

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso: 2022/23
Convocatoria: Marzo

LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO

FOREING UNACCOMPANIED MINORS IN INTERNATIONAL AND
EUROPEAN LAW



Realizado por la alumna Dña: Elena Concepción Suárez

Tutorizado por el Profesora Dña.: Ruth Martín Quintero

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de Empresa

Área de conocimiento: Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

ABSTRACT

The following paper analyzes the figure of the unaccompanied foreign minors, starting by defining the concept. It takes a look at the legal regulation of the concept at International European and Spanish levels in order to give visibility to this phenomenon. The current regulations in these three spheres have been analyzed and compared and the most important conclusion that can be drawn is that the best interest of the child is paramount. All children have rights and guarantees that the States must ensure are fulfilled. Despite of that, along the paper we will see that this is not always the case since many times this unaccompanied minors' rights are violated in the country that they arrive, sometimes they may even get deported.

Another important topic to address is the current situation of said minors in Spain. A lot of them arrive here seeking a better future, but those dreams are dashed when they find themselves involved in legal procedures aimed at expelling them from Spain. . In many cases, while in these procedures children are subjected to age determination test which are both invasive an unnecessary.

Key Words: unaccompanied foreign minors, vulnerability, child, superior interest of the child, age determination

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo analiza la figura del menor extranjero no acompañado (MENA), empezando por definir el concepto, pasando por la regulación legal del mismo en el ámbito del Derecho Internacional, comunitario y español con el fin de dar visibilidad a este fenómeno migratorio. Se ha analizado y comparado la normativa vigente en estos tres ámbitos y se ha llegado a la conclusión de lo que prima en todas ellas es el interés superior del menor; de ellas se desprende que los niños tienen una serie de derechos y garantías que los Estados deben velar por que se cumplan. Pese a esto, a lo largo del trabajo iremos viendo que esto no siempre es así ya que muchas veces los MENAS ven vulnerados sus derechos en el país de destino, llegando incluso a ser expulsados. Otro punto importante a desarrollar en este trabajo es la situación actual de dichos menores en España. Muchos de ellos llegan buscando un futuro mejor, pero esos sueños se ven truncados cuando, en un gran número de casos, se ven envueltos en procedimientos legales cuyo fin es expulsarles del territorio nacional y devolverlos a su país de origen, muchas veces sometiéndoles a pruebas de determinación de la edad que en la enorme mayoría de los casos son invasivas e innecesarias.

Palabras clave: menores extranjeros no acompañados, MENA, vulnerabilidad, niño, interés superior del menor, determinación de la edad

Índice:

1. Introducción
2. ¿Qué son los Menores Extranjeros No Acompañados o MENA?
3. La protección de los menores extranjeros no acompañados en la Organización de las Naciones Unidas
 - a. La Convención de los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos del Niño
 - b. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
 - c. La Organización Internacional para las Migraciones y el Pacto mundial para la migración
4. Consejo de Europa
5. La Unión Europea
 - a. Marco normativo
 - b. El pacto europeo para las migraciones
 - c. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea
6. Situación de España frente al Derecho internacional y europeo por la situación actual de los menores no acompañados en el país
 - a. Marco normativo
 - b. Determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados
7. Conclusiones
8. Referencias bibliográficas

ACRÓNIMOS:

ACNUR: ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA REFUGIADOS

CCAA: COMUNIDADES AUTÓNOMAS

CdE: CONSEJO DE EUROPA

CDFUE: CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

CDN: CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

CE: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

CEDH: CONVENIO EUROPEO PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

EEMM: ESTADOS MIEMBROS

EM: ESTADO MIEMBRO

LOPJM: LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

MENA: MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

MF: MINISTERIO FISCAL

MINA: MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

OIM: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES

ONG: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

ONU: ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

PMI: PACTO MUNDIAL SOBRE LA INMIGRACIÓN

REX: REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA

SCF: SAVE THE CHILDREN FUND

SECA: SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

TEDH: TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

TS: TRIBUNAL SUPREMO

UE: UNIÓN EUROPEA

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el análisis, exposición y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en el ámbito del Derecho internacional, comunitario y Español.

Una vez queda claro el concepto de menor extranjero no acompañado, mi intención con el trabajo es mostrar la necesidad de preservar y proteger la infancia a todos los niveles, especialmente la de los menores migrantes que no tienen el apoyo de un adulto a su lado en determinados momentos de su vida, analizando el enfoque que sobre el tema tienen los distintos textos legales de las organizaciones internacionales, haciendo hincapié en la situación actual en España.

En ese sentido, también se aborda la determinación de la edad de estos menores en el territorio nacional, ya que ha sido y sigue siendo un tema controvertido. La intención es aclarar cuál es la normativa vigente sobre esto y la doctrina jurisprudencial que ha sentado las bases para resolver este tipo de conflictos que siguen a la orden del día en la actualidad.

2. ¿Qué son los Menores Extranjeros No Acompañados o MENA?

Con el fin de explicar de forma clara y precisa lo que es un menor extranjero no acompañado (también denominado menor extranjero aislado o MENA), primero se debe dejar claro el concepto de menor, y para ello nos basaremos en la definición que ofrece la Convención de los Derechos del Niño¹ (en adelante CDN) en su artículo primero: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” La misma definición hace La Carta Africana sobre los Derechos del Niño en su artículo dos.²

De hecho, “niño”, según la mayoría de las normas jurídicas internacionales, es toda persona menor de 18 años. La mayor parte de los países del mundo han fijado asimismo la mayoría de edad civil en 18 años. Amnistía internacional, al igual que la mayoría de ONG (organizaciones no gubernamentales) y grupos de defensa de los derechos del niño usan esta definición. La legislación española define la minoría de edad como el estado civil de la persona física desde el momento de su nacimiento con vida hasta que cumple 18 años, tal y como establece el artículo 12 de la Constitución Española (CE).

Una vez definido de forma clara el concepto de niño/menor podemos pasar a analizar en profundidad a qué nos referimos cuándo hablamos de menores extranjeros no acompañados. Hay que tener en cuenta que tanto el Derecho Internacional, el Comunitario y las normas nacionales establecen sus propias definiciones, siendo todas ellas muy similares. Es por esto que, con el fin de evitar repeticiones y aportar claridad

¹ Asamblea General de Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 noviembre 1989. Publicado en BOE núm 313, de 31 de diciembre de 1990, págs 38897 a 38904.

² Organización de la Unidad Africana, *Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño*, 11 Julio 1990.

al concepto nos quedaremos solamente con la que hace La Observación General número 6, elaborada por el Comité de los Derechos del niño de las Naciones Unidas en el año 2005, que define a los MENA como: “los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad³”; haciendo las aclaraciones que sean necesarias si se diese el caso. La observación también define el concepto de “niño separado” como aquel menor separado de sus padres o tutores legales o habituales, no necesariamente parientes, pudiendo tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia y ya, por último, entiende como niño a “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, todo en virtud del artículo 1 de la CDN.⁴ Por otra parte, en el Derecho de la Unión Europea, la definición del concepto la podemos encontrar en artículo 2 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011.

El concepto de menores extranjeros no acompañados o MENA es conocido en todos los países de la Unión Europea (UE); en Alemania se les denomina *unaccompanied asylum seeking minors* (menores no acompañados solicitantes de asilo); en Francia, *mineurs étranngers isolés* (menores extranjeros aislados) ya que los autores franceses utilizan el término “aislado” refiriéndose a que este colectivo en la mayoría de los casos no tiene un representante legal en territorio francés. Incluso y, aunque ya no pertenezca a la UE, cabe destacar que el Reino Unido se les denomina *unaccompanied refugee minors* (menores no acompañados refugiados),

³ Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 noviembre 1989,

⁴ Apartado 7 de la Observación General N° 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, Tato de los menores no acompañados y separados de su país de origen.

Uno de los problemas que más afecta a los MENA recae en su falta de reconocimiento. Hasta el año 2010 no existió un estudio sobre los MENA en el mundo; ya que es un fenómeno que se estudiaba dentro del marco de la migración adulta, aunque poco tiene que ver con ella.⁵ La migración de los menores está motivada por causas completamente distintas al resto de movimientos migratorios y, aun así, al no ser un grupo homogéneo es muy complicado establecer los motivos concretos que llevan a migrar a estos menores. Los informes “Los más solos”, de Save The Children de 2018⁶ y “Los derechos de los niños y niñas migrantes en la frontera sur española” de UNICEF de 2019⁷ coinciden en que las principales motivaciones son, por un lado, la existencia de una convivencia cotidiana con el fenómeno migratorio en los países de origen. En su país de origen los menores crecen viendo los beneficios económicos y materiales de la migración, como las remesas o bienes materiales por parte de familiares y conocidos. Además, existen redes transnacionales migratorias que les informan de cómo llevar a cabo el proceso migratorio y cómo serían la facilidad de las condiciones de vida creando una imagen social mediática alrededor de la migración que genera para ellos una expectativa de vida que solo pueden tener en Europa. Para llegar a Europa los menores utilizan varios métodos peligrosos y precarios para su vida y salud. Entre los más utilizados destaca el viajar a escondidas en camiones y autobuses que viajan en los ferrys que llegan a la Península o el pago a mafias que trafican con personas.

⁵ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: “Los MENA un fenómeno creciente en Europa. La necesidad de tutela y protección de este colectivo”, en AA. VV. (CEBEDO MALLOL, V.) *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, 1º ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 81.

