edad y madurez.* A nivel interno, está recogido en el art. 9<sup>13</sup> LOPJM y en distintos preceptos de legislaciones autonómicas.

El derecho a la participación comprende el derecho a ser debidamente informado y escuchado, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial que le afecte. Además, el niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afecten, sin que en la Ley de protección

---

<sup>13</sup> Art. 9: “1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.”

jurídica del menor se establezca ningún límite mínimo de edad ni de madurez para el ejercicio de estos derechos.

El principio de participación guarda una estrecha relación con el principio del interés superior del menor, en la que el primero está al servicio del segundo, y prevalece en caso de conflicto entre ambos. Es decir, lo que el menor opine no tiene por qué coincidir con lo que se considera más beneficioso para él, que debe determinarse en virtud de su supremo interés. Por tanto, el derecho de participación no es un derecho a decidir, sino simplemente a ser escuchado. La prevalencia del principio del interés superior del menor sobre el derecho a ser oído se manifiesta en el art. 9.2 LOPJM<sup>14</sup> y el art. 8.14 de la Carta Europea de Derechos del Niño<sup>15</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, este principio se configura legalmente como un deber de los poderes públicos, una obligación de escuchar al menor en cualquier procedimiento que le afecte. Para garantizar la comunicación y poder hacer efectivo el derecho a participación, la Observación General nº6 dispone que se proveerá de intérprete en caso que sea necesario, en todas las fases de un procedimiento administrativo o judicial que afecten al menor.<sup>16</sup>

El menor debe contar con la información necesaria para poder opinar con fundamento, y las entrevistas deberán realizarse en lugares agradables y no intimidatorios, interviniendo en las mismas profesionales con formación específica para tratar con menores.

#### **4. RESPONSABILIDAD E INTERVENCIÓN ACTIVA DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS DEL MENOR**

La responsabilidad e intervención activa de los poderes públicos en la realización efectiva de los derechos del menor es otro de los principios presentes en los distintos textos normativos referentes a los menores. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 3.2, establece: *los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar... y con ese fin tomarán*

---

<sup>14</sup> Art.9.2 “[...]cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales [...]”

<sup>15</sup> Art. 8.14: “[...] siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído [...]”

<sup>16</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 6, 2005, párrafo 25.

*todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.* El art. 4 continúa diciendo que *los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en el presente Convenio.*

Por su parte, la Unión Europea contempla un mandato de protección genérica a la infancia en el art. 23.1 de la Carta de Derechos Fundamentales, y de protección especial a los menores no acompañados en la Carta Europea de Derechos del Niño. La primera se refiere al derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar y la segunda al derecho de poder gozar en todo caso de una protección y una ayuda especiales.

La responsabilidad pública de protección de la infancia actúa, en primer lugar, como responsabilidad subsidiaria a la obligación de los padres y tutores de asistir y proteger a quienes de ellos dependen. Esta variante posee un carácter progresivo<sup>17</sup>: su aplicabilidad aumentará de manera inversamente proporcional al nivel de protección que padres y tutores brinden a los menores. En el caso de los MENA, dada su situación de desamparo y necesidad de especial protección, la obligación de los poderes públicos alcanza su máxima intensidad. En segundo lugar, este principio también se manifiesta de forma autónoma como deber de los poderes públicos de establecer garantías de protección de carácter general y abstracto.

La LOPJM señala una serie de instituciones de las que el Estado se ayuda para concretar el mandato de protección: la tutela administrativa, la intervención activa del Ministerio Fiscal, una Adjuntía del Defensor del Pueblo que se encargue de recibir quejas provenientes de menores y, los genéricamente anunciados “recursos sociales” de los que disponga la Administración.<sup>18</sup>

#### **IV. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN ANTE LA PRESENCIA DE UN MENA**

De acuerdo con el punto 8.2 de la Instrucción N°1/2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores”,

---

<sup>17</sup> PALMA DEL TESO, Á. *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006.

<sup>18</sup> ALONSO, L. “El derecho al asilo de menores no acompañados: una propuesta de regulación más segura”, *Revista de Derecho Político* N°74, enero-abril 2009, UNED. Págs. 215-260.

las actuaciones en relación con los MENA se ajustarán a lo regulado en el art. 35 de la LOEx y el Capítulo III REx, y lo establecido en la 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.

## **1. ACCESO AL TERRITORIO ESPAÑOL**

La procedencia común de los menores que llegan a España es el Sahara, Marruecos, Iraq, Paquistán y, sobre todo en los últimos años, Siria. La mayoría de los menores extranjeros de origen subsahariano han tenido entrada en España a través de las diferentes Islas Canarias y de las costas de Almería o Granada, a las que accedieron mediante patera u otro tipo de embarcaciones similares. En cambio, la mayoría de los menores procedentes de Marruecos acceden a territorio español a través del Puerto de Algeciras, escondidos en los bajos de camiones o en autobuses. En una proporción mucho menor, el acceso a España también se realiza por otros puntos de la geografía española, como Cataluña, País Vasco o Valencia.

De acuerdo con la Declaración de Buenas Prácticas, y en virtud de su vulnerabilidad, a los MENA en busca de protección no se les deberá negar la entrada al territorio ni podrán ser devueltos en el punto de entrada, antes de la determinación de su interés superior y de la evaluación de sus necesidades de protección por las autoridades competentes. Tampoco podrán ser sometidos a entrevistas en profundidad o a procedimientos de determinación de la edad por las autoridades de inmigración en el punto de entrada, debiendo permanecer en este punto por el periodo de tiempo más corto posible.<sup>19</sup>

La legislación española no contempla la detención de los MENA cuando tiene lugar su entrada clandestina en el territorio.

En todos los actos en materia de entrada, residencia y asilo, relativos a menores, el interés superior del niño recogido en el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE constituirá una consideración primordial, ya sean autoridades públicas o

---

<sup>19</sup> Declaración de Buenas Prácticas, 2009, pág.21.

instituciones privadas las que adopten tales actos. Así lo establecen la Directiva de Procedimientos de Asilo<sup>20</sup> en el art. 25.6<sup>21</sup> y el Reglamento de Dublín en el art. 6.1.<sup>22</sup>

Cuando el menor no llega solo, sino que llega acompañado de un adulto, hay que determinar qué tipo de la relación existe entre el menor y el adulto para establecer si el adulto es su tutor legal o habitual<sup>23</sup>.

La Fundación Raíces<sup>24</sup> y Noves Vies<sup>25</sup> recomiendan en el Informe Alternativo al V y VI informe de aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y sus protocolos facultativos presentado por España:

El menor deberá contar, desde el primer momento con un abogado de oficio especializado en menores no acompañados que vele por su interés superior y le brinde asistencia legal en todos los procedimientos. Y del mismo modo, el Estado español promoverá aquellas actuaciones de entidades sociales que ofrezcan sus servicios para garantizar la asistencia letrada a todos los menores extranjeros que lleguen a nuestro territorio.<sup>26</sup>

## **2. LOCALIZACIÓN, IDENTIFICACIÓN Y REGISTRO**

### **2.1. Localización**

La LOEx<sup>27</sup> y el REx<sup>28</sup> establecen que la localización de un MENA debe conllevar una puesta a disposición inmediata de los servicios de protección que corresponda. El

---

<sup>20</sup> La Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DOUE, L 180 de 29.6.2013).

<sup>21</sup> Art.25.6. En la aplicación de la presente Directiva, el interés superior del niño será una consideración primordial de los Estados miembros.

<sup>22</sup> Art. 6.1 El interés superior del niño constituirá una consideración primordial de los Estados miembros en todos los procedimientos previstos en el presente Reglamento.

<sup>23</sup> Punto 6 del Anexo VII del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)

<sup>24</sup> Fundación Raíces es una fundación de asistencia social privada de promoción, de interés general, sin ánimo de lucro, que quedó constituida en 1996 y registrada en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con el N°28/1020. Actualmente se encuentra inscrita en el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte.

<sup>25</sup> Noves Vies es una entidad social, sin ánimo de lucro, formada por profesionales del ámbito social y el derecho que tiene por objetivo principal incidir en la justicia social y velar por la defensa y promoción de los derechos, en especial de los derechos humanos. De forma específica la asociación lleva la defensa y representación jurídica ante los tribunales de menores inmigrantes no acompañados.

<sup>26</sup> Informe Alternativo al V y IV Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas por sus protocolos facultativos presentado por España - <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2018/01/Informe-alternativo-MENA-en-Espan%CC%83a.pdf>

<sup>27</sup> Art.35.3 LOEx.

<sup>28</sup> Art. 190.1 LOEx.

Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados determina que: *cualquier autoridad, institución o entidad local o autonómica, que localice, acoja o reciba a un menor extranjero lo comunicará a la mayor brevedad a la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía (CNP), así como a la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno y al Ministerio Fiscal.* El mismo deber se recoge en el punto 8.2.3 de la Instrucción N°1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores”.