⁶ Save The Children (2018) Los más solos. <https://www.savethechildren.es/los-mas-solos>

⁷ UNICEF (2019) Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España. <https://www.unicef.es/publicacion/ni-ilegales-ni-invisibles-realidad-juridica-y-social-de-los-menores-extranjeros-en>

Las políticas agresivas que muchos países adoptan frente a familias en situaciones irregulares o los MENA tiene como consecuencia principal que empeora la situación de vulnerabilidad tan grande que caracteriza a estos niños. Todos los migrantes se enfrentan al creciente riesgo de pobreza y exclusión social, pero este riesgo aumenta cuando se trata de niños que migran solos ya que están en una posición particularmente vulnerable en cuanto a su capacidad de acceder a derechos y a protección⁸. Estos MENA que llegan a territorio comunitario sufren una triple vulnerabilidad: en primer lugar, por el simple hecho de ser niños; segundo, como migrantes, y, tercero, como indocumentados. Siendo esto último lo que constituye su principal vulnerabilidad, tal y como señalan diariamente las ONG que se ocupan de la protección de estos menores, llegando a ser ampliamente reconocido a nivel europeo e internacional.⁹

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, el principio del interés superior del menor se encuentra por encima de cualquier otro principio, y debe presidir las políticas encaminadas a proteger a los MENA. En este sentido el Comité de los Derechos del Niño elaboró en 2013 una Observación General sobre el principio del interés superior del menor, que otorga al niño el derecho a que se considere y tengan en cuenta de manera primordial su interés superior en toda las medidas o decisiones que le afecten, además de establecer los valores fundamentales de la Convención¹⁰.

⁸DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: “Los MENA un fenómeno creciente en Europa. La necesidad de tutela y protección de este colectivo”, en AA. VV. (CEBEDO MALLOL, V.) *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, 1º ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 81.

⁹ Para ampliar información: *Bicocchi et Le Voy 2008* Los niños indocumentados en Europa: víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración. Bruselas: PICUM

¹⁰ Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente.

3. La protección de los menores extranjeros no acompañados en la Organización de las Naciones Unidas

a. Convención sobre los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos del Niño

Suscrita por todos los Estados Miembros de la UE y casi todos los países del mundo, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) es el primer instrumento legislativo internacional jurídicamente vinculante que incorpora la gama completa de derechos del niño. Es por esto que la UE está obligada a garantizar que sus propias actividades se ajusten a las normas establecidas en ella, y a promover y salvaguardar los derechos del niño en todas sus medidas relativas a la infancia.

La Convención es el tratado que establece la mayoría de los principios relativos a los niños, tanto en situación de no acompañamiento como de refugiados; y aunque la CDN no es un tratado sobre los refugiados se les aplica a estos debido a que los derechos que se establecen en la misma son aplicables a todos los menores de 18 años sin discriminación alguna, tal y como se establece en sus artículos 1 y 2. Es por esto que la CDN es de gran importancia para los niños refugiados porque establece normas globales teniendo en cuenta todos los aspectos de la vida del niño desde la educación y la salud hasta los derechos sociales y políticos.

El Comité de los Derechos del Niño hace alusión a los menores no acompañados en la Observación General nº 6 publicada en 2005. En ella, aparte de definir el concepto de MENA como ya se ha mencionado antes, se establecen los objetivos de la Convención y los principios aplicables entre otras cosas.

El objetivo principal es poner de manifiesto la situación particular de vulnerabilidad en la que están los menores no acompañados y separados de su familia, exponer la multitud de problemas que experimentan los Estados y otros actores para conseguir que esos menores tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de ellos, además de proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de los menores a los que nos referimos, con particular referencia a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de este a manifestar libremente sus opiniones¹¹.

Otros aspectos que recoge la presente observación es un conjunto de disposiciones cuyo objetivo es proporcionar a los Estados una orientación clara sobre cuáles son las obligaciones resultantes de la CDN en lo relativo al grupo de menores particularmente vulnerable. Al aplicar estas normas los EM han de tener en cuenta su naturaleza evolutiva y reconocer que sus obligaciones pueden ir más allá de las normas articuladas, las cuales no impiden que los MENA puedan disfrutar de derechos y beneficios más amplios al amparo de instrumentos regionales o de sistemas nacionales de derechos humanos, las normas internacionales y regionales sobre refugiados o el derecho internacional humanitario.¹²

En relación a todo lo mencionado hay que hablar de la jurisprudencia del CDN. En febrero de 2019 hubo una decisión fundamental del Comité en relación con la garantía internacional de los derechos de los MENA, asunto D.D. c. España: D.D abandonó

Mali a los 14 años, cuando tenía 15 y tras haber perdido varios dientes intentando saltar la valla de Melilla, lo intentó por segunda vez. En diciembre de 2014 llega a la frontera

¹¹ Observación General nº6 del Comité de los Derechos del Niño de 1 de septiembre de 2005. (pág. 5).

¹² Observación General Nº 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, Tato de los menores no acompañados y separados de su país de origen.

con España y tras alcanzar la tercera valla observa que los inmigrantes que la bajaban están siendo deportados por la Guardia Civil española y entregados a las autoridades marroquíes. Con él pasa lo mismo, se le esposa y es entregado a la policía marroquí y deportado a Marruecos, sin la oportunidad de explicarse ni de manifestar que es menor de edad y mucho menos reclamar la protección como niño no acompañado. La deportación se ejecuta sin notificársele una decisión formal de expulsión que pueda impugnar ante autoridades competentes.¹³ Tras las actuaciones recibidas D.D. alega ser víctima de una violación del art. 20.1 de la Convención, teniendo en cuenta su condición de MENA, debido a la falta de protección por parte del estado español. Señala que cuando fue detenido y deportado por la Guardia Civil no fue sometido a ningún proceso de identificación, ni se evaluó su necesidad de protección, ni se le dio la oportunidad de expresar sus circunstancias personales. Alega también la violación del art. 37 de la misma ya que fue deportado sin ningún tipo de proceso o evaluación previa y que esto le provocó un riesgo y un daño irreparable. Por último, sostiene que España no tiene en cuenta en ningún momento el interés superior del niño reconocido en el art. 3 de la Convención.

Al examinar la cuestión de fondo el Comité considera que las obligaciones del Estado de proporcionar protección y asistencia especiales a los menores no acompañados conforme al art. 20 de la convención “se aplican incluso respecto de los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional”.¹⁴ También considera que “el aspecto positivo de estos deberes de protección

¹³ Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 4/2016

¹⁴ Observación General No 6 del Comité: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6), párr. 12.

incluye también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañamiento lo antes posible, particularmente en la frontera.”¹⁵ Por todo esto es imprescindible y necesario que, para cumplir con sus obligaciones, a tenor del art. 20, y para respetar el interés superior del niño, el Estado realice un proceso inicial siguiendo una serie de etapas: a) determinar si la persona en cuestión es menor no acompañado y, en el caso de incertidumbre conceder el beneficio de la duda; b) entrevistar al menor con el fin de identificarle; y c) entender la situación del menor que se trata en ese caso evaluando los aspectos particulares de vulnerabilidad si los hay. Después de hacer estas comprobaciones se procedería al traslado o devolución si fuese procedente.

Asimismo, en relación al cumplimiento de las obligaciones que resultan del art. 37 considera que para velar porque ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos a o degradantes, el Estado no deberá trasladar a un menor “a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor”. Por esto el Comité considera que el Estado está obligado a realizar una evaluación previa si existen algún riesgo de daño irreparable para el menor o que se produzca alguna violación grave de sus derechos en el país al que se le quiere trasladar o devolver, siempre tomando en consideración su interés superior. En particular, el Comité recuerda que “en el contexto de la evaluación de su interés superior y en los procedimientos de determinación de este interés superior, debe garantizarse a los niños el derecho de: a) acceder al territorio, cualquiera que sea la documentación que posean o de la que carezcan, y ser remitidos a las autoridades

¹⁵ Observación General No 6 del Comité: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6), párr. 13.

encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos, sin merma de las garantías procesales (...).”¹⁶

b. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es el organismo de las Naciones Unidas que se encarga de proteger a los refugiados y desplazarlos por persecuciones o conflictos, y promover soluciones duraderas a sus situaciones, mediante el reasentamiento voluntario en su país de origen o en el de acogida. Con sede en Suiza tiene como misión garantizar que todas las personas tengan derecho a buscar asilo y encontrar refugio seguro en otro Estado, con la opción de regresar eventualmente a su hogar, integrarse o reasentarse. Tiene autoridad para dirigir y coordinar la acción a escala mundial con el fin de proteger los derechos y el bienestar de millones de personas.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, en 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 cuidador habitual.”¹⁷ De hecho, hay que tener en cuenta que el concepto no siempre se expresa en el mismo sentido. Las Naciones Unidas expresan el término con un carácter más general, refiriéndose a que el menor se encuentre sin compañía de un adulto que se haga responsable de él, sea extranjero/inmigrante o no.

¹⁶ Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación Núm. 4/2016

¹⁷ Declaración de buenas Prácticas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/3559.pdf>

El ACNUR define a los MENA como: un niño no acompañado es aquella persona menor de 18 años, a menos que en virtud del derecho aplicable al niño, este alcance la mayoría de edad antes; que está separado de sus padres y del que no se ocupa ningún adulto en virtud de la ley o costumbre deba desempeñar dicha función,¹⁸ dándole al concepto un significado muy similar a las que ya hemos visto en el epígrafe anterior.

c. La Organización Internacional para las Migraciones y el Pacto Mundial para la Migración

En el ámbito de la migración, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) crea una organización intergubernamental cuyo principal trabajo es promover la migración humana y ordenada en beneficio de todos. Esta organización recibe el nombre de Organización Internacional para las Migraciones (OIM), tiene presencia en numerosos países y gestiona migración segura tanto de adultos como de menores, operando en estrecha colaboración con sus asociados gubernamentales, y no gubernamentales¹⁹.