## **2.2. Identificación**

Tras su llegada a España (en general, a la Unión Europea), los menores migrantes han de ser, en todo caso, identificados y registrados como menores. De acuerdo con la comunicación de la Comisión Europea relativa a la protección de los menores inmigrantes<sup>29</sup>, los menores deben gozar de prioridad en todos los procedimientos relacionados con las fronteras y recibir un apoyo adecuado por parte de personal especializado en el proceso de identificación y registro. Las autoridades en los puertos de entrada deben tomar las medidas necesarias para asegurar que los MENA que buscan ser admitidos en ese territorio sean identificados como tales, de forma pronta y prioritaria.

La determinación de la identidad de los menores localizados es el punto de arranque de las sucesivas actuaciones. La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, en su art. 3, sobre garantías mínimas para todos los menores no acompañados, establece que los Estados miembros deberían procurar determinar la identidad del menor lo antes posible tras su llegada, al igual que la circunstancia de que no está acompañado. Por ello, deberá efectuarse lo antes posible una entrevista, de modo acorde con su edad, para poder obtener información relativa a la identidad y situación del menor.

En igual sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño afirma en su art. 8.2 que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. La propia Constitución Española

---

<sup>29</sup>Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Protección de los menores migrantes”, COM (2017) 211 final.



garantiza en su art. 39.4 la efectividad de lo dicho al proclamar que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.<sup>30</sup>

### **2.3. Determinación de la edad**

Para la identificación del MENA, hay que precisar su minoría de edad y, junto a la determinación de la minoría de edad, va la constatación de no acompañado del menor, es decir, de su situación de desamparo, lo que implica la tutela administrativa del menor, de acuerdo con el art. 172 CC, y la puesta en marcha de la actuación de los servicios de protección.<sup>31</sup>

El art. 190 REx regula el aspecto de la determinación de la edad, haciendo referencia a los procedimientos mediante los cuales las autoridades tratan de averiguar la edad legal de un inmigrante con el fin de determinar los procedimientos y normas de inmigración que deben seguirse, que variarán según sea considerado mayor o menor de edad.

En el ámbito de extranjería, tanto la normativa de la UE como la legislación estatal han establecido una presunción de minoría de edad, para ofrecer así protección a las personas extranjeras cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. El art.35.3 LOEx, establece la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero indocumentado cuya minoría de edad no se pueda determinar con seguridad. Por tanto, mientras se investiga si efectivamente la persona es menor o mayor de edad, deberá presumirse que es menor a los efectos de asegurarle la atención y protección necesaria. Le corresponde a la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado el seguimiento de los denominados “expedientes de determinación de la edad de los presuntos menores extranjeros no acompañados”. Es decir, aquellas diligencias procesales encaminadas a decidir con carácter provisional y urgente si un extranjero indocumentado localizado en territorio español, cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad, debe ser considerado menor de dieciocho años y ha de ser puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la

---

<sup>30</sup>Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados

<sup>31</sup> En este punto, ACNUR destaca la cautela con la que se ha de actuar para determinar el tipo de relación que el menor puede tener con otros compañeros de viaje, ya que, en ocasiones, traficantes de menores pueden estar camuflándose bajo la apariencia de tutor o familiar del menor. (Manual de Buenas Prácticas de ACNUR; apartados C.1.1 y C.1.2).

Comunidad Autónoma en la que se halle, por encontrarse separado de sus padres o de un adulto al que, por ley o costumbre, le incumbe esa responsabilidad.

Con arreglo a la última Memoria de la Fiscalía General del Estado, de 2017, durante 2016 se incoaron un total de 2.971 diligencias preprocesales de determinación de edad, 432 más que en 2015 y 928 más que en 2014. En 2014, se resolvieron 2.043 expedientes de determinación de la edad, de los cuales 899 resultaron menores de edad, 744 mayores de edad y 400 fueron archivados. En 2015, fueron resueltos 2.539 expedientes, 1.033 como menores de edad, 888 como mayores de edad y 615 archivados. De los 2.971 expedientes resueltos en 2016, 1.365 tuvieron como resultado la minoría de edad, 1.243 la mayoría de edad y 363 fueron archivados. Se ha reducido considerablemente el número de archivos de expedientes sin haberse realizado prueba médica, normalmente por la incomparecencia del afectado a su práctica.

Melilla concentra el mayor número de diligencias realizadas en España (20,19%), seguida por Almería (17,43%), Barcelona (17,03%), Algeciras (14,03%), Ceuta (10,29%), Murcia (5,89%), el País Vasco (3,76%), Las Palmas (3,02%) y Madrid (2,99%).<sup>32</sup> Además, hay que destacar que los resultados de las pruebas practicadas no son uniformes: mientras que en algunas ciudades como Valencia, Almería, Granada, Las Palmas y Algeciras han prevalecido los decretos de mayoría de edad; en Alicante, Barcelona, Málaga, Álava, Madrid, Melilla y Ceuta se han decretado un mayor número de minorías de edad.

La presunción de la minoría de edad también se establece en el art. 12.4 LOPJM. Este artículo tiene su origen en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo establecida en la Sentencia de 23 de septiembre de 2014.

El Tribunal Supremo dictó el 23 de septiembre de 2014 una sentencia (nº453/2014) que marcó un punto de inflexión en relación con la determinación de la edad de los MENAS. En el punto 4 del fallo el Tribunal Supremo fijó como 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

---

<sup>32</sup> Memoria de la Fiscalía General del Estado (2017)

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>33</sup>

En el fundamento de derecho primero punto 1 se establece que el “pasaporte o documento equivalente de identidad son válidos cuando hayan sido otorgados cumpliendo los requisitos exigidos en el país de origen o precedencia y contengan los datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad de su titular”<sup>34</sup>, sin necesidad de legalización o apostilla, ni la existencia de Tratado o Convenio internacional con el Estado que ha emitido dichos documentos.

Al día siguiente, la propia Sala de lo Civil reiteró la citada doctrina en la STS de 24 de septiembre de 2014 (452/2014, recurso n.º 280/2013).

Dichas sentencias resuelven los casos de dos menores que fueron declarados mayores de edad tras la realización de las pruebas médicas, pese a presentar pasaportes expedidos en su país de origen acreditando la fecha de nacimiento y su minoría de edad. Al ser declarados mayores de edad dejaron de estar tutelados por los servicios de las administraciones correspondientes. Conforme a la Sentencia num.13/2015 de 16 de enero, de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo, lo mismo le ocurrió a otro menor, que interpuso una demanda de oposición a la resolución administrativa adoptada en materia de protección de menores contra la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia del Departamento de Acción Social y Ciudadanía de la Generalitat de Cataluña (DGAIA)<sup>35</sup>. Su propósito era que se declarara que era menor en situación de desamparo y se resolviera que la DGAIA realizara las gestiones necesarias para asumir su tutela. La Administración demandada contestó, en síntesis:

Que, aunque el demandante había aportado inicialmente una documentación acreditativa de su minoría de edad, al no concordar este dato con su aspecto físico se le practicaron las pruebas médicas, ratificadas por informe forense, que determinaron que su edad era superior a 18 años, razones por las cuales, siguiendo el decreto de la fiscalía, se acordó

---

<sup>33</sup> <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/6cd743d2a1312344>

<sup>34</sup> DEL TESO, P., y GONZÁLEZ GARCÍA, A., “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2015, vol. 114, núm.3, p. 611-637.

<sup>35</sup> La DGAIA es el organismo que promueve el bienestar de la infancia y la adolescencia en alto riesgo de marginación social con el objetivo de contribuir a su desarrollo personal. También ejerce la protección y tutela de los niños y adolescentes desamparados.

dejar sin efecto la atención inmediata del interesado y el cierre y archivo del expediente de desamparo por mayoría de edad.<sup>36</sup>

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y la segunda instancia, desestimando el recurso de apelación del demandante, confirmó la sentencia apelada.

El pleno reitera como doctrina que *el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido.*<sup>37</sup>

Es decir, la Sala de lo Civil establece que cuando el extranjero que se encuentra en situación irregular en España sea menor de edad de acuerdo con el pasaporte que enseña, debe ponerse a disposición de los servicios de protección del menor, sin que se realicen las pruebas de determinación de la edad por estar documentado. Pero, además, dispone que en los casos en los que se dude de la fiabilidad de tal documento, para que se puedan llegar a realizar pruebas para determinar la edad, el Ministerio Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad sobre las razones por las que se considera que ese documento no es fiable y, en todo caso, cualquier duda basada en la apariencia física deberá resolverse a favor del menor.