El 11 de enero de 2019 se aprueba una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que abarca todas las dimensiones de la migración internacional de forma integral; esta resolución recibe el nombre de Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular. Es un acuerdo intergubernamental promovido por la Organización de las Naciones Unidas. El Pacto se basa en la legislación internacional de los derechos humanos y defiende los principios de no regresión y no discriminación, por lo que se entiende que al aplicarlo se garantizarán la protección y el cumplimiento de dichos derechos de todos los migrantes, con independencia de su situación

¹⁸Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo. Febrero de 1997.

¹⁹ Disponible en: <https://www.iom.int/es/nuestro-trabajo>

migratoria, y en cada etapa del ciclo migratorio²⁰. De forma general el Pacto se redacta incluyendo en su articulado a cualquier persona que se encuentre en un proceso migratorio incluyendo a cualquier persona con independencia de su sexo y edad, inclusive los menores, estén o no acompañados. A lo largo de su redacción, se hacen referencias concretas a los menores, incluidos a los no acompañados que se encuentran desamparados y en situación vulnerable. El pacto se compone de 23 objetivos, y se hace referencia directa a los menores en 9 objetivos y a los no acompañados en 3; objetivos 7, 8 y 12.

La primera referencia a los menores, incluyendo a los no acompañados, que encontramos en el Pacto, se encuentra en la Unidad de propósito, apartado h) *Perspectiva infantil*, siendo este uno de los principios rectores en los que se va a basar el Pacto Mundial: “El Pacto Mundial promueve las obligaciones jurídicas internacionales vigentes en relación con los derechos del niño, y defiende el principio del interés superior del niño en todo momento, como consideración primordial en cualquier situación que afecte a los menores en el contexto de la migración internacional, incluidos los menores no acompañados y separados”²¹.

En el objetivo 7 se hace el compromiso de abordar y reducir la vulnerabilidad en la migración, respondiendo a las necesidades de los migrantes en situaciones vulnerable defendiendo siempre el interés superior del niño como consideración primordial en las situaciones que les afecten. También se comprometen a tener en cuenta a dichos niños en los sistemas nacionales de protección infantil estableciendo procedimientos sólidos

²⁰ Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/migration/global-compact-safe-orderly-and-regular-migration-gcm>

²¹ Resolución 73/195 de la Asamblea General “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”. Sin remisión previa a una Comisión Principal A/73/L.66. (19 de diciembre de 2018). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/452/03/PDF/N1845203.pdf?OpenElement>

para protegerlos en todos los procedimientos y decisiones legislativos, administrativos y judiciales que les afecten. Dentro de este mismo objetivo se hace una mención directa a los MENA en el apartado f) en el que se comprometen a protegerlos en todas las etapas de la migración estableciendo todos procedimientos dirigidos a facilitar el acceso a soluciones sostenibles que tengan en cuenta su interés superior, entre los que podemos destacar el acceso a servicios de atención sanitaria, asistencia jurídica y el derecho a ser escuchado entre otros.²²

En el objetivo 8, que se centra en “Salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos” se comprometen, de forma general a cooperar en el plano internacional en las labores de búsqueda y salvamento conforme al Derecho Internacional vigente. Con el fin de cumplir este compromiso se recurre a una serie de acciones entre las que destaca identificar las rutas de tránsito usadas por los inmigrantes que son peligrosas, para poder establecer mecanismos que prevengan y den respuesta a tales situaciones, con especial atención a los menores no acompañados o separados²³.

Y, por último en el objetivo 12, en el que se comprometen a aumentar la certidumbre y previsibilidad jurídica de los procedimientos migratorios estableciendo y fortaleciendo mecanismos eficaces basados en los derechos humanos que permitan comprobar las antecedentes de todos los inmigrantes y evaluarlos individualmente de la mejor manera posible para poder determinar de forma óptima los procedimientos de

²² Resolución 73/195 de la Asamblea General “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular” (19 de diciembre de 2018). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/452/03/PDF/N1845203.pdf?OpenElement>

²³ Resolución 73/195 de la Asamblea General “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular” (19 de diciembre de 2018). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/452/03/PDF/N1845203.pdf?OpenElement>

derivación apropiados y facilitar el acceso a ellos, de conformidad con el Derecho Internacional. El fin es facilitar y estandarizar la identificación y derivación de las víctimas de la trata de personas, los migrantes en situación de vulnerabilidad incluidos los menores, en particular los no acompañados o separados. Otra de las acciones es velar porque los menores migrantes sean identificados lo antes posible en el lugar de llegada a los países de tránsito y destino y que sean derivados rápidamente a las autoridades de protección infantil y otros servicios pertinentes. Además de procurar que se les designe un tutor legal competente e imparcial, se proteja la unidad familiar y cualquier persona que afirme legítimamente que es menor sea tratada como tal excepto que se pruebe su mayoría de edad mediante una evaluación multidisciplinar, independiente y con perspectiva infantil.

4. Consejo de Europa

El Consejo de Europa (CdE) establece una definición de “menores no acompañados nacionales de terceros países” en la Resolución 97/C221/03 DE 26 de junio de 1997 (Diario Oficial nº C221 de 19/07/2003, pp. 0023-0027).²⁴ Desde su creación, el Consejo de Europa tiene clara su intención de proteger y promover los derechos humanos. Su principal tratado en materia de derechos humanos es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que hace referencias específicas a los niños en diferentes artículos, garantizando el derecho a la educación, restringiendo el derecho a un juicio público en determinados casos y vigilando la educación del menor entre otras cosas. Es cierto que hay que tener en cuenta que este Convenio no contiene artículos específicos sobre los MENA, pero todas sus disposiciones son aplicables a niños.

En el contexto migratorio tienen relevancia el art. 3 que versa sobre la prohibición del trato inhumano o degradante, el art 5 sobre el derecho a la libertad y seguridad o el art. 8 sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar.²⁵

En el ámbito del CdE no está regulado el asilo como tal, sin embargo, rechazar al individuo (mayor o menor de edad) en la frontera o en cualquier otro lugar de la jurisdicción del Estado poniéndolo en riesgo de tortura u otros tratos o penas inhumanas o degradantes es considerado por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) como una violación del art. 3 del CEDH.²⁶ Así pues, el Tribunal Europeo de

²⁴ Artículo 1, Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros

²⁵ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979 (en adelante CEDH).

²⁶ Martín Quintero, R. “Los derechos humanos de los inmigrantes en situación administrativa irregular. Una perspectiva actualizada y humanizada del Derecho internacional de las migraciones” p. 10-12.

Derechos Humanos sostiene que los EM son los responsables de asistir a los MENA y no abandonarlos cuando son liberados de una detención²⁷. El CEDH se aplicará pues a todas las personas que estén bajo la jurisdicción de los Estados Miembros del Consejo de Europa, incluyendo los casos en los que ejerza control sobre ellos en alta mar. Según lo establecido en art 13 del Convenio todas aquellas personas que al acceder al territorio o a los procedimientos hayan visto violados sus derechos o libertades tendrán derecho a acceder a un recurso efectivo ante una instancia nacional, siempre que estos migrantes no sean devueltos sin que se les permita impugnar esta medida.²⁸ Junto a esto hay que tener en cuenta que el Protocolo 4º del CEDH, en el art 4 prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros que, además están prohibidas por el Derecho internacional general, exigiéndose un examen individual en cada caso para poder identificar a las personas vulnerables y que, por consiguiente, gozan de algún tipo de protección,²⁹ más aún si estamos hablando de menores.

Otro tratado del CdE al que cabe hacer mención ya que protege los derechos de los MENA en diferentes contextos es la Carta Social Europea (CSE) de 1961, revisada en 1996³⁰, que establece la protección de los derechos sociales, haciendo especificaciones en los derechos del niño. Se establece la obligación de proteger a los niños contra la explotación económica³¹ y la obligación de los estados de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los niños reciban cuidados, asistencia y educación en la

²⁷ SERRANO CABALLERO, E. “Protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea”, Revista del Colegio de San Luis, núm. 15 2018, págs. 153-155

²⁸ Martínón Quintero, R. “Los derechos humanos de los inmigrantes en situación administrativa irregular. Una perspectiva actualizada y humanizada del Derecho internacional de las migraciones” p. 12.

²⁹ Martínón Quintero, R. “Los derechos humanos de los inmigrantes en situación administrativa irregular. Una perspectiva actualizada y humanizada del Derecho internacional de las migraciones” p. 10.

³⁰ Consejo de Europa, Carta Social Europea (revisada), Consejo de Europa, STCE nº 163, 3 de mayo 1996.

³¹ Artículo 7, Carta Social Europea (revisada) Consejo de Europa, STCE nº 163, 3 de mayo 1996.

forma que necesite, así como proteger a los menores contra la violencia o explotación y garantizarles especial protección a aquellos que estén privados de apoyo familiar.³²

También cabe mencionar los siguientes documentos:

- a) En materia de menores extranjeros no acompañados destaca la Resolución 1810. (2011) del 15 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Unaccompanied children in Europe: issues of arrival, stay and return.³³ La resolución 1810 aborda cuestiones relacionadas con la llegada, estancia y retorno de los MENA a Europa. Ofrece derechos y garantías a estos migrantes, entre los que se encuentran la primacía del interés superior del menor, el respeto por el menor de edad, la prohibición de la retención de los niños migrantes y la de devolución, el acceso a los procedimientos de asilo, soluciones duraderas y reunificación. A la hora de tratar a los menores que se encuentran en esta situación debe prevalecer el carácter humanitario y a este fin se establece que los EM deben prestar más atención a la protección de los MENA en el control de la inmigración; debiendo aumentarse cuando la estancia del menor se prolongue o el menor sea víctima de abandono, tortura, explotación, tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- b) Recomendación 1985 (2011) de 7 de octubre de 2011 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “La prolongada llegada de migrantes irregulares, solicitantes de asilo y refugio a las orillas de Europa del Sur”. Señala la necesidad de establecer y reforzar los instrumentos para que se lleve a cabo una protección efectiva de los

³² Artículo 17, Carta Social Europea (revisada) Consejo de Europa, STCE n° 163, 3 de mayo 1996.