El Tribunal Supremo sentó así doctrina estableciendo que si el extranjero tiene un pasaporte o partida de nacimiento que acredite su minoría de edad, no podrá ser considerado indocumentado ni sometido a tales pruebas médicas, que no pueden hacerse de forma indiscriminada. Es decir, actualmente es contrario a Derecho promover la realización de pruebas médicas que tenga como finalidad determinar la edad de un extranjero no acompañado siempre que éste porte un pasaporte válido o documento acreditativo de su edad.

Y, a raíz de lo establecido por la Sala de lo Civil, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, recoge esa posibilidad de que, en caso de duda de la fiabilidad del documento, se puedan llegar a realizar las pruebas. En concreto, en su artículo primero, relativo a la Modificación de la

---

<sup>36</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 13/2015 de 16 enero

<sup>37</sup> <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-TS-confirma-la-prohibicion-de-someter-a-pruebas-de-edad-a-inmigrantes-menores-con-pasaporte>

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su punto siete.<sup>4</sup> establece: *“cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable”*.

Como ejemplo de un caso en el que se aplicó esta doctrina jurisprudencial, se puede citar de nuevo la Sentencia num.13/2015 de 16 de enero del Tribunal Supremo, que estima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2013 por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación nº652/2013. En el fundamento de derecho primero se dice:

Los presentes recursos versan sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en situación irregular en España y, en concreto, sobre el valor de la documentación que lleven los extranjeros cuando dicha documentación contenga datos que no puedan conciliarse con la realidad física de la persona, es decir, cuando exista una aparente discrepancia entre la minoría de edad que figure en el documento y la complexión física del o de la joven; situación que ha dado lugar a que por parte de la Administración se actúen una serie de mecanismos tendentes a la averiguación de la edad real de la persona.

Pero, sobre todo, quiero destacar el fundamento tercero:

*“Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que plantean los presentes recursos en sus sentencias de Pleno de 23 y 24 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4689) y (RJ 2014, 4839) (recursos nº 452/14 y 280/13 respectivamente) fijando 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*». De aplicar esta doctrina a los presentes recursos, que por las cuestiones planteadas merecen un tratamiento conjunto, resulta procedente estimarlos conforme a los fundamentos de la citada STS de 23 de septiembre de 2014 (rec. nº 1382/2013) en un asunto muy similar en el que también estaba afectado un extranjero nacional de Ghana con pasaporte válido del que resultaba su minoría de edad”.

Finalmente, y en base a la explicada doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo estimó los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, casó la sentencia recurrida dejándola sin efecto, y estimó el recurso de apelación interpuesto por el menor, reiterando, también en el fallo, la doctrina jurisprudencial.

En síntesis, la doctrina de la Sala Primera y la redacción del art. 12.4 LOPJM en consecuencia aceptan la posibilidad de discutir la fiabilidad de una documentación extranjera identificativa cuando concurren circunstancias que, razonablemente valoradas y motivadas, así lo justifiquen.

La cuestión de la determinación de la edad por medio de pruebas médicas, aun presentando el menor documentación que acredite su minoría de edad, ha dado lugar a muchas críticas, quejas y denuncias por parte de distintas instituciones y asociaciones:

- La Fundación Raíces y la Fundación Abogacía Española firmaron en 2013 un convenio para analizar las prácticas de determinación de la edad de los MENA. A través de este convenio se ha llevado a cabo un análisis exhaustivo de los expedientes relevantes en la materia que obran en poder de la Fundación Raíces. Como resultado de este convenio se presentó el 30 de abril de 2014 el informe “Solo por estar solo”, que denunciaba que numerosas malas prácticas de la Administración a la hora de determinar la edad violaban los derechos de los menores. Una de las conclusiones plasmada en la Memoria es que las pruebas para la determinación de la edad en España se han practicado en muchas ocasiones a jóvenes que portaban documentación válida que acreditaba su minoría de edad, contraviniendo así los términos y el procedimiento establecidos por la LOEx y el REx. Además, se señala que *las Administraciones públicas han priorizado en numerosos casos el resultado – siempre relativo- de las pruebas médicas de determinación de la edad sobre la documentación considerada válida portada por los menores, y que algunas autoridades españolas han despreciado de forma*

*arbitraria la validez de pasaportes emitidos por países con representación diplomática en nuestro país y que habían certificado su autenticidad.*<sup>38</sup>

- El portavoz de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, Francisco Solans, recuerda que en la legislación española “si se presenta un documento expedido por autoridades de otro país, la única forma de ponerlo en duda es una impugnación por falsedad para que después un juez decida si es o no verdadero”. Según afirma, “el fiscal no es quién para no fiarse de un documento con el sello de las autoridades de otro país”.
- De acuerdo con el Informe anual del Defensor del Pueblo de 2017 “han sido numerosas también las quejas recibidas durante 2017 relativas a la adecuación con el estado actual de la ciencia forense de las pruebas médicas realizadas en los procedimientos de determinación de la edad”<sup>39</sup>. En el mismo se recuerdan una serie de recomendaciones, y a la Fiscalía General, en concreto, se le recuerda:

“que una vez recabado el informe médico forense, y antes de dictar el decreto por el que se fija la edad, se celebre una comparecencia con el interesado con la debida asistencia y en presencia de intérprete, en caso de resultar necesario, en que se le pondrá de manifiesto el resultado de dicho informe, con indicación de las pruebas utilizadas, a fin de que puedan formularse las alegaciones que se estimen oportunas”<sup>40</sup>.

- La Fundación Raíces y Nove Vies en el Informe Alternativo al V y IV informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y sus protocolos facultativos presentado por España, exponen que:

“En muchos casos, los MENA con partidas de nacimiento y pasaporte o documento equivalente de identidad del que resulta su minoría de edad, al ser localizados por las autoridades policiales y puestos a disposición de los servicios de protección, una vez allí y de manera sistemática, son llevados a Fiscalía de Menores a fin de determinar su edad, estén o no documentados, tengan o no clara

---

<sup>38</sup> Memoria de la Abogacía Española 2014 – informe de las actividades de los órganos de Gobierno p. 75 - <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/06/Memoria-2014-red.pdf>

<sup>39</sup> Informe anual del Defensor del Pueblo 2017 (pág. 270).

<sup>40</sup> Informe anual del Defensor del Pueblo 2017 (pág. 272).

apariencia de menor de edad y manifiesten lo que manifiesten los menores, siendo habitualmente tratados como extranjeros “indocumentados”. Y así, pasando por alto la presunción de minoría de edad y el interés superior del menor, según resulta de su documentación y, sin cuestionar su validez o probar su falsedad, son sometidos a pruebas radiológicas de determinación de edad; haciendo prevalecer la edad que resulta de estas pruebas a la que indica su documentación”.

En este punto, una vez localizado el MENA y en base a lo expuesto y al art. 190 REx, la actuación a seguir es distinta si el menor está documentado o si no lo está, o, si estándolo, su documentación presenta indicios de falsedad.

***a) Menor documentado***

Cuando la minoría de edad del menor extranjero sea indubitada, se realizarán las correspondientes diligencias de reseña dactilar y cotejo en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, procediendo a inscribirlo si no lo estuviera. En cualquier caso, se hará entrega inmediata del menor a la Entidad pública de protección de menores de lugar de localización, y se comunicará al Ministerio Fiscal su localización y su situación registral.

***b) Menor no documentado o cuya documentación presenta indicios de falsedad***

En el caso de extranjeros cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad por encontrarse no documentados o por presentar su documentación indicios de falsedad, los funcionarios de la Brigada o Unidad de Extranjería y Fronteras lo comunicarán a la Entidad Pública de Protección de Menores del lugar de localización para dar constancia del hecho. Se obtendrá la reseña del menor, que comprenderá la impresión decadactilar y la fotografía del menor. Se dará traslado de la reseña a la correspondiente Unidad de Policía Científica de la Policía Nacional, a fin de que se compruebe si el menor se encuentra reseñado, expidiendo certificación negativa en el supuesto de que no figure previamente identificado. La Brigada de Extranjería y Fronteras consultará el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, actuando conforme a lo previsto en las instrucciones del Secretario del Estado de Seguridad sobre funcionamiento del RMENA, realizando los trámites pertinentes según el menor figure o no inscrito en el Registro. Cuando no esté inscrito, una vez registrado se procederá a asignarle un Número de Identidad de Extranjero (NIE) vinculado al Número de Identidad Personal (NIP). Estas



gestiones se comunicarán a la mayor brevedad posible al Ministerio Fiscal y, en su caso, al Cuerpo policial que inició las actuaciones.