³³ Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Doc 12558, de 21 de marzo de 2011. <https://pace.coe.int/pdf/dfa9100aef475e453498d162261e448e8d27429834f36e805c2af8d9bf72e2fe/resolution%201810.pdf>

derechos de los MENAS, proponiendo que se elabore una guía de buenas prácticas en relación con las condiciones de detención de los menores.

- c) Recomendación 1969 (2011) de 15 de abril de 2011 de la Asamblea Parlamentara del Consejo de Europa, “Menores no acompañados en Europa: Problemas relativos a la llegada, estancia y retorno”. Advierte de la necesidad de elaborar una guía de principios y directrices en la materia, iniciativa que fue paralizada por los gobiernos de los EM.
- d) Recomendación 1703 (2005) “sobre protección y asistencia para menores solicitantes de asilo”;
- e) Recomendación 1596 (2003) “sobre la situación de los jóvenes migrantes en Europa”

A tenor de lo mencionado en este epígrafe, es imprescindible mencionar el El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). También "Tribunal de Estrasburgo" es el Tribunal destinado a enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados parte de dicho Convenio. Forma parte del Consejo de Europa y sus decisiones son vinculantes para los EM del CdE. El tribunal se encarga de emitir dictámenes dictámenes contra los Estados Miembros del CdE por las presuntas violaciones de los tratados europeos a los derechos humanos.

Con respecto a los casos tutelados por dicho tribunal sobre los derechos de los menores no acompañados podemos hacer referencia a las siguientes sentencias del mismo, ya que, junto al Dictamen del Comité de los Derechos del Niño mencionado en el epígrafe anterior responden a tres situaciones de las más complicadas que pueden vivir los menores al entrar a un tercer país estando solos

En el caso Khan contra Francia, KHAN huyó de Afganistán con 11 años, cuando desapareció su padre. A finales de 2015 llegó a Calais y pasó seis meses en lo que se conoce como “la jungla”, en condiciones de insalubridad, precariedad e inseguridad inadmisibles para un niño de esa edad. A pesar de que una ONG le ayudó a solicitar protección y un juez ordenó que se le tutelase, las autoridades encargadas de ejecutar la orden judicial no lo hicieron. Frente a esto el TEDH declaró la vulnerabilidad del art. 3 del CEDH y condena a Francia por incumplir la orden judicial de proteger a un niño de 12 años no acompañado.³⁴

Ese mismo día el Tribunal Europeo de Derecho humanos publicó otra sentencia sobre un caso similar y con la misma conclusión: la violación de los artículos 3, 5 y 13 del convenio por parte de Grecia; a el caso H.A y otros contra Grecia. H.A. procede de Irak y con él otros ocho niños de entre 14 y 17 años, procedentes de Siria y Marruecos, entraron en Grecia poco tiempo antes de la firma del Acuerdo sobre inmigración establecido entre Turquía y la UE (18/3/2016). Fueron detenidos y ubicados bajo "protección" según la legislación griega en diferentes puestos de policía de fronteras, en períodos que oscilaron entre los 21 y los 33 días. Tal y como establece la sentencia del TEDH, el Tribunal considera que sólo las condiciones de detención a las que han sido sometidos los demandantes en los distintos puestos de policía equivalen a un trato degradante. Por lo tanto, se ha producido una violación del artículo 3 de la Convención con respecto a estas condiciones.³⁵

Está claro que cada resolución tiene sus particulares, una vez hemos analizado ambos casos, y después de hacer una comparación entre ellas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos podemos definir cuáles son las obligaciones positivas mínimas que

³⁴ STEDH (Sección 5ª), Caso Khan contra Francia, de 28 de febrero de 2019. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-191277%22%5D%7D>

³⁵ STEDH (Sección 1ª) Caso H.A. y otros contra Grecia, de 28 de febrero de 2019. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-191278%22%5D%7D>

vinculan a los estados firmantes de la CDN y del CEDH. Aun teniendo en cuenta que las decisiones de Comités de la ONU no son sentencias ni admiten ejecución directa y que las sentencias del TEDH, que condenan a otros Estados, aunque “solo” proyectan efecto de cosa interpretada, tienen fuerza vinculante; por lo tanto, los tribunales internos deben integrar, en su labor de juzgar, la misma perspectiva que usa el derecho internacional de los derechos de los niños³⁶. De estas resoluciones podemos extraer varias conclusiones comunes a ambas:

- En primer lugar, el CEDH prohíbe que las personas sean sometidas a cualquier trato o pena inhumanas o degradantes en su art. 3. Entre las obligaciones de los EM está la exigencia de proteger y tutelar a los MENA que estén bajo su jurisdicción, que también se deduce de los arts. 2 y 20 de la Convención. Por lo tanto, no proteger a los menores o sacarles de situaciones de precariedad que puedan afectar a su integridad física o moral, produce una vulneración en el derecho de los niños a no sufrir tratos degradantes.
- Los EM en su anhelo por controlar la inmigración irregular que se produce en los estados no deben privar al menor extranjero, acompañado o no, de la protección que conlleva su situación, coordinándose la protección de los derechos fundamentales del niño con los imperativos de la política de inmigración del estado en que se encuentre.
- La obligación primordial de los Estados deberá ser tomar las medidas necesarias para identificar a los menores, especialmente en las fronteras, para que, una vez identificada la edad del menor, se puedan adoptar las decisiones pertinentes. En el supuesto de duda se aplicará la presunción de la minoría de edad en todo caso, basándonos en que: “El Comité toma nota de la conclusión del Estado parte en el sentido de que el autor aparentaba claramente ser mayor de edad y que, en consecuencia, se le podía considerar directamente como tal. Sin embargo, el Comité recuerda su observación general núm.

³⁶ Gómez Fernández, I. “Justicia internacional para los niños solos”, *Agenda Global*. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/14333/justicia-internacional-ninos-solos>

6 en el sentido de que no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo sino también su maduración psicológica, que la evaluación debe basarse en criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, y en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal”.³⁷

- Los jueces y las administraciones públicas deben asegurar la garantía del interés superior del menor cuando adopten decisiones sobre su situación, teniendo en cuenta sus circunstancias concretas y la especial vulnerabilidad en la que se encuentran los menores.
- En el supuesto, de que el menor sea detenido en puestos policiales de la frontera, la privación de libertad del menor debe ser lo más corta posible. Lo mínimo imprescindible para identificarles y buscar una forma de atención adecuada con todos los derechos y garantías de la detención, incluyendo la obligación de informar a los niños de sus derechos como MENAS.³⁸

³⁷ Dictamen aprobado por el Comité de los Derechos del Niño a tenor del artículo 10 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 22/2017 CRC7C/81/D/22/2017, J.A.B., Decisión de 31 de mayo de 2019

³⁸ Gómez Fernández, I. “Justicia internacional para los niños solos”, *Agenda Global*. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/14333/justicia-internacional-ninos-solos>

5. La Unión Europea

En la Directiva 2001/55/CE del Consejo³⁹ encontramos la primera definición de menores no acompañados: *nacionales de terceros países o apátridas menores de 18 años 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 la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados Miembros.*

A raíz de esto, el concepto de MENA lo encontraremos en varias Directivas de la UE en materia de extranjería⁴⁰, que versan sobre diversos temas tales como la protección temporal, condiciones de acogida, el derecho de reparación familiar, permiso de residencia a nacionales de países terceros y sobre los procedimientos, estableciendo los 18 años como referencia para la mayoría de edad. De entre ellas cabe destacar la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 que también define el término MENA de una forma muy similar a las ya mencionadas anteriormente⁴¹.

Como ya hemos visto el principio del interés superior del menor se encuentra siempre por encima de cualquier otro principio y liderará las políticas encaminadas a la protección de los menores no acompañados. A este respecto el 12 de septiembre de 2013 el Parlamento Europeo dicta una resolución sobre la situaciones de los MENA en la

³⁹ Artículo 2, letra f) de la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001, BOE núm. 212, de 7 de agosto de 2001

⁴⁰ SERRANO CABALLERO, E. “Protección de los menores extranjeros no acompañados de la Unión Europea”. *Revista de El Colegio San Luis*. núm. 15, enero a abril de 2018. (pág. 144-145).

⁴¹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, Art. 2. 1).

Unión Europea y efectúa una serie de recomendaciones a los Estados miembros, recordando que *“un menor no acompañado es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y que la protección de los niños, y no las políticas de migración, debe ser el principio rector de los Estados miembros y de la Unión Europea en ese ámbito, respetándose así el principio esencial del interés superior del niño; recuerda que ha de considerar que es un niño y, por tanto, menor de edad, toda persona que no haya cumplido los dieciocho años de edad; subraya que los menores no acompañados, especialmente las niñas, son dos veces más susceptibles a los problemas y dificultades que el resto de menores;(…). 2. Recuerda asimismo que el interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas.”*⁴²

Estos menores no acompañados se caracterizan por ser apátridas o nacionales de otros países, quedando excluidos de esta protección los menores comunitarios al no verse afectados por la restricción de libertad de circulación para nacionales de terceros Estados. Es por esto que es tan importante la determinación de la edad, ya que si el migrante es reconocido como menor podrá ser asistido por un tutor o representante legal y disfrutar de una serie de medidas de seguridad ante las autoridades nacionales.⁴³

El Reglamento de Dublín establece el país de la UE responsable del examen de una solicitud de asilo y proporciona una mejor protección a los solicitantes hasta la determinación de su estado. Además, crea un nuevo sistema para detectar de forma

⁴² Resolución del Parlamento Europeo de fecha 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0387_ES.pdf

⁴³ SERRANO CABALLERO, E. “Protección de los menores extranjeros no acompañados de la Unión Europea”. *Revista de El Colegio San Luis*. núm. 15 de enero a abril de 2018. (pág. 145).

temprana los problemas en los sistemas nacionales de asilo y acogida, y abordar sus causas primordiales antes de que se conviertan en una crisis a gran escala.⁴⁴

En estos documentos se observa claramente la confusión que existe por parte de los EM en cuanto a la acogida y garantía del interés superior de los menores en sus territorios nacionales. Es por esto que, aunque existen diversos pactos, directivas, resoluciones, dictámenes etc. que vinculan a los estados miembros, muchos deciden no aplicarlos en su territorio y optan por aplicar su propia legislación estatal⁴⁵.

La propia UE ha publicado diversos documentos internacionales que sirven de referencias a los Estados sobre sus políticas estatales. Entre ellos destacan la Agenda Europea de Migración, donde se puede observar que el mensaje que deja en lo que se conoce como el “Manual de Retorno” es claramente el de un cierre de filas y fronteras frente a migrantes procedentes de terceros países.⁴⁶

Los estudios más recientes en materia de extranjería han dejado ver que los países del norte de Europa son más abiertos a la hora de acoger a refugiados y MENAS, sin embargo, los países del sur se muestran más reacios. El gran desafío de la UE es conciliar las actuaciones por parte de sus Estados ya que existen dos modelos de actuación claramente diferenciados como hemos visto. Otro desafío al que se enfrenta la Unión es

⁴⁴ Reglamento (UE) n°604/2013 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un tercer país o un apátrida. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32013R0604>

⁴⁵ SERRANO CABALLERO, E. “Protección de los menores extranjeros no acompañados de la Unión Europea”. *Revista de El Colegio San Luis*. núm. 15 de enero a abril de 2018. (pág. 145).

⁴⁶ Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un “manual de Retorno” común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno

el de intentar reducir el tiempo de espera en los centros de acogida de los menores, ya que durante este tiempo el niño se encuentra en una situación de vulnerabilidad e incertidumbre en lo que a su futuro se refiere y todo esto sin entrar en su estado anímico, que también se ve claramente afectado.⁴⁷

En suma, el deber de la UE es apostar firmemente por promover y defender los derechos de la infancia, entendiendo a los MENAS como menores antes que como inmigrantes. Para conseguir esto habría que aumentar el control en las fronteras y en las rutas migratorias con el fin de erradicar y combatir las redes de trata de seres humanos. Asimismo, es importante que se acabe con lo que se conoce como las “devoluciones en caliente⁴⁸” y velar por el interés superior del menor tal y como especifican los tratados internacionales, en especial la CDN ya mencionada anteriormente. Es preciso crear sistemas que garanticen que se respeta el derecho al asilo de los menores, por encima de los intereses económicos, políticos y sociales de las naciones.⁴⁹

Haciendo referencia ahora a la llegada de menores extranjeros no acompañados a Europa, hay que tener en cuenta que en los últimos años no es un fenómeno aislado según la UE. Últimamente se ha convertido en una realidad preocupante y abordar este asunto se ha convertido en una tarea difícil ya que no se tienen datos concretos y fiables porque muchos de los MENA que se introducen en el territorio de la UE no son observados ni registrados. En el año 2021 aumentó la cifra de menores no acompañados

⁴⁷ Neubauer Esteban, A. (29-31 de octubre de 2018). *La ciudadanía europea y los MENA's: la intervención europea, desafíos y oportunidades*. XVI Congreso Nacional de Educación Comparada Tenerife.

⁴⁸ Se entiende por devoluciones en caliente la entrega automática de migrantes hecha por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sin las consiguientes garantías jurídicas: derecho al asilo, atención letrada, posibilidad de recurrir la decisión, y en el caso de los MENA las particulares de tu condición.

⁴⁹ Neubauer Esteban, A. (29-31 de octubre de 2018). *La ciudadanía europea y los MENA's: la intervención europea, desafíos y oportunidades*. XVI Congreso Nacional de Educación Comparada Tenerife.

que pidieron asilo en la UE un 72% (hasta 23.255)⁵⁰ con respecto al año anterior (13.600). La mayoría de estos menores son chicos de entre 16 y 17 años.⁵¹ Los países de la UE concedieron protección a 267.360 solicitantes de asilo en 2021, un 5% menos que en 2020.⁵²

a. Marco normativo

Las cuestiones referentes al asilo y el refugio en Europa se regulan por el derecho nacional de cada estado miembro, por el Derecho Europeo y por el Derecho Internacional Público. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la inmigración y el asilo son asuntos de seguridad interior del territorio de la UE, teniendo en cuenta que la UE no tiene competencia exclusiva ni excluyente en esta materia; la materia es compartida con los Estados miembros; además de que es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea la que recoge por primera vez a nivel europeo el derecho al asilo en el art. 18, dentro del respeto a las normas de la Convención de Ginebra y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.⁵³

El art. 18 de la CDFUE prevé, como se ha mencionado antes, el derecho al asilo, prohibiendo el retorno de una persona a un país en el que corra grave peligro o sea susceptible de ser condenado a pena de muerte, tortura o cualquier otra pena o trato inhumano en su artículo 19.⁵⁴ El Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) abarca a

⁵⁰ Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/ddn-20220504-1>

⁵¹ Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210423-1>

⁵² Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/ddn-20220504-1>

⁵³ Martinón Quintero, R. “Los derechos humanos de los inmigrantes en situación administrativa irregular. Una perspectiva actualizada y humanizada del Derecho internacional de las migraciones” p. 13.

⁵⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE núm 83, de 30 de marzo de 2010, págs 389 a 403.

los refugiados en sentido estricto y también a aquellas personas que, aunque no reúnan los requisitos para ser refugiados existan motivos fundados para creer que si regresa a su país de origen se enfrentará al riesgo de sufrir alguno de los daños graves contemplados en la Directiva 2011/95/UE.⁵⁵

Según el Código de fronteras de Schengen, la llegada de una persona al territorio de la unión sin un documento de viaje válido será irregular, independientemente de la forma en la que se produjese dicha entrada.⁵⁶ En el caso en el que manifiesten el deseo de solicitar el asilo deberán ser remitidas a los procedimientos apropiados para evaluar dicha solicitud, tal y como se establece en el Reglamento de Dublín.⁵⁷

Dentro del marco normativo encontramos la Directiva 2008/115/CE sobre retorno. En su art. 5 establece que los EM deberán tener en cuenta en interés superior del niño, la vida familiar y el estado de salud del nacional de un tercer país, además de respetar el principio de no devolución.⁵⁸ Es por esto que, antes de dictar una decisión de no retorno que afecte a un menor acompañado se concederán la asistencia a los servicios necesarios, distintos de las autoridades que se encargan de llevar a cabo el retorno, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño; asimismo, las autoridades del

⁵⁵ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición).

⁵⁶ Art. 6 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). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/077/L00001-00052.pdf>

⁵⁷ Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2013/180/L00031-00059.pdf>

⁵⁸ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2008/348/L00098-00107.pdf>

estado deberán asegurarse de que el niño es entregado a un miembro de su familia, tutor designado o servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno, tal y como se contempla en el art 10. 1 y 2 de la mencionada Directiva.⁵⁹

En la actualidad no existe en la UE un sistema de protección de MENA solicitantes de asilo que sea claro y general. La protección de los derechos del niño se incorporó en el Tratado de Lisboa, que establece que la “Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales entre mujeres y hombres, las solidarias entre generaciones y la protección de los derechos del niño”⁶⁰. El artículo 24 de la CDFUE recoge los derechos fundamentales de los menores, y en él se reconoce que los niños son titulares independientes y autónomos de diferentes derechos. Así pues, en el sentido de este artículo podemos decir que el interés superior del niño es vivir, desarrollarse y crear su propia dignidad humana en el entorno familiar en la medida de lo posible.

b. Pacto Europeo sobre Migración y Asilo

La Comisión Europea propone un nuevo Pacto sobre Migración y Asilo que abarca todos los niveles necesarios para un planteamiento europeo integral en materia de migración, establece procedimientos mejorados y más rápidos para todo el sistema de asilo y migración y un equilibrio entre los principios de reparto equitativo de la responsabilidad y la solidaridad.⁶¹ La Comisión propone un nuevo marco de la UE que gestione y normalice la migración a largo plazo cuyo deber es proporcionar seguridad, claridad y condiciones dignas a las personas que lleguen a la UE.

⁵⁹ Martín Quintero, R. “Los derechos humanos de los inmigrantes en situación administrativa irregular. Una perspectiva actualizada y humanizada del Derecho internacional de las migraciones” p. 14.

⁶⁰ Artículo 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, BOE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

⁶¹ Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1706

El sistema de gestión de asilo y migración debe atender a las necesidades especiales de los grupos vulnerables, en el que están incluidos los menores no acompañados.

La reforma de las normas de la Unión Europea en materia de asilo y retorno brinda la oportunidad de fortalecer la protección y las normas que amparen a los menores migrantes con arreglo al Derecho de la UE. Las nuevas normas garantizarán que la consideración primordial en todas las decisiones relativas a los niños migrantes sea el interés superior del niño, y que se respete su derecho a ser oído, por esto los representantes de los MENA deben ser nombrados con mayor rapidez y disponer de recursos suficientes.