En caso de duda sobre la minoría de edad, bien porque el menor no tiene documento que lo identifique, o bien porque se dude de la fiabilidad de tal documento, para que se puedan realizar pruebas de determinación de la edad, el Ministerio Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad sobre las razones por las que se considera que ese documento no es fiable y, en todo caso, cualquier duda basada en la apariencia física deberá resolverse a favor del menor. Por ello, corresponde al Ministerio Fiscal la responsabilidad de ordenar la incoación del expediente para la práctica de las pruebas médicas de determinación de edad de aquellos extranjeros cuya minoría de edad no se pueda establecer con seguridad (art. 35.3 Ley de Extranjería y punto 1 del Apartado primero del Capítulo V del Protocolo Marco). No se pueden autorizar pruebas médicas de determinación de la edad si no consta la reseña o la comprobación con el Registro de Menores No Acompañados y su resultado. No cabe que la decisión de autorizar la realización de pruebas médicas la adopte la Policía y comunique luego sus resultados al Ministerio Fiscal, pues la procedencia de autorizar las pruebas médicas sobre el interesado, esté o no documentado, corresponde en exclusiva al Fiscal.

Para que el Fiscal pueda autorizar la práctica de las pruebas médicas, el interesado ha tenido que ser fehacientemente informado, en el modelo que consta como Anexo III del Protocolo marco y prestar su consentimiento. En tal caso, los funcionarios de la Brigada de Extranjería y Fronteras levantarán acta conforme a dicho modelo. El interesado podrá retirar su consentimiento en cualquier momento antes de la práctica de las pruebas médicas, en cuyo caso cesarán o se dejarán sin efecto las mismas, valorándose del mismo modo que si se tratase de una negativa precedente. En el supuesto en el que el interesado no preste su consentimiento, será llevado a presencia del Fiscal, que resolverá lo procedente en relación con la determinación de su edad.

Las pruebas médicas que se realizan son las oseométricas, en las que se comparan las radiografías de la mano y de la muñeca izquierda del menor con unas tablas que datan del año 1935. Estas tablas se crearon para determinar patologías en el crecimiento y no para determinar la edad, por lo que no se consideraron en su configuración diferencias raciales, étnicas, nutricionales, medioambientales, psicológicas y culturales, que tienen una influencia directa en el desarrollo y crecimiento del niño. Por este motivo, las pruebas óseas tienen un margen de error de unos 18 meses, por lo que su eficacia es dudosa, sobre

todo si el individuo tiene una edad comprendida entre los 16 y 18 años. Por ello, la Instrucción 2/2001 del Ministerio Fiscal establece que en las pruebas donde se fija una horquilla de edad más o menos amplia, como es el caso de la prueba ósea, se debe establecer como edad el límite inferior de la horquilla.

En relación con esto:

<<"algunos expertos advierten del amplio margen de error de este examen, y aseguran que se expone a los niños a una radiación innecesaria. El Programa Menores No Acompañados en Europa [Separated Children in Europe], una iniciativa conjunta del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Alianza *Save the Children* en Europa, señala que las tablas óseas existentes están desfasadas y se basan sobre todo en las medidas físicas de individuos de raza blanca. Dado que no contemplan la influencia de factores nutricionales, medioambientales, sociales, geográficos y étnicos no deben usarse en determinaciones de edad. En consecuencia, el programa recomienda que la determinación de la edad se centre más en factores psicológicos que físicos. La Declaración de Buena Práctica del programa dice así: "Es importante señalar que la determinación de la edad no es una ciencia exacta y que el margen de error es considerable". Y señala también: "A la hora de determinar la edad de los niños no acompañados hay que concederles el beneficio de la duda".>><sup>41</sup>

Siguiendo la línea de esta crítica, un informe de Médicos del Mundo (MdM)<sup>42</sup> también expone que el margen de error de estas pruebas suele ser de dos años y que el nivel de subjetividad es demasiado alto.<sup>43</sup> MdM concluye que "tales pruebas van en contra de la dignidad de los menores y se debe hacer un esfuerzo por poner por delante siempre el interés superior del menor. Como menciona esta organización (cuya legitimidad recae en que se trata de profesionales de la medicina), los migrantes no deberían enfrentarse a un muro el día siguiente al que cumplen 18 años; precisamente porque los factores físicos,

---

<sup>41</sup> Informe HUMAN RIGHTS WATCH: España y Marruecos. Callejón sin salida: abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes, vol. 14, No 4 (D), mayo de 2002. p. 27.

<sup>42</sup> Médicos del Mundo: realizan la 1ª atención médica para personas con necesidades de salud. Ofrecen atención psicológica y social. En caso de que a través del psicólogo se detecten casos que requieran una protección especial, se derivan al ACNUR.

<sup>43</sup> FELTZ, V. Age assessment for unaccompanied minors. When European countries deny children their childhood, Doctors of the World, MdM International Network Head Office, 28 August 2015, p. 14

sociales o psicológicos que definen a los menores como vulnerables no desaparecen tampoco de un día para otro”<sup>44</sup>

El decreto del Ministerio Fiscal resolviendo sobre la minoría o mayoría de edad del afectado tiene carácter meramente provisional, pudiendo ser modificada la resolución adoptada, tanto de oficio como a instancia de quien ostente un interés legítimo, cuando se aporten datos o circunstancias sobrevenidas o que, siendo preexistentes, no se hubieran valorado por haberse conocido con posterioridad a la decisión adoptada.

#### **2.4. Registro de Menores No Acompañados**

Los niños deberán ser inscritos mediante entrevistas y, además del registro inicial de datos biográficos básicos, el expediente debe incluir un historial social del niño, que debería integrarse a través del tiempo, lo cual debe acompañar al niño cada vez que se realice un cambio de ubicación o una transferencia de cuidado.<sup>45</sup> Ese expediente contribuirá a asegurar que las acciones subsiguientes se realicen de conformidad con el interés superior del menor.

El Registro de Menores Extranjeros No Acompañados se regula en el art. 215 REx, el cual determina que en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil deberá existir un Registro de Menores no Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal por el art. 35 LOEx, en el ámbito de su función de garante y protector del interés superior del menor.

El Registro contendrá los datos referentes a la identificación de los MENAS, documentados e indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización o haya sido determinada por Decreto del Ministerio Fiscal.

Para garantizar la exactitud e integridad del Registro, el Ministerio Fiscal podrá requerir a los Servicios Públicos de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías autonómicas, Policías locales, Instituciones Sanitarias y a

---

<sup>44</sup> GONZÁLEZ, S. A. B. El derecho de los refugiados en la Unión Europea: un análisis de la situación de las y los menores de edad no acompañados. *Documentos de trabajo (IELAT, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos)*, (106), 2018, p. 48

<sup>45</sup> Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados

cualquier otra entidad pública o privada, la remisión de cuantos datos obren en su poder sobre menores extranjeros no acompañados. Dichos datos serán remitidos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil para la actualización del Registro.

El Defensor del Pueblo en su Informe Anual de 2016 considera que el registro inmediato de los datos de los menores extranjeros no acompañados, tras ser localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, constituye una herramienta fundamental para su protección efectiva.<sup>46</sup>

### **3. ESTUDIO DEL CASO Y EVALUACIÓN**

El final del recorrido migratorio del MENA será el momento en que se adopta y ejecuta una decisión administrativa definitiva sobre su futuro. Una vez que se determina la condición de menor y se verifica la situación de desamparo del MENA, su condición de extranjero conlleva la aplicación de un régimen jurídico especial, el régimen de extranjería, salvo que pueda ser beneficiario del régimen comunitario o de asilo y refugio, circunstancia que ocurre en muy escasas ocasiones. La competencia decisoria sobre la situación del menor migrante corresponde a la Administración del Estado, mientras que los Servicios de Protección de Menores van a asumir una mera función consultiva o informativa.<sup>47</sup> Sin embargo, en el proceso de información y decisión sobre el menor inmigrante, acaba ejerciendo un papel protagonista, pues la decisión que finalmente se adopte va a depender en gran medida de la información que recabe y aporte el Servicio de Protección de Menores a la Administración del Estado.

“La responsabilidad que ostentan los Servicios de Protección del Menor respecto de los menores que se encuentra bajo su guarda o tutela, y cuyos derechos tiene la misión de proteger, implica que deben tratar de profundizar al máximo en la investigación sobre las circunstancias personales y familiares del menor a fin de asegurarse de que la decisión que finalmente se adopte sobre su futuro sea lo más ajustada posible al principio de prevalencia del interés superior del menor”.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> “Informe anual 2016 y debates en las Cortes Generales”, entregado por la defensora del pueblo, a la presidenta del Congreso de los Diputados y al presidente del Senado el 28 de febrero de 2017 - [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe\\_anual\\_2016.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe_anual_2016.pdf)

<sup>47</sup> 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*, 2007. pp. 2-40.

<sup>48</sup> Ídem.

La búsqueda de una solución duradera para el menor, es decir, la elección de si el menor no acompañado debe ser repatriado o permanecer en España, se debe guiar por el principio del interés superior del menor.