La Red Europea de Tutela,⁶² que se anunció en la Comunicación de la Comisión Europea de 2017 debería reforzarse y desempeñar un papel un papel más importante en la coordinación, cooperación y desarrollo de la capacidad de los tutores. Los menores de doce años junto a su familia y los no acompañados no tendrán que someterse al procedimiento fronterizo a menos que existan problemas de seguridad, en todos los demás problemas de asilo se les deben ofrecer las garantías procesales específicas para menores y apoyo adicional, de manera efectiva. El sistema debe administrarse para reflejar las necesidades especiales de los niños en todas las etapas, proporcionar alternativas efectivas a la detención, facilitar la reunificación familiar rápida y garantizar que se escuchen las voces de las autoridades de protección de menores; además de que se deben proporcionar a los niños alojamiento y asistencia

⁶² Reúne a autoridades y organismos de tutela, autoridades internacionales y no gubernamentales con la intención de promover buenos servicios de tutela a los menores no acompañados y separados de sus familias en la UE. Disponible en: <https://www.egnetwork.eu/about/>

adecuados, incluyendo la asistencia jurídica, durante los procesos de determinación del estatuto.⁶³

c. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como ya hemos visto con anterioridad los Estados Miembros de la UE tienen un acuerdo común en materia de asilo, el “Sistema Europeo Común de Asilo”, para garantizar procedimientos justos y efectivos, pero en su gran mayoría los estados aplican su propia normativa. A consecuencia de esto la protección de los menores es diferente en cada Estado. Es en estos supuestos donde se acude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) a fin de unificar posturas.

El 14 de enero de 2021 el TJUE⁶⁴ dictó una sentencia sobre el retorno de los migrantes. Dicha sentencia establece que antes de tomar una decisión sobre la expulsión de un menor no acompañado el Estado Miembro estará obligado a comprobar que en el Estado de retorno hay un sistema de acogida disponible para el menor, además de que si en la fase de expulsión no se puede asegurar una acogida adecuada esta no podrá ser ejecutada. La resolución se ha emitido dando respuesta a una duda prejudicial que han planteado los tribunales holandeses.

En 2017 TQ que tenía 15 años, nacido en Guinea, presentó en los Países Bajos una solicitud de permiso de residencia por tiempo limitado amparándose en el derecho de

⁶³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, COM/2020/609/ final, de 23 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0609>

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Sala Primera), 14 de enero de 2021, C-441/19, Caso TQ contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid)

asilo. El menor alegó haber sido víctima de trata de seres humanos y de explotación sexual en Ámsterdam, lo que le ha provocado que en la actualidad sufra graves trastornos psíquicos. Las autoridades neerlandesas determinan que no procedía concederle el estatuto de refugiado ni el permiso de residencia, equivaliendo esto a una decisión de retorno, conforme establece el Derecho neerlandés⁶⁵. Tras esta decisión el menor interpone un recurso alegando que no sabe dónde residen sus padres, que no sabría reconocerlos en su país natal y que no conoce ni sabe si existen otros miembros de su familia y frente a esto el Tribunal de la Haya responde que la normativa del país establece una distinción basada en la edad del MENA. Si el extranjero menor de edad tiene menos de 15 años cuando presenta la solicitud de asilo sí se hace una investigación sobre la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno, en caso contrario, como el de TQ, no se lleva a cabo dicha investigación. Al parecer las autoridades neerlandesas dejan pasar el tiempo hasta que cumplen los 18 años para poder ejecutar en ese momento la decisión de no retorno y es así que el menor extranjero no acompañado se encuentra durante ese periodo de tiempo hasta que cumple la mayoría de edad en una posición irregular pero tolerada.

Es en este contexto que los tribunales de los Países Bajos deciden pregunta al TJUE sobre si el Derecho de la UE está conforme con la distinción efectuada por la normativa neerlandesa. Frente a esto el Tribunal de Justicia declara que “cuando un Estado miembro pretenda dictar una decisión de retorno contra un menor no acompañado debe tener necesariamente en cuenta, en todas las fases del procedimiento, el interés superior del niño” y esto conlleva hacer una apreciación general u exhaustiva de la situación del

⁶⁵ Artículo 8 de la wet tot algehele herziening van de Vreemdeligenwet (Ley de Reforma General de la Ley de Extranjería) de 23 de noviembre de 2000 (Stb. 2000, n° 495).

menor. Añade también que, aunque el menor haya sido objeto de una decisión de retorno, no podrá ser expulsado si no existe una acogida adecuada en el Estado de retorno.⁶⁶ Esta obligación también incluye evitar cualquier situación como la descrita en los Países Bajos (o parecida), ya que deja al menor en una situación de gran incertidumbre e inseguridad en cuanto a su estatuto jurídico y a su futuro.

En definitiva, el Tribunal sostiene que el EM no puede distinguir entre los menores no acompañados únicamente según su edad.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Sala Primera) de 14 de enero de 2021, C-441/19. Caso TQ contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid.

6. Situación de España frente al Derecho internacional y europeo por la situación actual de los menores no acompañados en el país

Para comprender la situación actual de estos menores en España hay que echar un rápido vistazo al contexto histórico de la migración infantil. Se aprecia por primera vez a mediados de los años 90⁶⁷, pero es a partir de 2002 y 2003 cuando las cifras empiezan a multiplicarse. Según señalan los autores Jiménez e Izquierdo, se alcanza una de las cifras más altas en España a finales de 2004, llegando a cuantificarse un total de 9.117 MENA. Desde entonces se observa un descenso notable debido, entre otros factores, al impacto de la crisis económica⁶⁸. Tanto es así, que a finales de 2012 se contabilizaron un total de 2.319 MENA según el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, mientras que el Ministerio de Interior contabilizó en las mismas fechas un total de 3.261 menores.⁶⁹ Según datos, ya más actualizados, de la Comisión General de Extranjería y Fronteras y del Defensor del Pueblo, a finales de diciembre del 2020 en España se contabilizaron 9.030 menores extranjeros no acompañados, pero no existe un registro exacto ya que durante los últimos años se han convertido en uno de los colectivos prioritarios de protección dentro de las fronteras españolas.

Cuando la Entidad Pública encargada de la protección de los menores tenga conocimiento de que un menor se encuentra en situación de desamparo está obligado por la ley a tutelarlos, debiendo adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda;

⁶⁷ BRAVO A., SANTOS-GONZÁLEZ. I.: “Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *Psychological intervention (Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid)*, Vol. 26, núm. 1, 2017, pág. 55-62.

⁶⁸ JIMÉNEZ L. y IZQUIERDO, J. D. *Lo que se oculta detrás de la categoría «menores marroquíes no acompañados»: miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social*. Cuadernos de Trabajo Social, vol. 26, núm. 1, Madrid, 2013, pág. 193–202.

⁶⁹ FUENTES, R.: “Menores extranjeros no acompañados (MENA)”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, núm. 3, 2014, pág.: 105-111.

poniéndolo en conocimiento del MF y del juez que acordó la tutela ordinaria en ese caso. El desamparo debe ser declarado mediante una resolución administrativa dictada por la entidad pública encargada de la protección tal y como establece el Art. 172 del Código Civil, que se ocupa de regular aquella institución que protege al menor cuando la Entidad Pública constata que existe una situación de desamparo, por haber quedado privado de asistencia moral o material debido al incumplimiento de los deberes establecidos por la ley para la guarda y custodia de menores.

En lo que respecta a la presencia de menores no acompañados en España, los datos disponibles son fragmentarias y puntuales dada la dispersión de las agencias de protección existentes en cada ámbito autonómico. Según el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a 30 de junio de 2021 el Registro Central de Extranjero constaba con 8.023 personas de 16 a 23 años con autorización de residencia como menor no acompañado o joven extutelado y a 30 de noviembre con 13.533, lo que supone un aumento de más de cinco mil personas.⁷⁰ El principal origen de los menores que migran a España es Marruecos, Guinea, Costa de Marfil y Argelia. La mayoría de ellos tiene entre 16 y 17 años, siendo muy cercanos a la mayoría de edad, aunque hay que tener en cuenta que muchos de ellos la alcanzan durante el trayecto, que se puede alargar meses o incluso años. Los inmigrantes se caracterizan por ser principalmente adolescentes hombres, viéndose reducido el número de niñas migrantes en los últimos años.

Hay que destacar que estos niños son vulnerables por tres factores principales que le afectan: son migrantes, menores y están solos; debiendo añadir en el caso de las niñas el

⁷⁰ Disponible en:
https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/estadisticas/operaciones/menores/Nota_analisis.pdf

género como agravante, ya que las expone a todo tipo de abusos tanto en el país de origen como en los de tránsito y destino.

a. Marco normativo

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.

Asimismo, 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 sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados también hace su propia definición del concepto en su apartado segundo, siendo muy similar a la del Reglamento de Extranjería⁷¹.

En el ámbito nacional es la situación que contempla al extranjero que no ha alcanzado los 18 años, que llega al territorio español sin el acompañamiento de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre y es por esto que se puede apreciar un riesgo de desprotección del menor mientras no haya un adulto que se haga cargo de forma efectiva del menor, así como de cualquier menor extranjero

⁷¹Resolución, de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. BOE nº 25, de 16 de octubre de 2014.

que una vez en España se encuentre en aquella situación sin perjuicio de la posibilidad de que el menor extranjero no acompañado pueda cumplir los requisitos previstos en el 59 y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero o en la normativa española en materia de protección internacional.

Cuando los Cuerpos y Fuerzas de seguridad localicen a un extranjero no acompañado del que no se pueda establecer con seguridad la minoría de edad por su apariencia física o la falta de documentación, será entregado a los servicios de protección de menores competentes para que le presten la atención inmediata que precise. Esto debe ser puesto de inmediato en conocimiento del Ministerio fiscal (MF) para que pueda determinar su edad en el plazo más breve posible, con carácter urgente, contando con la colaboración de las instituciones sanitarias oportunas para que realicen las pruebas necesarias. Determinada la minoría de edad, el MF decidirá si lo pone a disposición de los servicios de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno correspondiente, que debe informar al menor de manera fehaciente y en un idioma que entienda, del contenido básico del derecho de protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores.

Como menores de edad en situación de desamparo estas personas se verán afectadas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil y como extranjeros están sujetos a la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) y a su Reglamento (REX), ya mencionado. La última incorporación a este listado de leyes es la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, estableciendo el artículo 1 su objeto, definiendo lo

que se entiende por violencia y el artículo 2 el ámbito de aplicación que se refiere a las personas menores de edad que se encuentren en territorio español.⁷²

b. Determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados

Ante la cuestionable fiabilidad de las pruebas óseas, las omisiones hechas en los informes médicos y la necesidad de realizar pruebas complementarias, la Fiscalía General del Estado elaboró la Nota Interna 2/2018⁷³ en la que concreta las decisiones de la Fiscalía sobre las pruebas médicas de determinación de la edad y su valoración, recordando a los fiscales cuales son las normas medicas sobre los métodos y pruebas a practicar, así como su fiabilidad.

La Nota Interna manifiesta que unas Observaciones Finales sobre los derechos de la Infancia en España publicadas en 2018 por el Comité de los Derechos del Niño en relación con los MENA manifiesta 2 preocupaciones directamente relacionadas con las funciones atribuidas al MF por los artículos 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de extranjeros en España, 48 de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria y el 12 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor. Es la segunda preocupación expresada en la Nota Interna, “el uso de métodos intrusivos de evaluación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos, particularmente en las ciudades

⁷² Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. BOE nº 134, de 5 de junio de 2021.

⁷³ Nota Interna 2/2018 sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya edad no puede ser establecida con seguridad. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/160400/NOTA+INTERNA+NUM+2+SEGUIMIENTO+MENAS.pdf/4c63d456-82f5-00ea-bcd1-67ab932269d8?version=1.1>

autónomas de Ceuta y Melilla, y a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre esta práctica, en la que nos centraremos para su estudio.

Esta preocupación afecta directamente al ámbito de nuestra actividad, especialmente en los criterios de valoración de la documentación presentada por los extranjeros con el fin de decretar su mayoría de edad que hace el Fiscal; y por los métodos de pruebas usados para evaluar dicha edad. Es por esto que, actualmente, estas dos características han provocado la presentación de numerosas denuncias ante el Comité en aplicación del Protocolo facultativo de la Convención.

Con el deseo de cooperar con el Comité de los Derechos del Niño para evitar que los menores no acompañados sean excluidos del sistema del sistema de protección debido a la determinación de la edad, la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado considera necesario que todos los expedientes de determinación de la edad en las que se ha interesado la revisión de los decretos dictados por el Fiscal sean sometidos un seguimiento estricto, independientemente de su resultado final, así como los de determinación de la edad donde se ha negado la fiabilidad a la documentación presentada.⁷⁴

Los principios que rigen la actividad de la unidad de Extranjería son dos: el principio del interés superior del menor y el principio pro minoría. El del interés superior del menor viene a decir lo mencionado a lo largo de todo el trabajo, que se debe preservar y que prima frente al resto. En cambio, el principio “en caso pro minoría” establece que, en caso de que la minoría de edad sea dudosa se presumirá que es un niño, quedando amparado al sistema de protección institucional, tal y como decía el artículo 12.4 de la

⁷⁴ Nota Interna 2/2018 sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya edad no puede ser establecida con seguridad. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/160400/NOTA+INTERNA+NUM+2+SEGUIMIENTO+MENAS.pdf/4c63d456-82f5-00ea-bcd1-67ab932269d8?version=1.1>

LOPJM, reformado por la Disposición final Octava de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Estableciéndose, asimismo, en la disposición final vigésimo cuarta el plazo de doce meses para desarrollar la normativa del procedimiento de determinación de la edad.⁷⁵

En atención a ambos principios, en el preámbulo de la mencionada ley se indica la razón de la misma en virtud de todo lo contemplado en el Derecho Internacional, al ser dicha normativa de rango superior a la normativa de los estados; los principales referentes normativos de protección infantil son los tres protocolos facultativos de la Convención y las Observaciones Generales del ya mencionado Comité de los Derechos del Niño, que se encarga de conectar el Derecho Internacional con las realidades que afectan a los niños y adolescentes. Para la redacción de esta ley orgánica son de especial relevancia la Observación General número 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado, la Observación General número 13 de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la Observación general número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y la niña sea considerado primordialmente.⁷⁶

La LOEX y la Ley de Asilo establecen que son las instituciones sanitarias las que tienen la obligación de colaborar con el MF para determinar la edad de menores extranjeros indocumentados. Se entiende por instituciones sanitarias oportunas a los especialistas y médicos forenses dependientes de los Servicios de Salud pública.

⁷⁵ Ley Orgánica, 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

⁷⁶ Preámbulo, Ley Orgánica, 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Es obvio que el Ministerio Fiscal no puede imponer a un médico las pruebas que debe practicar para determinar la edad, los métodos valorativos ni el contenido del dictamen. La intención es que los médicos se ajusten a las *Recomendaciones sobre métodos de estimación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (Documentos de buenas prácticas entre los institutos de Medicina Legal, 2010)*; pero si puede corregir determinadas insuficiencias, bien pidiendo que realicen pruebas complementarias por otros especialistas cualificados o bien acudiendo a varios dictámenes, si fuese preciso o incluso solicitando la colaboración del Instituto de Medicina Legal correspondiente. Las pruebas que se recomiendan abarcan la exploración general, entrevista y examen morfológico, examen RX del carpo de la mano izquierda y ortopantomografía dental. La suma de todas las pruebas ya mencionadas debería aclarar cualquier duda sobre la edad del interesado, pero, en caso de que no sea así, se podrá realizar un examen RX o TAC de extremidad proximal de clavícula.⁷⁷

En relación lo expuesto, cabe destacar un artículo de María José Valverde Martínez, que estudia el marco normativo de los menores extranjeros que entran a España sin acompañamiento, la determinación de su edad y la validez de su pasaporte u otros elementos identificativos que hayan sido expedidos en su país de origen.⁷⁸

El punto de partida de este estudio hecho por Valverde es la sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid de 27 de junio de 2020⁷⁹. Esta analiza el caso de un ciudadano nacional de Guinea al que se localiza indocumentado en territorio español, teniendo el

⁷⁷ Nota Interna 2/2018 sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya edad no puede ser establecida con seguridad. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/160400/NOTA+INTERNA+NUM+2+SEGUIMIENTO+MENAS.pdf/4c63d456-82f5-00ea-bcd1-67ab932269d8?version=1.1>

⁷⁸ VALVERDE MARTÍNEZ, M.J: “Determinación de la edad del ciudadano extranjero y pasaporte”, 28 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6729>

⁷⁹ SAP M 27 de julio 2020 [ECLI: ES:APM:2020:9116] y [CENDOJ 28079370142020100257].

juez serias dudas sobre su edad procede a ordenar que se le realicen las pruebas de determinación de la edad de las que se desprende un informe médico que concluye que es mayor de edad. Mientras se tramita el expediente administrativo para determinar su edad, el ciudadano recibe su pasaporte y su acta de nacimiento y en ambos se aprecia que es menor de edad, lo que produce una contradicción entre lo que dicen los tribunales españoles y los documentos aportados por el menor. Las autoridades españolas de la eficacia de los documentos remitidos por la Republica de Guinea argumentando que son recibidos después de la llegada del menor y que la fijación de la fecha se basa en datos subjetivos (declaración de un familiar), por lo que caben “sospechas sobre su veracidad ya que da la impresión de que es un documento de favor obtenido a la carta”. Es por esto que la Audiencia da más valor probatorio a las pruebas médicas practicadas y confirma la expulsión acordada en el expediente administrativo. Como consecuencia acuerdan iniciar un procedimiento preferente de expulsión.⁸⁰ En base a esta Sentencia se hace un estudio sobre el valor que se da al pasaporte y a los demás documentos expedidos en el país de origen de los menores extranjeros no acompañados cuando llegan indocumentados a España.

La normativa aplicable a los menores extranjeros localizados en España suele resultar casi siempre ineficiente y dudosa en su aplicación práctica ya que las situaciones reales no encuentran solución en el REX ni en el Protocolo Marco. La realidad es que las situaciones que se dan cuando se localizan menores en España son muy variadas. Se suele someter al extranjero, presuntamente menor, a pruebas médicas para determinar dicha minoría de edad a pesar de que lleve consigo documentos válidamente emitidos por las autoridades de su país que verifiquen que efectivamente no supera los 18 años y

⁸⁰ SAP M 27 de julio 2020 [ECLI: ES:APM:2020:9116] y [CENDOJ 28079370142020100257].

esto ha provocado expulsiones de ciudadanos que se fundamentan únicamente en el resultado de las pruebas médicas sobre determinación de edad, sin otorgar validez a la documentación emitida en el país de origen que porta el sujeto. Otras veces el menor no lleva consigo pasaporte u otra documentación que indique su edad cuando es localizado, pero lo aporta al expediente administrativo sobre la determinación de la edad después de que se realicen las pruebas médicas, como vimos en la sentencia ya mencionada. Estos son los supuestos en los que el extranjero sí que dispone de un pasaporte en el que consta su edad, pero esta no corresponde con el examen médico realizado en España y es por esto que surge la duda de determinar qué debe prevalecer, la edad que determina el pasaporte o la que determina la prueba médica.