### **3.1. REPATRIACIÓN**

Ante la presencia de un MENA en España, una vez identificado, en primer lugar, se intentará su reagrupación familiar en origen, fundamentándose en el principio de que todo menor debe estar integrado en su familia y/o en su entorno social, siempre y cuando no sea contrario a su interés<sup>49</sup>. Es decir, en cualquier caso, la decisión de repatriación debe atender al interés superior del menor, ya que, como se viene diciendo, y, citando a Alicia López de los Mozos Díaz-Madroñero, “los derechos de un menor, independientemente de su condición de extranjero, inmigrante, situación regular o irregular, deben estar por encima de cualquier política transfronteriza”<sup>50</sup>. La Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre dice que “la repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país”. La repatriación del menor no es, en ningún caso, una sanción ni debe encubrir una sanción de expulsión, y solo procederá tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

Para resolver si el menor debe reintegrarse con su familia en su país de origen o si respondiendo a su interés general es mejor que permanezca en España, se inicia un procedimiento en el que las distintas Administraciones competentes deberán averiguar la identidad del menor inmigrante y cuáles son sus circunstancias personales y socio-familiares. La decisión sobre la repatriación del menor inmigrante o su permanencia en España está íntimamente ligada a la información que pueda conseguirse sobre sus circunstancias personales y familiares y sobre su país de origen, por lo que es necesario que analicemos detalladamente las cuestiones que surgen en el proceso de recogida de

---

<sup>49</sup> Art. 11.2 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

<sup>50</sup> LÓPE DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A., “La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N°21/1er Semestre 2013, pp. 157 – 180.

información por parte de las administraciones públicas relativas a las circunstancias personales del menor inmigrante.<sup>51</sup>

La repatriación de los MENAs a su país de origen se prevé en el art. 35.3 LOEx, que dispone que: *la Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación*. Los arts. 191 al 195 REx están dedicados a la regulación del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado, y las actuaciones previas imprescindibles que habrán de practicarse.

Lo primero que se debe hacer es informarse acerca de cuál es la situación de origen del menor, para lo que se regula la existencia de un modelo tipo, en el que se solicitan, entre otros datos, los relativos a la filiación del menor y a las circunstancias sociales y familiares de su entorno en el país de origen. Para ello, la Delegación o Subdelegación del Gobierno, a través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, solicitará informe de la representación diplomática del país de origen del menor sobre las circunstancias familiares de éste, así como cualquier información sobre la situación del menor de la entidad que tenga atribuida su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. El periodo de identificación de las familias dura, generalmente de tres a seis meses. Cuando según los informes se considere que el interés del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen, se acordará el inicio del procedimiento de repatriación del menor. Si se tratase de un país de origen que no cuenta con representación diplomática en España, el informe será solicitado a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios.

El procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la Entidad pública que ejerce la tutela del menor. El acuerdo de incoación del procedimiento será notificado inmediatamente al menor, al Ministerio Fiscal y a la Entidad de Protección que ostente su tutela legal, además cualquier actuación o incidencia que se produzca en el procedimiento será comunicada al Ministerio Fiscal a la mayor brevedad posible. El menor ha de ser informado por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la

---

<sup>51</sup> op. cit.

incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asinten, con especial atención a la asistencia de intérprete si no comprendiera o hablara el español.

Iniciado el procedimiento de repatriación, el reglamento prevé la posibilidad de que, en el plazo de diez días hábiles a computar desde el siguiente a la correspondiente notificación, el menor extranjero, la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, el Ministerio Fiscal puedan formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas. En el caso de que sea el menor quien quiera formular las alegaciones se prevé que si ha alcanzado la edad de dieciséis años, pueda intervenir por sí mismo o a través del representante que designe, y en caso contrario, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, salvo que teniendo suficiente juicio, alegue una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, en cuyo caso se suspendería el procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. En este plazo de diez días, también intervendrá la Delegación o Subdelegación del Gobierno, recabando información no presentada anteriormente sobre la situación del menor en España. La audiencia del menor será documentada en un acta a la que se incorporarán como anexo cuantos documentos y justificantes se aporten.

También existe periodo de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, para que puedan practicarse las pruebas que resulten pertinentes. Incorporados al expediente todos los datos y pruebas, comenzará el trámite de audiencia que finalizará con la resolución del procedimiento. En el trámite de audiencia se garantizará la presencia del menor que tuviere suficiente juicio para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación. A este trámite serán convocados el Ministerio Fiscal, el tutor y, en su caso, el defensor judicial o representante designado por el menor. La audiencia será documentada en un acta a la que se incorporarán como anexo cuantos documentos y justificantes se aporten.

De acuerdo con el art. 194.2 REx, “realizado el trámite de audiencia, el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España”, indicando los recursos que procedan, tanto en vía administrativa como en vía judicial, frente a dicha resolución. La resolución dictada podrá fin a la vía administrativa, será grabada en la aplicación informática del Registro de MENA, y se notificará en el plazo de diez días al menor o, en su caso, a su

representante, así como al Ministerio Fiscal y a su tutor. El plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento será de seis meses desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento. En caso de optar por la primera solución, la resolución debe establecer si la repatriación será realizada en base a la reagrupación familiar o mediante su puesta a disposición de los servicios de protección del menor de su país de origen.

Cumplidos los trámites anteriores, y una vez que la resolución de repatriación adquiere firmeza, es ejecutada y, según lo dispuesto en el art. 195 REx, el menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen. La ejecución de la repatriación se notifica a la Entidad de Protección de Menores y a la Fiscalía.

Por último, el Reglamento establece que la repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. Si estos no se hicieran cargo, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos y, subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación, salvo en lo relativo al desplazamiento del personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor.

En la práctica seguida en España en los procesos de repatriación de MENAs se han detectado una serie de dificultades, tales como problemas en la averiguación de las circunstancias personales, familiares y sociales de los menores en su país de origen; dificultades de los menores para acceder a un asesoramiento jurídico independiente de su Entidad tutora; o las dificultades que tienen las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno para llevar a cabo las repatriaciones de los menores extranjeros no acompañados.

### **3.2. PERMANENCIA EN EL TERRITORIO ESPAÑOL E INTEGRACIÓN**

La imposibilidad a nivel práctico de facilitar la reagrupación familiar, o la inadecuación de esta alternativa atendiendo al interés superior del menor, puede llevar a la conclusión de que lo más conveniente para el menor es la permanencia en España. La Administración General del Estado acordará la permanencia del MENA en territorio español y el menor quedará a cargo del Servicio de Protección de menores.



A pesar de que se considera que todo menor extranjero que esté tutelado por los Servicios de Protección de menores se encuentra en situación administrativa regular<sup>52</sup>, esta condición solo tendrá validez hasta el momento en que cumpla los 18 años.<sup>53</sup> Por ello, hay que proceder a la tramitación de las autorizaciones de residencia y trabajo. De acuerdo con el art. 10.4 LOPJM, cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, a la mayor celeridad, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen. Es decir, si no se ha producido la repatriación, transcurridos nueve meses desde que le menor fue puesto a disposición de los Servicios de Protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia.

Sobre la residencia y la documentación a facilitar a los MENA tratan los artículos 196 al 212 REx. El art. 196 también establece que una vez que 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 art. 35.7 LOEx. Este último artículo dispone: *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.*

El procedimiento relativo a la autorización de residencia lo iniciará la Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor, de oficio, por orden superior o a instancia de parte. Si se

---

<sup>52</sup> Art. 35.7 LOEx.

<sup>53</sup> *Save the Children* con la Cofinanciación de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional, Informe *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*. Pág. 9. Disponible en línea en: [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/proteccion\\_juridica\\_menores\\_extranjeros\\_no\\_acompanados\\_andalucia.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/proteccion_juridica_menores_extranjeros_no_acompanados_andalucia.pdf) (enlace consultado a fecha de 1 de junio de 2018).

inicia de oficio, la Oficina de Extranjería comunicará el acuerdo de inicio y requerirá la documentación preceptiva al Servicio de Protección de menores.

La correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno resolverá sobre el procedimiento y notificará a la resolución al menor en el plazo máximo de un mes. La resolución será comunicada al Ministerio Fiscal en el plazo de diez días desde que se dicte. El representante del menor deberá solicitar personalmente, en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución, y ante la Oficina de Extranjería correspondiente, la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

La autorización de residencia tendrá una vigencia de un año, retrotrayéndose su eficacia a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se determinó la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores. La autorización de trabajo concedida de acuerdo con lo previsto en el art. 40.1.i) LOEx, tendrá la duración de la actividad en relación con la cual haya sido concedida, salvo que ésta exceda del tiempo que reste de vigencia de la autorización de residencia.

La Oficina de Extranjería competente iniciará de oficio el procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. El inicio del procedimiento prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. Procederá la renovación de la autorización cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial. La vigencia de la autorización renovada será de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

Sin embargo, lo que ocurre es que, en muchos casos, los menores cumplen los 18 años antes de conseguir la autorización de residencia, “lo que les lleva a una situación de irregularidad y marginalidad al alcanzar la mayoría de edad. Acaban en la calle o buscándose la vida como pueden (explotación, delincuencia...). Es decir, se imposibilita su integración social”.<sup>54</sup> Los menores 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 que alcanzan la mayoría de edad, pierden ese derecho y pasan a

---

<sup>54</sup> Ibid. Pág.10

encontrarse en una situación de irregularidad. José Chamizo de la Rubia, Defensor del Pueblo Andalúz desde 1996 hasta mayo de 2013, argumenta que:

La cuestión que planteamos no es baladí, por cuanto ese plazo de 9 meses se convierte con frecuencia en un obstáculo insalvable para la regularización de aquellos menores inmigrantes que acceden a los servicios de protección con edades muy próximas a la mayoría de edad. De hecho, lamentablemente a nuestra oficina están llegando quejas, básicamente de la provincia de Sevilla, en la que la Delegación Provincial para la Igualdad y Bienestar Social está paralizando la labor investigadora sobre aquellos menores que se encuentran próximos a cumplir 18 años, lo que les impedirá regularizar su situación antes de abandonar el sistema de protección de menores. Aprovecho la oportunidad que se me brinda en esta sesión para manifestar públicamente que todos los menores extranjeros no acompañados deben ser investigados, sea cual fuere su edad, y si dicha investigación se concluye antes de que transcurran los nueve meses antes aludidos y de la misma se deduce la conveniencia de su permanencia en España, se debe elevar con urgencia el informe a la autoridad gubernativa interesando de la misma la expedición del permiso de residencia. Lamentablemente, la situación denunciada conlleva en muchas ocasiones que menores inmigrantes con una permanencia en centros de protección superior a veces al año, se vean obligados a abandonar el sistema de protección por alcanzar la mayoría de edad, sin disponer de documentación alguna que acredite la regularidad de su situación en España.<sup>55</sup>

Isabel Lázaro González se unió a esta crítica:

(...) Debo añadir que, además, no comprendo por qué se ha establecido un periodo de nueve meses, junto a la exigencia de haber intentado la repatriación con su familia o al país de origen, para proceder a otorgar la autorización de residencia al menor<sup>56</sup>

El art. 196 REx establece que en el supuesto de que un MENA alcance la mayoría de edad encontrándose tutelado por una entidad de protección de menores, siendo titulares de una autorización de residencia conforme a lo anteriormente expuesto, podrán solicitar la renovación de la misma en el modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia.

---

<sup>55</sup> Ibid. Pág. 25

<sup>56</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I., Menores extranjeros no acompañados. La situación en España. Prolegómenos. Derechos y Valores 2007, X (enero-junio) Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601909> ISSN 0121-182X (Fecha de consulta: 1 de junio de 2018)

En cambio, cuando el MENA acceda a la mayoría de edad sin haber sido previamente titular de una autorización de residencia, el art. 198 LREx dispone que, si los menores han participado adecuadamente en las actividades formativas y actividades programadas por la entidad del Servicio de Protección de menores para favorecer su integración social, se le podrá conceder una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Pues, el hecho de no contar con autorización de residencia, no supondrá un 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, repercuten en su beneficio.

A los extranjeros mayores de dieciséis años, junto con la autorización de residencia se concederá la autorización de trabajo (ex art. 36 LOEx). De acuerdo con el art. 196.4 REx esta autorización tendrá la duración de la actividad en relación con la cual haya sido concedida, salvo que ésta exceda del tiempo que reste de vigencia de la autorización de residencia.

Fundación Raíces y Noves Vies critican en el mencionado Informe alternativo al V y VI informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y sus protocolos facultativos presentado por España, que:

Los MENA que ingresan en el sistema de protección de menores y tienen o alcanzan la edad laboral (16 años) no pueden solicitar y no se les concede una autorización de trabajo. Esto supone un trato discriminatorio hacia los MENA con respecto a los menores españoles tutelados, los cuales a partir de los 16 años, ya pueden obtener un permiso de trabajo e incorporarse en el mundo laboral. En cambio, los MENA, deben haber alcanzado la mayoría de edad, deben ser titulares de una autorización de residencia y deben solicitar la modificación de la autorización de residencia para la obtención de una autorización de residencia y trabajo. Este trato discriminatorio hacia los MENA del Estado español supone una clara vulneración del artículo 2 CDN.<sup>57</sup>

Y recomiendan que “cuando el MENA tenga edad laboral al momento de ser puesto a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores, se le deberá conceder automáticamente una autorización de residencia y

---

<sup>57</sup> Informe Alternativo al V y IV Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas por sus protocolos facultativos presentado por España. Pág. 24- (enlace:)9 <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2018/01/Informe-alternativo-MENA-en-Espan%CC%83a.pdf> )

trabajo (dentro de un mes/lo antes posible) inmediatamente después de su puesta a disposición.”<sup>58</sup>

La LOPJM en su art. 10.3 establece que los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las Administraciones públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, garantizando el cumplimiento de los derechos comprendidos en la ley. Los poderes públicos tendrán como objetivo lograr la plena integración de los MENA mientras permanezcan en territorio español.

### **3.3. OTRAS MODALIDADES DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN**

#### **A. Acogimiento en familia extensa**

El art. 35 de la LOEx no hace ninguna referencia al acogimiento de MENA por parte de algún miembro de su familia. A raíz de los trabajos de investigación que se inician cuando un menor es detectado por los servicios de protección autonómica, muchas veces aparecen familiares que residen en España, en la misma o en otra comunidad autónoma, o en un tercer país. A pesar del vacío legal, esta medida es tenida en cuenta por los Servicios de Protección como una opción válida para resolver la situación de desamparo de estos menores, con la única excepción de Euskadi, que en general no cuenta con esta medida ya que “el volumen de población extranjera adulta está muy por debajo de las otras comunidades, y por lo tanto la posibilidad de que se encuentren familiares adultos de estos menores en esta comunidad es escasa”.<sup>59</sup>

Desde la instancia fiscal de menores se tienen verdaderas dudas de que todos estos menores que protagonizan entradas y salidas continuadas de los centros y que son recogidos por algún miembro de la familia extensa o hermanos estén realmente “acompañados” y no estén siendo utilizados por parte de adultos sin ningún tipo de vinculación.

---

<sup>58</sup> Ibid. Pág. 25.

<sup>59</sup> QUIROGA, V., ALONSO, A. y SORIA, M. Sueños de bolsillo. *Los y las menores migrantes no acompañados/as en España*. Madrid: UNICEF, 2010.

## **B. Retorno voluntario**

El regreso voluntario es definido por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) como “el regreso independiente o asistido al país de origen, de tránsito o a un tercer país basado en la libre voluntad de la persona que vuelve”. Según el Informe elaborado por el Grupo de investigación IFAM:

“conocer el número de “retornos voluntarios” que se han efectuado no es posible puesto que no existe ningún registro que sistematice esta información ni desde los servicios de protección al menor de las comunidades autonómicas ni desde las subdelegaciones del gobierno; Si el acceso a los datos sobre las repatriaciones y la coherencia en las cifras era difícil de ejecutar, el acceso a los datos relativos a los casos de retornos voluntarios es imposible”.<sup>60</sup>

## **C. Medida excepcional: Solicitud de asilo**

El estatuto de refugiado<sup>61</sup> supone una protección estable y completa: el permiso permanente para residir y trabajar en el país de acogida. La Observación General N° 6, párrafo 66 indica que: *Los menores no acompañados o separados, independientemente de su edad, podrán acceder a los procedimientos de asilo y a otros mecanismos orientados a la protección internacional. Y en la ya mencionada Declaración de Buenas Prácticas se recoge lo siguiente:*

“Algunos menores no acompañados y separados viajan a Europa o dentro de Europa porque huyen de la persecución, del reclutamiento militar forzoso, de conflictos o de la inestabilidad política y social. A estos menores no se les debe negar nunca el acceso a los procedimientos que garanticen su protección internacional, incluyendo, cuando sea necesario, la consideración del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Convención de los Refugiados de 1951, con independencia de su edad, país de origen, método de viaje, ruta o del carácter legal o ilegal de su entrada y movimientos en Europa”.<sup>62</sup>

De acuerdo con el Estudio sobre el Asilo en España, de junio de 2016, del Defensor del Pueblo, “las circunstancias específicas a las que se enfrentan los niños solicitantes de asilo, como individuos con solicitudes independientes a la condición de refugiado, no son

---

<sup>60</sup> Ídem.