Ante esto el Tribunal Supremo toma la palabra para resolver la duda de cómo debe ser interpretado el art. 35.3 del Reglamento de Extranjería. Es la STS del 23 de septiembre del 2014⁸¹ la que sienta la doctrina y determina que el pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país extranjero del ciudadano. Su fin es facilitar la entrada y salida del menor de Estados que no sean el suyo propio.

La STS establece que, si se interpretan de forma correcta la Ley y el Reglamento de Extranjería, no se podrá considerar como extranjero indocumentado a ningún inmigrante cuyo pasaporte o documento equivalente establezca que es menor de edad ya que la propia LO señala como documentos válidos para entrar en España el pasaporte o documentos de viaje que acrediten la identidad del sujeto siempre que su emisión sea válida. Es por esto, tal y como establece el Tribunal Supremo (TS), que cualquier menor que lleve consigo un pasaporte expedido legalmente por el país de origen no puede ser sometido a prueba médicas de determinación de la edad, aunque su apariencia física sea contradictoria con la edad establecida en el documento legal.

⁸¹ STS. Sala Primera, Sección Pleno, 23, septiembre 2014 [sentencia sobre nacional de Ghana] [ECLI:ES:TS:2014:3818].
pág. 46

Esta doctrina jurisprudencial también ha sido de aplicación en otras sentencias posteriores del TS, tales como: STS de 16 de enero de 2015 sobre un nacional de Ghana que aporta pasaporte y certificado de nacimiento después de haber sido localizado y pese a eso se le practica pruebas de determinación de la edad, STS de 22 de mayo de 2015 sobre un nacional de Gambia llega al territorio español provisto del pasaporte válido y sin impugnar, sin embargo, se le practican pruebas médicas de determinación de la edad y la STS de 16 de junio de 2020, nacional de Mali que aportó el certificado de nacimiento y que se niega a someterse a la prueba de determinación de la edad.

En conclusión, el criterio más importante a la hora de determinar la edad de los ciudadanos extranjeros es la protección del menor que se encuentra en España sin familia y por consiguiente en una situación vulnerable. En este caso se aplicarán el art 35.3 de la LO4/200, art. 190 R.D 557/2011 de 20 de abril y el actual art. 124 de la LOPJM, y la puesta a disposición judicial de los servicios de protección de los menores no acompañados. Deben interpretarse teniendo en cuenta el interés superior del menor como máxima suprema, inspirando la actuación de las Administraciones Públicas e instituciones privadas. Cada caso requiere que se analice de forma individualizada y particular atendiendo al interés del niño que se trate.⁸²

Cuando ya se ha identificado al migrante como menor de edad, solo puede ser repatriado a su país si se concluye, tras una investigación y valoración que tenga en cuenta su mejor interés, que el niño tiene una familia con capacidad e interés en cuidarlo en el país de origen, o este consta con servicios sociales que garanticen el disfrute de sus derechos. En caso contrario la tutela del menor pasa a ostentarla la CCAA correspondiente, que procederá a enviarlo al centro de acogida de manera temporal, hasta que se decida una

⁸² VALVERDE MARTÍNEZ, M.J: “Determinación de la edad del ciudadano extranjero y pasaporte”, 28 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6729>

solución más duradera, que debe ser su hogar hasta que cumpla la mayoría de edad. Puede ser un acogimiento familiar o una residencia donde sean atendidos por personal cualificado.

Una vez el menor sea enviado al centro de acogida correspondiente se debe velar porque se cumplan los derechos que se recogen en el Reglamento de los Centros de Acogida.⁸³ Según el articulado del reglamento los menores tienen derecho a ser oídos, a tener recurso, a la dignidad, la privacidad, la información, a la intervención individualizada, al conocimiento y defensa de sus derechos, a la comunicación y al bienestar emocional entre muchos otros. Es en base a esto que podemos afirmar que los centros de acogida están obligados a anteponer el interés de los menores al hecho de que sean inmigrantes. El objetivo principal del acogimiento, tanto en un centro de acogida como en una familia es velar por el correcto desarrollo del menor, su atención y educación de forma completa y su integración social.

Cada niño gozará de todos los derechos y garantías establecidos en la ley.⁸⁴

Durante el tiempo que dure la intervención de los MENA los profesionales deben tener en cuenta que la población extranjera tiene unas necesidades específicas que distan de las necesidades que tienen los menores nacionales. Una de las finalidades principales es la de crear un ambiente seguro y que cumpla las condiciones favorables para el desarrollo completo del niño. Además, es importante tener en cuenta la edad que tiene el menor para poder poner en marcha los procedimientos necesarios, es por esto que los menores de 16 años son escolarizados y los mayores participan en programas de orientación social y laboral, talleres y cursos de formación.⁸⁵

⁸³ Decreto 131/2008 de 8 de Julio, regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social. Denominado en el trabajo como RCA.

⁸⁴ Angelidou, G., Agueda, E. (2015). Los menores extranjeros no acompañados. Su situación y sus derechos en los centros de acogida (Tesis de post-grado). Universidad de Granada, Granada, España.

⁸⁵ Barbaño, A. (2014). Aspectos psicoeducativos en los centros de inmigrantes. La experiencia de nuevo futuro. Cádiz

Todos estos procesos deben tener en cuenta una serie de principios que se dirijan a apoyar a los menores a desarrollarse satisfactoriamente. Según Sánchez⁸⁶ algunos de estos principios son: el menor es el principal agente responsable de su cambio y rehabilitación, la rehabilitación del menor es inviable en el contexto de la calle, se llevará a cabo un abandono progresivo de consumo de sustancias, favoreciendo la consolidación de la abstinencia, son los menores extranjeros de la calle se desarrollará el siguiente programa: retirarlos de la calle, abandono de las normas y valores inadecuados y del consumo de sustancias nocivas, y adquisición de conductas adecuadas.

⁸⁶ Sánchez, M.B. (2014). Tratamiento e integración de los Menores Extranjeros no Acompañados. Actas de comunicaciones. Encuentros internacionales con menores en contexto de riesgo (págs. 91-109)

7. Conclusión

La principal de las conclusiones alcanzadas de este trabajo es que todos los organismos y normativas analizados definen el concepto de menores extranjeros no acompañado de una manera casi idéntica. Asimismo, todos los textos legales afirman que debe primar el interés superior del menor por encima de cualquier otro, basándose siempre en su protección y estableciendo mecanismos que facilitan su desarrollo integridad y salud física y mental.

Se hace un recorrido partiendo desde la perspectiva internacional, analizando el marco normativo vigente. Respecto de este análisis el Derecho Comunitario, donde nos encontramos con una sentencia relevante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el retorno de los menores migrantes al país de origen, que determina que los Estados Miembros no pueden distinguir entre los menores no acompañados según su edad, ya que los Países Bajos hacían esa distinción a partir de los 15 años.

Finalmente, al llegar al último epígrafe de este trabajo nos damos cuenta de que la teoría dista mucho de la realidad cuando hablamos de España. Vemos que, aunque la normativa española también aboga por la primacía del interés superior del menor y por proteger a los niños a toda costa, la realidad es que en el momento en que los menores pisan territorio

nacional no son tratados como establece la normativa internacional, al ser sometidos en numerosas ocasiones a pruebas de determinación de la edad cuando es innecesario al existir documentación emitida por su país de origen; no facilitando siempre el desarrollo satisfactorio de los menores.

8. Referencias bibliográficas

- ANGELIDOU, G., AGUEDAD, E. (2015). Los menores extranjeros no acompañados. Su situación y sus derechos en los centros de acogida (Tesis de post-grado). Universidad de Granada, Granada, España.
- BARBAÑO. A, (2014). Aspectos psicoeducativos en los centros de inmigrantes. La experiencia de nuevo futuro. Cádiz
- BIOCCHI ET LE VOY 2008 Los niños indocumentados en Europa: víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración. Bruselas: PICUM
- BRAVO A., SANTOS-GONZÁLEZ. I.: “Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *Psychological intervention* (Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid), Vol. 26, núm. 1, 2017, pág. 55-62.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: “Los MENA un fenómeno creciente en Europa. La necesidad de tutela y protección de este colectivo”, en AA. VV. (CEBEDO MALLOL, V.) *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, 1º ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 81
- FUENTES, R.: “Menores extranjeros no acompañados (MENA)”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, núm. 3, 2014, pág.: 105-111.

- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. “Justicia internacional para los niños solos”, Agenda Global.
- JIMÉNEZ L. y IZQUIERDO, J. D. Lo que se oculta detrás de la categoría «menores marroquíes no acompañados»: miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social. Cuadernos de Trabajo Social, vol. 26, núm. 1, Madrid, 2013, pág. 193–202.
- MARTINÓN QUINTERO, R. “Los derechos humanos de los inmigrantes en situación administrativa irregular. Una perspectiva actualizada y humanizada del Derecho internacional de las migraciones” p. 14.
- NEUBAUER ESTEBAN, A. (29-31 de octubre de 2018). La ciudadanía europea y los MENA´s: la intervención europea, desafíos y oportunidades. XVI Congreso Nacional de Educación Comparada Tenerife.
- SERRANO CABALLERO, E. “Protección de los menores extranjeros no acompañados de la Unión Europea”. Revista de El Colegio San Luis. núm. 15 de enero a abril de 2018. (pág. 145).
- VALVERDE MARTÍNEZ, M.J: “Determinación de la edad del ciudadano extranjero y pasaporte”, 28 de diciembre de 2021.