<sup>61</sup> La Convención de Ginebra de 1951 define al refugiado como aquella persona que se encuentra fuera de su país de origen y no puede o no quiere retornar debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.

<sup>62</sup> Declaración de Buenas Prácticas, 2009, p. 17.

generalmente bien entendidas, pues se tiende a percibirlos como parte de una familia, y no como personas con sus propios derechos e intereses”.<sup>63</sup>

La UE ha ido creando una política común de asilo para que los posibles solicitantes de asilo rechazados en un país no vuelvan a solicitar asilo en otro país del espacio de Schengen. Además, esta política común dio lugar a nuevas normas para asegurar que el solicitante de asilo sea tratado de igual forma, con independencia del país de la UE en el que formule su solicitud:

- El Reglamento de la UE nº604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Reglamento de Dublín III), que regula qué país de la UE debe aprobar una solicitud de asilo y refugio.
- La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva de Calificación), que establece las normas sobre la acogida de nacionales de terceros países y apátridas que piden protección internacional.
- La Directiva 2013/33/UE refundida sobre condiciones de acogida del Parlamento Europeo y del Consejo, que regula el trato a las personas que piden protección internacional. (Diario Oficial de la UE, L 180 de 29.6.2013).
- La Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (Directiva de Procedimientos de Asilo de 2013) (Diario Oficial de la UE, L 180 de 29.6.2013).
- La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular en territorio de la UE (Diario Oficial de la UE, L 348 de 24.12.2008).

La Directiva de Procedimientos de Asilo de 2013 dedica su art. 25 a las garantías de las solicitudes de asilo de los menores no acompañados y regula los deberes de los Estados miembros. Entre ellos, el nombramiento de representante y sus deberes, asesorar al menor respecto de la entrevista, la presencia de abogado en la misma y la competencia del entrevistador y del funcionario que prepara la propuesta de resolución. La protección internacional de asilo ofrece al menor una protección específica, brindándole la garantía

---

<sup>63</sup> Estudio del Defensor del Pueblo sobre: El Asilo en España, La protección internacional y los recursos del sistema de acogida. Madrid, junio 2016.

de que no será devuelto, ni de niño ni de adulto, al país del que huyó por un motivo objetivo de persecución.

Uno de los posibles problemas que surgen a nivel procedimental en la UE es ver qué Estado miembro debe examinar las solicitudes de asilo, ya que no existen fronteras internas. El Reglamento de Dublín III de 2013 determina que las solicitudes realizadas por MENA sean examinadas por el Estado miembro en el que legalmente se encuentre un miembro de la familia o un hermano del menor y, en caso de que no hubiese familia en un Estado miembro, aquel en el que el menor presentó la solicitud de asilo.<sup>64</sup> En los países del norte y centro de Europa, como Alemania, Suecia o Bélgica, es más frecuente que estos menores sean solicitantes de asilo, que en los países del sur (como España, Italia o Grecia), donde la regulación jurídica del derecho de asilo es más estricta, y por lo tanto son menos los que acceden a la condición de asilado o refugiado<sup>65</sup>.

La regulación legal de las condiciones de acogida de refugiados en España la realiza la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (Ley de Asilo). En su Título V, se establece un procedimiento para el tratamiento de las solicitudes de los MENA, a fin de dotarlas de más garantías. Sin embargo, en España no se ha redactado un reglamento de asilo en el que se regulen las condiciones de acogida. *Save The Children*, en su Informe *Los más solos* pide la adopción de un reglamento para la Ley Reguladora del Derecho de Asilo que introduzca un procedimiento específico para que los MENA que llegan a España tengan la posibilidad de solicitar asilo independientemente de su familia.<sup>66</sup>

“Este vacío normativo tiene importantes consecuencias para los menores beneficiarios de protección internacional y solicitantes de asilo en España, puesto que las actuaciones dirigidas a acogerles, están salpicadas de un grado importante de inseguridad jurídica y discrecionalidad de los funcionarios y personal responsable de aplicar la Ley en la práctica,

---

<sup>64</sup> Unión Europea. *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014, p. 232

<sup>65</sup> DURÁN RUIZ, F. J. Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros. *Trace. Travaux et recherches dans les Amériques du Centre*, (60), 2011, pp. 9-24.

<sup>66</sup> *Save The Children*, en su Informe *Lo más solos* pide la adopción de un reglamento para la Ley Reguladora del Derecho de Asilo que introduzca un procedimiento específicos para que los MENA que llegan a España tengan la posibilidad de solicitar asilo independientemente de su familia.



y ello a pesar de que diversos manuales de gestión y otras instrucciones administrativas intentan remediarlo, al menos parcialmente”.<sup>67</sup>

El número de MENA que solicitan protección internacional en España es muy reducido. El número de solicitudes de protección internacional formuladas durante el año 2014 fue de 15, en el año 2015 hubo un total de 25 peticiones, en 2016, 30 y en 2017, 20. En Grecia, por ejemplo, en 2017 hubo 2.455 solicitudes de asilo, en Alemania, 9.085, y en Italia, 10.005.<sup>68</sup>

Tal y como dice el Defensor del Pueblo en el informe citado recientemente, las bajas cifras de demandas de protección internacional presentadas por MENA en España son llamativas. De acuerdo con el Informe *Los más solos* de *Save the Children*, “el Ministerio de Interior ha comunicado recientemente que en los últimos cinco años han pedido asilo un total de 100 niños y niñas, y que se ha resuelto favorablemente la solicitud de 31 de ellos y ellas, lo que supone una tasa de reconocimiento del 31%. Esto significa que 2 de cada 3 peticiones tramitadas por menores no acompañados han sido rechazadas, siendo este el mismo trato que se reserva a las solicitudes tramitadas por personas adultas”.<sup>69</sup>

## V. CONCLUSIONES

Las crisis humanitarias, el hambre, los conflictos armados, la violencia o la desprotección obligan a muchos niños a abandonar sus hogares y sus países y emprender solos un viaje en busca de seguridad, una oportunidad y un futuro próspero. La duración de esos viajes hacia Europa puede ser de meses o de incluso varios años. Sin embargo, la realidad con la que se encuentran al llegar a España puede distar mucho de las expectativas que les impulsaron, en la mayoría de las ocasiones, a llegar a jugarse la vida para poder acceder al territorio español.

El cumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones internacionales y europeas se concretiza mediante sistemas internos de protección (protocolos dedicados a

---

<sup>67</sup> MATEOS, S. C., ASTETE, S., y ABAITUA, C. J. El sistema de acogida español en una crisis con rostro de niño. *Documentación social*, (180), 2016, pp. 167-184.

<sup>68</sup> EUROSTAT. Asylum applicants considered to be unaccompanied minors - annual data. Recuperado de <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tps00194&plugin=1>. (enlace consultado a fecha de 2 de junio de 2018).

<sup>69</sup> Save the Children, Informe *Los más solos* pág. 57. Recuperado de [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/los\\_mas\\_solos\\_vok.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/los_mas_solos_vok.pdf)

la protección y al régimen jurídico de los MENA). No obstante, algunas prácticas de los Estados miembros plantean problemas respecto del cumplimiento de dichas obligaciones.

El estudio de este colectivo y, en particular, el análisis del procedimiento de actuación que se lleva a cabo desde que se localiza a un menor inmigrante que no está acompañado por su madre, padre, tutor legal, o un adulto que se haga cargo de él, hasta que se regula su situación, me ha llevado al desarrollo de una serie de conclusiones.

En primer lugar, quiero destacar la necesidad de priorizar la condición de menor de edad sobre la de extranjero. La Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados parte, como España, deben respetar los derechos enunciados en la misma, sin ningún tipo de distinción, independientemente de la raza, el color, el sexo, el origen nacional, étnico o social... Es decir, independientemente de cualquier condición del niño, los MENA deberían de ser tratados del mismo modo que los niños nacionales del Estado parte. Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, y los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger a los menores de toda forma de discriminación. Sin embargo, desde su llegada, pueden apreciarse situaciones en las que no se les trata priorizando la condición de niño, sino la de extranjero, al no darles la misma atención que al resto de menores en situación de desamparo. Por ejemplo, se han denotado casos en los que los MENA han sido detenidos en las dependencias de la Fiscalía de Menores, por no haber plazas vacantes en los centros de acogida. Muchos acaban durmiendo en albergues para adultos o en instalaciones que no reúnen los mismos estándares con los que se acoge a otros niños en situación de desamparo. Esto lleva a que muchos opten por abandonar los centros de protección y acaben viviendo en la calle, situación que no se debería tolerar nunca para un niño, y que no conduce a su integración sino a su marginación.

En segundo lugar, una actuación muy cuestionable en el procedimiento es la realización de las pruebas de determinación de la edad. Actualmente, conforme a la doctrina del TS, es contrario a Derecho promover la realización de pruebas médicas que tengan como finalidad determinar la edad de un extranjero no acompañado siempre que éste porte un pasaporte válido o documento acreditativo de su edad. Los Estados miembros de la UE apuestan por esta forma de determinación de la edad del menor, esto es, mediante el análisis de los documentos de identificación que ellos presentan, respetando así las obligaciones europeas relativas a esta cuestión. Sin embargo, es posible que, aunque presenten un documento que acredite su minoría de edad, se puedan realizar

las pruebas, si a criterio del Fiscal ese documento no es fiable; pruebas que, en cambio, no se llevan a cabo si los niños vienen acompañados de adultos, solo si llegan solos. Parece fácil recurrir a la realización de las pruebas médicas, ya que las autoridades públicas pueden descartar fácilmente los documentos de identidad que presentan los MENA, considerando que no son veraces o que no está probado que el documento corresponda a la persona que lo presenta. Además, en España se ha establecido una presunción de mayoría de edad cuando la persona se niega a prestar su consentimiento para realizar la prueba médica, siendo que los principios internacionales y de la UE prevén que en caso de duda sobre la edad del individuo tiene que existir una presunción de minoría de edad. Veo preciso recordar que la fiabilidad de las pruebas médicas es muy discutible, ya que el margen de error de éstas suele ser de dos años, lo que puede llevar a resultados erróneos. Como consecuencia, se les puede considerar de forma errónea como mayores de edad, lo que les impide beneficiarse de los servicios de protección de menores facilitando que puedan ser expulsados en cualquier momento.

En tercer lugar, también quiero resaltar que el bajo número de solicitudes de protección internacional y de concesión de la misma, ponen en evidencia la falta de acceso de los MENA al procedimiento de asilo, que en la mayoría de los casos es causada por la falta de conocimiento y de información acerca de esta posibilidad de protección internacional y a la falsa creencia de que el sistema de protección de menores y la protección internacional no son compatibles, lo que no tiene base alguna.

Considero que, a la vista de la magnitud de este fenómeno - pues la cantidad de menores que acceden a España no acompañados (especialmente a Ceuta y Melilla) es realmente preocupante - , sería necesaria una regulación más clara y precisa en relación a este colectivo, que debería contar desde un primer momento con asistencia letrada de oficio, que permita que tanto las administraciones, como los servicios de protección de menores y demás actores involucrados, sigan la misma línea de actuación, orientada a garantizar el interés del menor, su integración y un buen desarrollo de su persona. Es imprescindible un impulso político de soluciones legales duraderas y respetuosas de los derechos del niño. El principio del interés superior del niño tiene que ser la consideración prioritaria de todas las actuaciones y decisiones que afecten a los MENA. Para ello, sería necesario establecer un marco global de política exterior dedicada al reforzamiento de la cooperación transfronteriza entre los Estados miembros y los países terceros, en garantía de una protección efectiva del menor.

Es responsabilidad del Estado garantizar la seguridad y la integridad de estos niños, darles alternativas para que puedan desarrollar un proyecto de vida y preservar los derechos de la infancia porque, ante todo, son menores.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, L. *El derecho al asilo de menores no acompañados: una propuesta de regulación más segura*, Revista de Derecho Político N°74, enero-abril 2009, UNED, pp. 215-260.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Protección de los menores migrantes”, COM (2017) 211 final.

Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados

Declaración de Buenas Prácticas 2004  
([http://www.acnur.es/PDF/7390\\_20120417162043.pdf](http://www.acnur.es/PDF/7390_20120417162043.pdf)).

DEL TESO, P., y GONZÁLEZ GARCÍA, A., «La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», Revista Jurídica de Catalunya, 2015, vol. 114, núm.3, pp. 611-637.

DÍEZ MORRÁS, F.J., «Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección», REDUR 10, diciembre 2012, pp. 95-104.

Defensor del menor de Andalucía. Defensor del Pueblo Andaluz. *Menores inmigrantes en Andalucía. La atención en los Centros de Protección de Menores*. Informe especial al Parlamento. Diciembre 2003.

Defensor del Pueblo de España: *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*. Madrid, 2011.

Defensor del Pueblo de España. Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España, Madrid, 2015.

Defensor del Pueblo. Informe Anual. 2016.

DURÁN RUIZ, F. J. Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros. Trace. Travaux et recherches dans les Amériques du Centre, (60), 2011. pp. 9-24.

Fiscalía General del Estado. Memoria Anual 2015. 2016.

FUENTES SÁNCHEZ, R. (2014). «Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)». Revista internacional de trabajo social y bienestar nº3. Recuperado de <http://revistas.um.es/azarbe/article/view/198431>.

Fundación Raíces. Solo por estar solo: Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados. Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, 2014.

GONZÁLEZ, S. A. B. «El derecho de los refugiados en la Unión Europea: un análisis de la situación de las y los menores de edad no acompañados. Documentos de trabajo (IELAT, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos), (106), 2018.

LÓPE DE LOS MOZOS Díaz-Madroñero, A., «La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados, Revista Europea de Derechos Fundamentales, Nº21/1er Semestre 2013. pp. 157 – 180.

MATEOS, S. C., ASTETE, S., y ABAITUA, C. J. «El sistema de acogida español en una crisis con rostro de niño». Documentación social, (180), 2016, pp. 167-184.

Memoria de la Abogacía Española 2014 – informe de las actividades de los órganos de Gobierno p. 75 (<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/06/Memoria-2014-red.pdf>)

PALMA DEL TESO, Á. Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados, INAP, Madrid, 2006.

QUIROGA, V., ALONSO, A. y SORIA, M. (2010). «Sueños de bolsillo». Los y las menores migrantes no acompañados/as en España. Madrid: UNICEF

RAVETLLAT BALLESTE, I: “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2, 2012, p. 91

RUIZ, F. (2007). «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, pp. 2-40.

SAVE THE CHILDREN España. Infancias invisibles: menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España, 2016.

SAVE THE CHILDREN, Informe *Los más solos*. Mayo 2018.

SAVE THE CHILDREN Programa de Menores no acompañados en Europa. Declaración de buenas prácticas. Save The Children/DAPHNE, Tercera edición, 2004.

SAVE THE CHILDREN: *Menores no Acompañados. Informe sobre la Situación de los Menores no Acompañados en España*. Madrid, 2003.

SAVE THE CHILDREN (2007): *La Protección Jurídica y Social de los Menores no Acompañados en Andalucía*. Save the Children y la Junta de Andalucía.

UNICEF y CGAE: “Ni ilegales ni invisibles”. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España. Informe 2009. Madrid.

UNICEF. UNICEF (Grupo de Investigación IFAM. Fundación Pere Tarrés) (2010): *Menores Migrantes No Acompañados/as en España*. Sueños de bolsillo. Madrid. UNICEF y Banesto.

## **LEGISLACIÓN:**

Código Civil.

Constitución Española de 1978.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DOUE, L 180 de 29.6.2013).

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva de Calificación).

Directiva 2013/33 UE refundida sobre condiciones de acogida del Parlamento Europeo y del Consejo, que regula el trato a las personas que piden protección internacional. (Diario Oficial de la UE, L 180 de 29.6.2013).

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (Diario Oficial de la UE, L 180 de 29.6.2013).

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular en territorio de la UE (Diario Oficial de la UE, L 348 de 24.12.2008).

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DOUE, L 180 de 29.6.2013).

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

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

Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Observación General nº6 sobre el Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

Reglamento de la UE nº604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Reglamento de Dublín III).

Resolución 97/C 221/03, del Consejo, de 16 junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros. DOCE, nº C 221, 19 de julio de 1997.

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.

### **Declaraciones internacionales:**

Declaración de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

Declaración Universal de Derechos Humanos.



## **WEBS CONSULTADAS:**

Alto Comisionado para las Naciones Unidas para los Refugiados/ACNUR [www.acnur.org/](http://www.acnur.org/) (15 de mayo de 2018).

Anuario de Migraciones: [www.mtas.es/migraciones/anumigra/default.htm](http://www.mtas.es/migraciones/anumigra/default.htm) (26 de mayo de 2018).

Organización Internacional para las Migraciones/OIM: [www.iom.int](http://www.iom.int) (1 de junio de 2018)

*Save The Children*: [www.savethechildren.es](http://www.savethechildren.es) (26 de mayo de 2018).

Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración: [www.mtas.es/migraciones/](http://www.mtas.es/migraciones/) (17 de mayo de 2018).

UNICEF: [www.unicef.org](http://www.unicef.org) (2 de junio de 2018).

Unión Europea: [https://europa.eu/european-union/index\\_es](https://europa.eu/european-union/index_es) (2 de junio de 2018).